



**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 in appello iscritto al numero di registro generale 2133 del 2014, proposto da Partiti s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria di costituenda Ati con Impresa Edile e Stradale Gentile Vittorio - Marzi Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Cataldo Mariano e Stefano Mariano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Corigliano Campolitti in Roma, via Angelo Secchi, 3;

***contro***

Provincia di L'Aquila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Evelina Torrelli, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***nei confronti***

Dolomiti Rocce s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO, SEZIONE I, n. 1033/2013, resa tra le parti, concernente affidamento lavori per la messa in sicurezza - caduta massi strada regionale - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di L'Aquila;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Torrelli e Polsini, quest'ultimo in dichiarata delega dell'avvocato Mariano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo dell'Abruzzo, la società Partiti s.r.l. impugnava le determinazioni dirigenziali della Provincia di L'Aquila n. 29 del 17 aprile 2013 – relativa all'aggiudicazione provvisoria alla ditta Dolomiti Rocce dei lavori di messa in sicurezza dalla caduta massi della S.R. n. 479 "Sannite" – e n. 59 del 4 giugno 2013, relativa all'aggiudicazione definitiva alla medesima ditta dei predetti lavori.

La ricorrente aveva preso parte, unitamente ad altre diciannove imprese del settore, alla procedura di gara bandita dalla Provincia di L'Aquila in data 23 novembre 2011 e ne era infine risultata aggiudicataria provvisoria, giusta verbale della Commissione di gara del 27 giugno 2012; peraltro, facendo seguito ad un sollecito dell'odierna appellante, la stazione appaltante rappresentava – con nota del 22 gennaio 2013, prot. n. 3803 – che la proposta migliorativa di cui alla sua offerta era stata nel frattempo rimessa all'attenzione della Commissione di gara, affinché la stessa provvedesse a rivalutarne l'ammissibilità.

Con successiva nota 22 aprile 2013, prot. n. 23586, la stazione appaltante comunicava infine di non aver proceduto all'aggiudicazione definitiva a favore della Partiti s.r.l. e di aver invece disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore della seconda classificata.

A seguito di istanza di accesso agli atti della procedura, formulata il 23 aprile 2013 ed evasa il successivo 15 maggio, la società Partiti s.r.l. impugnava i predetti provvedimenti avanti al giudice amministrativo, chiedendone l'annullamento.

Con sentenza 5 dicembre 2013, n. 1033, il Tribunale amministrativo dell'Abruzzo dichiarava irricevibile il ricorso per tardività, dovendosi individuare il primo atto lesivo per la ricorrente nella determinazione n. 29 del 17 aprile 2013 che aveva disposto, oltre all'aggiudicazione provvisoria, anche l'esclusione dell'Ati Partiti; atto, quest'ultimo, che avrebbe dovuto essere impugnato nel termine di 30 giorni dalla acquisita conoscenza (nella specie dalla data della comunicazione avvenuta il 22 aprile 2012).

Avverso tale decisione la Partiti s.r.l. interponeva appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in iudicando; primo atto lesivo; violazione di legge art. 120, comma 5 del D.lvo 2006, n. 163 in combinato con l'art. 79 del D.lvo 2006, n. 163.*

2) *Errore in iudicando; sulla decorrenza del termine per impugnare; sulla ricevibilità del ricorso di primo grado; sulla piena conoscenza realizzata con la nota del 22 aprile 2013 – sull'omessa motivazione.*

3) *Nel merito: 3.1 - violazione di legge art. 3 Legge 241/1990 e s.m. e difetto di motivazione – Difetto di istruttoria – Eccesso di potere – Sviamento. 3.2 – Violazione di legge art. 11, comma 5, art. 12, comma 1 ed art. 84, comma 12, del D.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e s.m. ed i. – Eccesso di potere; 3.3 – Violazione di legge artt. 10 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e 9, comma 5 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Eccesso di potere. Sviamento; 3.4 – Violazione di legge art. 84 decreto legislativo 12 aprile 2006 – e del combinato disposto degli artt. 11 e 12 decreto*

*legislativo 12 aprile 2006. Violazione del bando di gara nella parte relativa a individuazione di migliore offerta. Eccesso di potere – Illogicità; 3.5 – Violazione di legge artt. 10 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e 9, comma 5 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Vizio di illegittimità derivata. Violazione dell'art. 21 octies legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m. ed int.*

Ribadiva inoltre la richiesta di risarcimento del danno.

Si costituiva in giudizio la Provincia di L'Aquila, eccependo l'infondatezza del gravame e chiedendone il rigetto. Successivamente, con memoria depositata il 3 luglio 2018, la stessa precisava le proprie difese in vista dell'udienza di merito del 19 luglio 2018, all'esito della quale, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, il Collegio ritiene opportuno iniziare l'esame dai motivi di appello concernenti il merito della controversia, la cui soluzione appare preponderante, nel caso di specie, rispetto ai primi due motivi di gravame, concernenti la presunta tardività del ricorso.

Con il terzo motivo di appello viene in primo luogo eccepito un presunto difetto di motivazione sia del provvedimento con cui l'amministrazione aveva disposto l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore della Dolomiti Rocce s.r.l. – senza peraltro prima formalmente revocare quella già disposta in favore dell'appellante – sia del successivo atto di aggiudicazione definitiva.

Dagli stessi, in particolare, non sarebbero desumibili i “*presupposti che fondano la mancata aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente*”, non essendo sufficiente, al riguardo, il mero rinvio ad una relazione tecnica, che non conterrebbe alcun riferimento all'offerta tecnica, “*né viene indicato, almeno nella forma esemplificativa, in quale modo e quali sono le scelte progettuali inficianti*”.

Il motivo non è fondato.

Va in primo luogo ribadito il consolidato principio (*ex multis*, Cons. Stato, III, 11 gennaio 2018, n. 136; V, 23 ottobre 2014, n. 5266; III, 4 settembre 2013, n. 4433; V, 20 aprile 2012, n. 2338) secondo cui nelle gare ad evidenza pubblica, la mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria non dà luogo all'esercizio di alcun potere in via di autotutela, tale da richiedere il raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, con conseguente puntuale obbligo di motivazione in capo all'amministrazione.

In tale contesto, del resto, non è in alcun modo prospettabile un affidamento del destinatario dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto tale atto non è conclusivo del procedimento di evidenza pubblica e non vi è, dunque, lo svolgimento di alcun procedimento di secondo grado (che comporterebbe la necessità di una comunicazione di avvio del procedimento e, soprattutto, l'esternazione della motivazione inerente il pubblico interesse che legittima la rimozione dell'atto emanato).

In effetti, sino al momento dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante può sempre riesaminare il procedimento di gara al fine di emendarlo da eventuali errori commessi o da illegittimità verificatesi, senza che ciò costituisca manifestazione, in senso tecnico, del potere di autotutela, il quale, avendo natura di atto di secondo grado, presuppone esaurita la precedente fase procedimentale con l'intervenuta adozione del provvedimento conclusivo della stessa (Cons. Stato, V, 3 luglio 2017, n. 3248).

Sotto altro profilo (motivo n. 3.2) viene invece dedotta la violazione degli artt. 11 comma 5, 12 comma 1 ed 84 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*), per essere stato il Rup illegittimamente sostituito successivamente all'approvazione dell'aggiudicazione – in violazione del principio di unicità dello stesso in materia di appalti – e per avere questi proceduto

a rivalutare l'offerta tecnica precedentemente ammessa dalla Commissione di gara (nonostante fosse stata reputata la migliore fra quelle proposte).

Il Rup, quindi, non avrebbe contestato all'Ati la mancanza di un requisito di partecipazione – con conseguente decadenza dall'aggiudicazione provvisoria ed automatica aggiudicazione al secondo in graduatoria – ma avrebbe posto in essere un'operazione valutativa di esclusiva competenza della Commissione di gara.

Anche questo profilo di doglianza non è fondato.

In primo luogo non trova conferma, alla luce degli atti di causa, la denunciata “sostituzione” del Rup da parte del dirigente di settore, ing. Palumbo. Invero, risulta che successivamente alla nota del dirigente 4 febbraio 2013, proprio l'ing. Di Battista – nella sua qualità di Rup – abbia redatto la relazione allegata all'impugnata determina n. 29 del 17 aprile 2013, determina nella quale (così come nella successiva n. 59 del 2013) il suddetto l'ing. Di Battista viene correttamente indicato nella sua (attuale) carica di responsabile unico del procedimento (e l'ing. Palumbo in quella di dirigente di settore).

Del resto, già la nota prot. 237 del 13 dicembre 2012, contenente la proposta di “revoca” dell'aggiudicazione provvisoria in favore dell'Ati Partiti s.r.l. era stata sottoscritta dal Rup, il quale puntualmente evidenziava i profili di contrarietà della soluzione tecnica migliorativa proposta rispetto ai criteri indicati nella *lex specialis* di gara.

Per quanto invece la pretesa esautorazione della Commissione di gara da parte del Rup, ovvero del dirigente, va ricordato che, una volta conclusi i lavori della prima, avente compiti di natura prettamente tecnica in funzione “preparatoria”, finalizzati all'individuazione del miglior contraente, spettava alla stazione appaltante – mediante gli organi a ciò deputati – approvarne l'operato, ossia verificarne la correttezza.

Nella specie, la proposta di aggiudicazione in favore dell'Ati Partiti s.r.l. doveva dunque ritenersi implicitamente non approvata.

Ciò premesso, ritiene il Collegio di dover fare applicazione del principio espresso nel precedente di Cons. Stato, V, 30 maggio 2016, n. 2293, secondo cui sono del tutto residuali le ipotesi in cui la Commissione di gara deve essere riconvocata a seguito dell'emersione di errori o lacune nel suo operato: in via ordinaria, infatti, a seguito del completamento dei lavori della Commissione, è il Rup a dover esercitare i suoi poteri di verifica e controllo, nell'esercizio della sua tipica funzione di verifica e supervisione sull'operato della Commissione medesima (in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen. 29 novembre 2012, n. 36).

In tal modo la stazione appaltante esercita un controllo non solo di legittimità ma anche nel merito dell'operato della commissione giudicatrice, al fine di verificare la rispondenza dell'offerta presentata agli obiettivi di interesse pubblico da conseguire attraverso il contratto posto a gara.

Non può quindi ritenersi, per inciso, che la determinazione impugnata si configuri come atto di ritiro rispetto alle decisioni assunte dalla Commissione.

Neppure può riconoscersi, in termini più generali, la sussistenza di una sostanziale contraddittorietà fra quanto statuito dalla Commissione e quanto in seguito evidenziato dal Rup, determinatosi – all'esito dei necessari controlli – a proporre all'organo competente di non approvare, per ragioni specifiche, l'aggiudicazione proposta e, quindi, di disporre l'aggiudicazione in favore dell'impresa seconda graduata.

Ciò in ragione dei compiti di verifica e supervisione che spettano al Rup sull'operato della Commissione e, comunque, giacché l'esercizio di tali poteri è del tutto fisiologico nell'ordinaria dinamica degli appalti pubblici e non comporta alcuno dei profili di contraddittorietà lamentati dall'appellante (Cons. Stato, V, n. 2293 del 2016, cit.).

Ancora, *sub* punto 3.3, l'appellante denuncia – come già in precedenza – la presunta sostituzione del Rup in corso d'opera da parte del dirigente di settore.

Il motivo non è fondato, non risultando essere intervenuta la dedotta sostituzione, come in precedenza detto.

Analogamente non è fondato il rilievo di cui al punto 3.4 dell'atto d'appello, nel quale si sostiene che l'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 demanda la totalità delle operazioni valutative di gara, relative all'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla Commissione giudicatrice e non già ai funzionari incardinati nell'organigramma della stazione appaltante.

Sul punto, si richiama quanto già evidenziato da Cons. Stato, VI, 24 aprile 2007, n. 1842, a mente del quale l'amministrazione – legittimata in base a motivate ragioni tecniche (evidenziate, come si è detto in precedenza, nella proposta del Rup) a non procedere all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria – può discrezionalmente optare per due diverse soluzioni: o avvalersi, ai fini della scelta del contraente, della procedura già espletata con scorrimento della graduatoria precedentemente formata dalla Commissione (come è avvenuto nel caso su cui si controverte), o di indire un nuovo esperimento di gara.

Per contro, come già evidenziato in precedenza, non è ordinariamente tenuta a rimettere gli atti alla Commissione di gara per una nuova valutazione delle offerte.

Per le medesime ragioni in precedenza esposte non può trovare accoglimento il profilo di impugnazione di cui al punto 3.5, che ulteriormente ribadisce la presunta – ma insussistente – sostituzione del Rup.

Neppure è condivisibile la dedotta contraddizione del principio di cui all'art. 84, comma 12, del d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione che prevede l'obbligo di riconvocazione della Commissione di gara non certo nell'ipotesi in cui la stazione appaltante decida di non approvare l'aggiudicazione *provvisoria* in favore della prima graduata, ma solamente laddove si sia provveduto a disporre il “*rinnovo del*

*procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti?*

Va ribadito, al riguardo (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 4 settembre 2014, n. 4514), che l'effetto caducante degli atti dell'intera gara – presupposto di applicabilità della norma richiamata da parte appellante – si configura solamente nel diverso caso in cui i motivi di annullamento siano relativi all'illegittima composizione della Commissione di gara o alla sua non idoneità tecnica, oppure alla condotta della Commissione seriamente lesiva dei doveri di imparzialità o che denotino un atteggiamento di prevenzione nei confronti di uno o più concorrenti o di favoreggiamento di altri, condizioni che non risultano però integrate, nel caso di specie.

In ogni caso, va detto, si tratterebbe di annullamento dell'aggiudicazione *definitiva*. Alla riscontrata infondatezza dei predetti profili di doglianza, vertenti sulla presunta illegittimità provvedimento della delibera n. 29 del 17 aprile 2013, consegue la non accoglibilità del quarto motivo di appello, a prescindere dalle considerazioni di parte appellante in merito al configurarsi o meno di profili di colpa in capo all'amministrazione.

La riscontrata infondatezza, nel merito, dell'appello esonera infine il Collegio dall'esame dei due primi motivi di gravame, relativi a questioni di carattere procedurale.

Conclusivamente, alla luce di quanto precede, l'appello va respinto. Ritiene peraltro il Collegio che la particolarità delle questioni sottoposte al suo esame giustifichi l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Valerio Perotti**

**IL PRESIDENTE**  
**Roberto Giovagnoli**

IL SEGRETARIO