

Consiglio di Stato, Sez. V, 10/10/2019 n. 6904



Il nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) ha eliminato la categoria dell'aggiudicazione provvisoria.

L'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 - al fine di assicurare con la massima celerità la certezza delle situazioni giuridiche ed imprenditoriali - ha del tutto eliminato la tradizionale categoria dell'aggiudicazione provvisoria, ma distingue solo tra: la 'proposta di aggiudicazione', che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, co.5, e che ai sensi dell'art. 120, co. 2-bis ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile; la 'aggiudicazione' tout court che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione. Il che elimina in radice la possibilità che un atto adottato dalla stazione appaltante nell'ambito della procedura di gara possa essere ragionevolmente confuso per "aggiudicazione provvisoria", proprio perché, a partire dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, la figura dell'aggiudicazione provvisoria risulta ormai espunta dall'ordinamento.

Materia: appalti / disciplina

Publicato il

N. 06904/2019REG.PROV.COLL.

N. 02332/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2332 del 2019, proposto da Comune di Vitulano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Teknimond s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Tecnocostruzioni s.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Centrale Unica di Committenza Valle Vitulanese, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 01382/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2019 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi e Roberto Prozzo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 25 settembre 2017 la Centrale Unica di Committenza Valle Vitulanese indiceva, per conto del Comune di Vitulano (BN), procedura di gara per l'affidamento dei lavori di sistemazione finale, ripristino e messa in sicurezza della discarica comunale sita in Monte Cappella-Chiaria.
 2. La Teknimond s.r.l. risultava aggiudicataria della gara venendo tuttavia esclusa per ritenuta anomalia dell'offerta.
 3. Impugnava perciò davanti al Tribunale amministrativo per la Campania il provvedimento d'esclusione, proponendo successivamente motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione - frattanto intervenuta - in favore della seconda classificata Tecnocostruzioni s.r.l.
 4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza del Comune di Vitulano, accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti annullando i provvedimenti impugnati.
 5. Ha proposto appello il Comune di Vitulano con i seguenti motivi:
I) *error in iudicando* sulla inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado per violazione e falsa applicazione dell'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm.; *error in iudicando* a fronte della insussistenza dei presupposti per la rimessione in termini per errore scusabile nella tardiva notifica dei motivi aggiunti; *error in iudicando* sulla improcedibilità/inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse;
II) *error in iudicando* sulla infondatezza del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti della Teknimond in relazione alla denunciata illegittimità per incompetenza della verifica di anomalia.
- L'appellante ha altresì riproposto le difese ed eccezioni di primo grado relative alla dedotta legittimità sotto gli altri profili del provvedimento di esclusione impugnato.
6. Resiste all'appello la Teknimond s.r.l. chiedendo il rigetto del gravame.
 7. A seguito di ordinanza n. 4453 del 2019, con cui il Collegio ha chiesto al Comune la produzione del disciplinare di gara, nonché a entrambe le parti di dedurre in ordine alla questione della lesività del provvedimento di "aggiudicazione" impugnato e ai relativi risvolti processuali, la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 26 settembre 2019 sulla discussione delle parti come da verbale.

DIRITTO

1. È logicamente prioritario lo scrutinio della doglianza formulata dal Comune nella seconda parte del primo motivo d'appello, in quanto relativa a profili inerenti la ricevibilità dei motivi aggiunti e la correlata procedibilità del ricorso in primo grado.
Con siffatta doglianza il Comune di Vitulano deduce l'irricevibilità dei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione, proposti dalla Teknimond il 6 dicembre 2018 a fronte di comunicazione del provvedimento avvenuta il 31 ottobre 2018.
Erroneamente la sentenza avrebbe accordato in proposito la rimessione in termini in favore della ricorrente, difettando in realtà i presupposti dell'errore scusabile, atteso che non sussisteva né un'incertezza normativa né un grave impedimento di fatto rilevanti ai sensi dell'art. 37 Cod. proc. amm.
2. Il motivo è fondato e va accolto nei termini e per le ragioni che seguono, con assorbimento di tutte le altre questioni e doglianze proposte.
 - 2.1. È pacifico, in fatto, come i motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione siano stati notificati oltre il trentesimo giorno dalla relativa comunicazione (*i.e.*, il 6 dicembre 2018 a fronte di comunicazione dell'aggiudicazione avvenuta il 31 ottobre 2018).
 - In proposito la sentenza riconosce sia la natura di aggiudicazione "definitiva" del provvedimento impugnato, sia la tardività dei motivi aggiunti, che dovrebbero perciò essere dichiarati irricevibili; perviene tuttavia a giudizio di loro ricevibilità a fronte dell'errore scusabile ex art. 37 Cod. proc. amm. in cui la Teknimond sarebbe incorsa in conseguenza del comportamento oggettivamente ambiguo e della comunicazione poco chiara dell'amministrazione, che erroneamente qualificava - anche nella nota di trasmissione, prot. n. 5325 del 2018 - il provvedimento come aggiudicazione "provvisoria", così inducendo in errore la ricorrente in ordine alla natura dell'atto e al carattere interinale della relativa comunicazione.
 - 2.2. Come recentemente chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, "l'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 - al fine di assicurare con la massima celerità la certezza delle situazioni giuridiche ed imprenditoriali - ha del tutto eliminato la tradizionale

categoria della 'aggiudicazione provvisoria', ma distingue solo tra: - la 'proposta di aggiudicazione', che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, co.5, e che ai sensi dell'art. 120, co. 2-bis ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile; - la 'aggiudicazione' tout court che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione (...)" (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2019, n. 1710).

Il che elimina in radice la possibilità che un atto adottato dalla stazione appaltante nell'ambito della procedura di gara possa essere ragionevolmente confuso per "aggiudicazione provvisoria", proprio perché, a partire dall'ingresso in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, la figura dell'aggiudicazione provvisoria risulta ormai espunta dall'ordinamento.

In tale contesto, non valgono a integrare i presupposti dell'errore scusabile i richiami - tanto nel provvedimento, quanto nella relativa comunicazione - al carattere "provvisorio" dell'aggiudicazione, proprio perché privi di significato alla luce dell'attuale regime in ordine al procedimento di affidamento dei contratti pubblici, che ignora ormai la categoria dell'aggiudicazione provvisoria.

Anche in relazione a tale questione, la condivisibile giurisprudenza di questa Sezione ha già ritenuto che *"le eventuali erronee indicazioni contenute nel provvedimento non possono consentire di porre nel nulla l'intervenuto superamento dei termini decadenziali per l'introduzione del ricorso anche solo ai fini dell'errore scusabile, per la fondamentale considerazione della condizione di soggetto professionale degli operatori economici che concorrono alle gare"* (Cons. Stato, n. 1710/2019, cit.).

In considerazione di quanto precede, non è dato dunque riscontrare, in conseguenza dell'erroneo richiamo alla "provvisorietà" dell'aggiudicazione, né «oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto» - stante il pacifico superamento normativo della figura dell'aggiudicazione provvisoria - né tanto meno «gravi impedimenti di fatto» in grado di giustificare la tardiva impugnazione del provvedimento.

2.3. Nel caso di specie, peraltro, la "provvisorietà" dell'aggiudicazione è stata affermata dal provvedimento in relazione alla (sola) subordinazione della "aggiudicazione definitiva" alla *"verifica antimafia (...) non ancora pervenuta"* nonché alla *"approvazione del progetto migliorativo proposto dall'impresa da parte degli organi competenti (in sede di conferenza di servizi)"*.

Come correttamente rilevato sul punto dalla sentenza, entrambi gli elementi, lungi dall'incidere sulla natura o i contenuti propri del provvedimento - che chiaramente coincideva con l'aggiudicazione vera e propria - interessavano esclusivamente il profilo effettuale dello stesso, inidoneo a interferire con l'intrinseca lesività dell'aggiudicazione e il decorso del relativo termine d'impugnazione (cfr., di recente, Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5813).

In particolare, la ricezione dell'informativa antimafia attiene al profilo della verifica del possesso dei requisiti, integrante semplice condizione di efficacia dell'aggiudicazione non incidente sulla determinazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso, come specificamente individuato dall'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 31 del 2012).

Lo stesso è a dirsi per la distinta previsione relativa all'approvazione del progetto migliorativo da parte degli organi competenti, rilevante a fini ambientali ai sensi dell'art. 242 d. lgs. n. 152 del 2006, come chiarito dagli stessi organi della conferenza di servizi interessata (cfr., in particolare, relazione della Regione alla conferenza di servizi del 7 marzo 2019, nonché richiesta comunale del 4 febbraio 2019 di convocazione della detta conferenza, in atti): anch'essa costituisce (mera) condizione di efficacia in relazione al progetto migliorato, la quale non incide sui contenuti o sulla natura propria dell'aggiudicazione, né sul suo portato lesivo, rispetto a cui valgono *in parte qua* i medesimi principi affermati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato in ordine alla verifica del possesso dei requisiti da parte del concorrente: *"da un lato [l'aggiudicazione] fa sorgere in capo all'aggiudicatario una aspettativa (...) alla stipulazione del contratto di appalto, che è ex lege subordinata all'esito positivo della verifica; nel contempo, il medesimo atto produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del 'bene della vita' rappresentato dall'aggiudicazione della gara"* (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 31 del 2012, cit.).

2.4. Alla luce di ciò, da un lato si rivelano infondate le deduzioni con cui l'appellata, nel ribadire le difese del primo grado - peraltro senza proporre (inammissibilmente) appello c.d. "incidentale proprio" per censurare *in parte qua* la sentenza che pure ha preso espressa posizione sul punto, qualificando la determina alla stregua di aggiudicazione "definitiva" della gara - sostiene che il provvedimento impugnato non coincida con l'aggiudicazione; in proposito, anche il richiamo al punto 11 del disciplinare di gara, in cui si fa riferimento alla "aggiudicazione definitiva", non incide sulla qualificazione del provvedimento a fronte della piana riconducibilità degli eventi nello stesso concretamente indicati alla (mera) dimensione effettuale dell'aggiudicazione.

Dall'altro conduce a conclusioni opposte a quelle fatte proprie dalla sentenza in ordine alla riconoscibilità dell'errore scusabile: le indicazioni riportate nel provvedimento in nulla

incidevano infatti sul chiaro portato contenutistico dello stesso che, alla luce della (anch'essa chiara) disciplina applicabile non poteva che essere inteso quale aggiudicazione, perciò da sottoporre a immediata impugnazione, non essendo in alcun modo detto provvedimento accostabile - neanche alla luce degli elementi condizionanti nello stesso riportati - a semplice "proposta" di aggiudicazione (né tanto meno all'ormai superata figura della "aggiudicazione provvisoria").

3. In conclusione, in ragione di quanto suesposto, va accolta in via assorbente la seconda parte del primo motivo d'appello e, in riforma dell'impugnata sentenza, va dichiarata l'irricevibilità dei motivi aggiunti in primo grado.

Consegue a detta irricevibilità l'improcedibilità del ricorso di primo grado per difetto d'interesse, atteso che nessuna utilità la Teknimond potrebbe ritrarre dall'annullamento del provvedimento d'esclusione per anomalia della propria offerta una volta dichiarata irricevibile l'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione della gara alla controinteressata.

4. La complessità e particolarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e, in riforma dell'impugnata sentenza, dichiara irricevibili i motivi aggiunti e improcedibile il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente
Valerio Perotti, Consigliere
Alberto Urso, Consigliere, Estensore
Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere
Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini