



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5168 del 2012, proposto da:

S.a.c.s. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

Fondazione Enpam-Ente Nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatri, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo studio legale Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio, 43;

nei confronti di

Gherardi Ing Giancarlo s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Fusillo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale delle Milizie 22;

Sacaim s.p.a. Cementi Armati Ing.Mantelli, in persona del legale rappresentante;

per la riforma

della sentenza 29 maggio 2012, n. 4880 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione III-bis.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2013 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Soprano, Brunetti e Fusillo.

FATTO e DIRITTO

1.- La Fondazione E.n.p.a.m. – Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatrici (d'ora innanzi solo Fondazione), con bando pubblicato il 14 giugno 2010, ha indetto una gara avente ad oggetto lavori di riqualificazione edilizia del complesso immobiliare di sua proprietà.

La Società S.a.s. s.r.l. ha partecipato alla predetta procedura.

La gara è stata aggiudicata in via provvisoria al raggruppamento temporaneo di imprese Gherardi ing. Giancarlo

s.p.a. e Sacaim s.p.a. Cementi armati ing. Matelli (d'ora innanzi solo società Gherardi).

La società S.a.s., classificatasi al secondo posto, avendo ricevuto in data 29 aprile 2011 la comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione provvisoria, l'ha impugnata innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. In particolare, ha fatto valere (si riporta la sintesi dei motivi): «violazione delle norme di legge con riferimento, in particolare, a quelle previste per il regolare espletamento delle gare di appalto, nonché violazione degli articoli 7 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241; vizi del procedimento; violazione delle norme di bando e di legge per l'espletamento della gara; erroneità manifesta; eccesso di potere; illogicità ed irragionevolezza dell'operato della commissione giudicatrice in merito all'anomalia dell'offerta e all'offerta tecnica alternativa».

2.– Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con ordinanza del 28 luglio 2011, n. 2895, ha respinto la domanda cautelare. Il Consiglio di Stato, con ordinanza 31 agosto, 2001, n. 3730, ha rigettato l'appello cautelare, confermando la decisione del primo giudice.

2.1.– Il Tribunale, con sentenza 29 maggio 2012, n. 4880, ha dichiarato il ricorso irricevibile.

In particolare, il primo giudice ha ritenuto che, avendo la ricorrente ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria il 29 aprile 2011, il ricorso, notificato in data 17 giugno 2011, doveva ritenersi tardivo.

Il Tar ha, inoltre, rilevato come, anche a volere ritenere che nelle more del giudizio sia intervenuta l'aggiudicazione e che sia questo l'atto realmente lesivo, la ricorrente avrebbe omesso di impugnarlo con motivi aggiunti. Né potrebbe ritenersi che l'impugnazione sia avvenuta avendo la ricorrente nell'epigrafe del ricorso riportato la dicitura che è impugnata l'aggiudicazione definitiva «laddove intervenuta nelle more», ciò in quanto si tratta di una clausole di stile e nel ricorso non sono contenute esplicite censure avverso tale atto.

3.– La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

Nell'atto di appello è censurata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto tardiva l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria sia perché non potrebbe ritenersi tale l'impugnazione di un atto che la parte ha la facoltà e non l'onere di impugnare sia perché la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria del 29 aprile 2011 sarebbe avvenuta irrualmente mediante fax.

Nello stesso atto di appello si afferma, inoltre, di non avere avuto mai comunicazione della aggiudicazione definitiva, rilevandosi che: *i*) la comunicazione del 16 giugno 2011 della stazione appaltante farebbe riferimento ad una aggiudicazione definitiva intervenuta «di cui però non si rinviene traccia né sul sito né sulle pubblicazioni effettuate sui giornali né è allegato alla comunicazione né, tantomeno, prodotto in giudizio dall'Enpam»; *ii*) la conoscenza dell'aggiudicazione definitiva è avvenuta soltanto in data 28 luglio 2011, per essere la stessa stata «ritrovata nel carteggio della fase cautelare», con la conseguenza che «l'eventuale ricorso per motivi aggiunti sarebbe stato improponibile perché (...) già tardivo rispetto alla comunicazione del 16 giugno 2011». Nel merito sono stati riproposti i motivi contenuti nel ricorso di primo grado non esaminati dal Tar.

Nelle memoria difensiva depositata dal nuovo difensore dell'appellante si assume, invece, che con il ricorso di primo grado è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva. Si afferma che di tale aggiudicazione la parte è venuta a conoscenza: *i*) con l'accesso agli atti del 13 giugno 2011; *ii*) con comunicazione del 16 giugno 2011. Ne conseguirebbe che, essendo stato il ricorso notificato il 17 giugno, lo stesso, nella parte in cui fa riferimento all'aggiudicazione «nelle more intervenuta», avrebbe inteso impugnare anche tale atto.

3.1.– Si sono costituite le parti intime, chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

4.– L'appello non è fondato.

4.1.– La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che il carattere endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria rende la sua impugnazione oggetto di una facoltà, ma non di un onere. Il partecipante ad una gara deve, pertanto, impugnare l'aggiudicazione definitiva e se la stessa interviene dopo la

proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria devono essere proposti motivi aggiunti (Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2013, n. 2578).

In particolare, questo Consiglio ha già avuto modo di affermare che: «la soluzione prescelta di valutare improcedibile il ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria in caso di mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva poggia sull'idea che i due atti manifestino un'autonoma lesione all'interesse legittimo azionato dal concorrente non aggiudicatario. Epperò, l'instabilità degli effetti dell'aggiudicazione provvisoria non obbliga all'immediata impugnazione, ma facoltizza alla stessa. Si tratta di due atti connotati da autonome valutazioni dell'amministrazione in merito all'esito della gara, tali che la rimozione della prima non caduca automaticamente la seconda, poiché quest'ultima non ne è l'esito ineluttabile, ma il frutto di ulteriore esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione. Pertanto, il bene della vita del concorrente che assume di essere stato illegittimamente pretermesso viene leso da due distinti provvedimenti: l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, l'ultimo dei quali cristallizza la lesione inferta al suo interesse legittimo» (Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1828).

Chiarito che oggetto dell'impugnazione è l'aggiudicazione definitiva, occorre stabilire da quando inizia a decorrere il termine perentorio di sessanta giorni per la sua impugnazione.

L'art. 79, comma 5, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) prevede che la stazione appaltante comunica d'ufficio, tra gli altri, al concorrente che segue nella graduatoria l'intervenuta aggiudicazione definitiva. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il codice del processo, nella parte relativa alla disciplina del rito speciale degli appalti (art. 120), «non prevedendo forme di comunicazione "esclusive" e "tassative", non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con forme diverse di quelle dell'art. 79 c. contr. pubbl.» (Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2013, n. 2578).

Ne consegue che la conoscenza conseguente all'applicazione del citato art. 79 costituisce soltanto una delle modalità di conoscenza legale del provvedimento di aggiudicazione ai fini della decorrenza del termine per la sua impugnazione.

4.2.– Nel caso di specie, risulta che l'appellante ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria. Non rileva stabilire se tale impugnazione sia stata o meno tempestiva, avendo la stessa, per le ragioni esposte, natura facoltativa.

Occorre, invece, stabilire se l'appellante abbia o meno impugnato ritualmente l'aggiudicazione definitiva.

La Sezione ritiene che tale rituale impugnazione non ci sia stata.

Nell'atto di appello si riconosce espressamente che la ricorrente non ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, perché non ne ha avuto conoscenza. Invero, la stessa appellante afferma di avere ricevuto la comunicazione del 16 giugno 2011 dell'intervenuta aggiudicazione definitiva. La circostanza, addotta, secondo cui non è stato possibile rinvenire "materialmente" il provvedimento non rileva sia perché con la predetta comunicazione la parte è stata comunque resa edotta dell'adozione dell'atto sia perché, in ogni caso, come riconosce la stessa appellante, tale atto è stato conosciuto nella sua integralità in data 28 luglio 2011. In definitiva, pertanto, risulta dai documenti acquisiti al processo che l'appellante ha avuto conoscenza dell'aggiudicazione definitiva e, nondimeno, non ha provveduto, come correttamente rilevato dal primo giudice, alla sua impugnazione.

Nelle memoria depositata dal nuovo difensore dell'appellante nell'imminenza dell'udienza pubblica, si è mutata l'impostazione difensiva affermandosi, per la prima volta, che con il ricorso di primo grado è stata invece impugnata anche l'aggiudicazione definitiva. Tale deduzione non è ammissibile, risolvendosi in un nuovo motivo di censura non consentito nel giudizio di appello (art. 104 cod. proc. amm.).

In ogni caso, essa è priva di fondamento per le seguenti ragioni (ciascuna delle quali sufficiente a ritenere prive di fondamento le deduzioni difensive): *i*) il riferimento all'aggiudicazione definitiva è contenuto soltanto nell'epigrafe del ricorso, con l'impiego di una espressione (con cui si chiede l'annullamento «*dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva, laddove intervenuto nelle more*») che rappresenta non soltanto una clausola di stile ma anche una clausola "incompleta" che presuppone una "integrazione successiva" del contenuto del ricorso se sopravviene l'evento futuro dell'aggiudicazione definitiva; *iii*) il ricorso è stato redatto in data 13 giugno 2011, la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione da parte della stazione appaltante è avvenuta il 16 giugno 2011, il che rende evidente come non sia possibile ipotizzare che nella materiale redazione dell'atto difensivo si sia potuto fare riferimento ad un atto conosciuto in un momento successivo; *iii*) la ricostruzione degli eventi, a prescindere dall'assorbente ragione di irrivalenza sopra esposta, contraddice palesemente la ricostruzione che la stessa parte ha fatto, sia pur con diverso difensore, nell'atto di appello, il che rende inverosimile la stessa prospettazione difensiva.

In definitiva, nell'atto introduttivo del giudizio si afferma che l'aggiudicazione definitiva non è stata impugnata perché non conosciuta, nella memoria difensiva si assume che l'aggiudicazione definitiva è stata impugnata perché conosciuta. La realtà processuale, risultante dagli atti acquisiti al giudizio, è che l'appellante ha avuto conoscenza dell'aggiudicazione definitiva successivamente alla proposizione del ricorso avverso quella provvisoria e, nondimeno, non ha proposto ricorso per motivi aggiunti.

5.– Per le ragioni sin qui esposte, il ricorso di primo grado deve essere dichiarato inammissibile, ovvero improcedibile, per mancata impugnazione della sopravvenuta aggiudicazione definitiva, con conseguente conferma, sia pure con motivazione parzialmente diversa, della sentenza di primo grado.

La dichiarazione di improcedibilità giustifica il mancato esame nel merito dei motivi del ricorso di primo grado riproposti in sede di appello.

6.– L'appellante è condannata al pagamento delle spese processuali, che si determinano in complessive euro 6.000,00 (seimila), di cui euro 3.000,00 devono essere corrisposte alla Fondazione ed euro 3.000,00 alla società Gherardi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, conferma, sia pure con motivazione parzialmente diversa, la sentenza impugnata;
- b) condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali, che si determinano in complessive euro 6.000,00 (seimila), di cui euro 3.000,00 devono essere corrisposte alla Fondazione ed euro 3.000,00 alla società Gherardi, oltre agli oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)