



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2049 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da (omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, via P. Colletta, 12;

contro

Comune di Boscotrecase, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaello Capunzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, via T. Caravita, 10;

Centrale Unica di Committenza di Torre Annunziata, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Internazionale Costruzioni soc. coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

I) con il ricorso introduttivo:

- del verbale di gara n. 11 del 12 aprile 2019 recante approvazione della graduatoria per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana nel Comune di Boscotrecase;
- del disciplinare di gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana nel Comune di Boscotrecase se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
- del provvedimento prot. n. 11/CUC del 6 maggio 2019 della C.U.C. recante rigetto della istanza di rettifica della graduatoria della gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana nel Comune di Boscotrecase formulata dalla ricorrente il giorno 2 maggio 2019;
- della nota p.e.c. del 7 dicembre 2018 emessa dal R.U.P. della procedura per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana nel Comune di Boscotrecase;
- della determina di aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana nel Comune di Boscotrecase disposta a favore della controinteressata e di cui si ignorano estremi e contenuto;
- di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

II) con i motivi aggiunti:

- per l'accertamento della illegittimità del silenzio - rifiuto in relazione alla mancata conclusione della procedura di gara, con declaratoria dell'obbligo di provvedere in merito con adozione di un provvedimento espresso e motivato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Boscotrecase e della società Internazionale Costruzioni soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2020 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio ricorrente ha partecipato, collocandosi in seconda posizione, alla procedura indetta per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana nel Comune di Boscotrecase ed impugna, chiedendone l'annullamento, gli atti indicati in epigrafe, ivi compreso il verbale di gara n. 11 del 12 aprile 2019 recante approvazione della graduatoria finale in cui risulta prima graduata la società cooperativa Internazionale Costruzioni.

Affida il gravame ai profili di illegittimità di seguito rubricati: violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione e falsa applicazione del Codice degli appalti pubblici, violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del disciplinare di gara, eccesso di potere, violazione della L. n. 241/1990, violazione del principio della *par condicio*, eccesso di potere, sviamento.

Va premesso che, secondo la disciplina di gara, il criterio di aggiudicazione previsto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 con la seguente ripartizione dei punteggi: 80 punti per la componente tecnica dell'offerta, 15 punti per l'offerta economica e 5 per l'offerta tempo.

In sintesi, sostiene che la commissione di gara si sarebbe illegittimamente discostata dalla *lex specialis* in quanto, successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti e in corso di gara, ha

rettificato *ex post* il coefficiente moltiplicatore dell'offerta economica previsto a pag. 26 del disciplinare (da 10 a 15), con conseguente modificazione del subpunteggio attribuito alla componente quantitativa dell'offerta; tanto sarebbe stato attuato in recepimento di una nota inviata dal R.U.P. con cui si segnalavano presunte discrasie che avrebbero imposto di modificare il fattore ponderale per la determinazione del punteggio delle offerte economiche.

Il Consorzio ricorrente conclude con le richieste di accoglimento, di conseguente annullamento degli atti impugnati, con aggiudicazione dell'appalto in proprio favore e, in subordine, con condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Si è costituita in giudizio la società controinteressata che eccepisce l'inammissibilità del ricorso, siccome avente ad oggetto un mero atto endoprocedimentale in assenza di aggiudicazione della gara ai sensi dell'art. 32, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016, per genericità del gravame ed omessa specificazione in ordine al bene della vita cui aspira l'istante e, inoltre, per carenza di interesse e mancata prova di resistenza in quanto (omissis) non avrebbe dimostrato che, applicando il diverso coefficiente prospettato nel ricorso, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto.

Resiste in giudizio il Comune di Boscotrecase che solleva analoga eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e, nel merito, replica alle censure e chiede il rigetto del gravame.

Con successivi motivi aggiunti parte ricorrente propone domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio – rifiuto serbato dall'amministrazione appaltante in merito alla diffida con cui ha chiesto la definizione della procedura di gara ai sensi dell'art. 32, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 (*“La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione”*).

Lamenta dunque la violazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 2 della L. n.

241/1990 per violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo.

La società Internazionale Costruzioni oppone l'inammissibilità dei motivi aggiunti per indeterminatezza del gravame ai sensi dell'art. 40 c.p.a. e per carenza di interesse poiché, data la posizione in graduatoria (2^a classificata), l'impresa ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dalla conclusione del procedimento e dalla conseguente adozione di un provvedimento di aggiudicazione di cui potrebbe beneficiare solo la prima classificata; a tale ultima argomentazione in rito si associa anche il Comune intimato.

All'udienza del 12 febbraio 2020 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, occorre dare atto che il giudizio in trattazione ha ad oggetto una domanda impugnatoria ex art. 29 c.p.a. proposta con il ricorso introduttivo avverso il verbale di gara recante approvazione della graduatoria conclusiva della procedura in epigrafe e successivi motivi aggiunti proposti ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. avverso il silenzio – rifiuto serbato dall'intimata amministrazione sulla richiesta di conclusione della procedura di evidenza pubblica che, allo stato, non risulta definita con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Trattandosi di domande soggette a riti diversi, rispettivamente camerale ex art. 87 comma 2 del c.p.a. ed ordinario, trova applicazione quest'ultimo ai sensi dell'art. 32 c.p.a. (*“E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV. 2. Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni”*).

Tanto premesso, con riguardo al ricorso introduttivo coglie nel segno l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse sollevata dalle controparti.

Difatti, l'impugnazione ha ad oggetto il verbale di gara che, come noto, costituisce mero atto endoprocedimentale, privo di immediata lesività e definitività al quale segue la proposta di aggiudicazione, l'approvazione dell'organo competente e la successiva aggiudicazione (cfr. artt. 32 e 33 del D.Lgs. n. 50/2016) - allo stato non adottate - la quale, a sua volta, presuppone un'attività di verifica dell'amministrazione in ordine alla regolarità della procedura e al possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'operatore aggiudicatario.

Parimenti inammissibile si palesa l'impugnazione del successivo provvedimento con cui l'amministrazione ha riscontrato l'istanza di autotutela della parte ricorrente confermando la correttezza dell'operato della commissione di gara in relazione alla presunta erronea applicazione del coefficiente di valutazione dell'offerta economica. Anche tale atto riveste mero rilievo endoprocedimentale e, pertanto, va ribadito che la mancata adozione, allo stato, di un provvedimento conclusivo della procedura di gara concretamente lesivo della posizione giuridica soggettiva della ricorrente non consente di ravvisare un interesse concreto ed attuale alla proposizione di un gravame giurisdizionale.

Venendo all'esame dei motivi aggiunti, vanno preliminarmente rigettate le eccezioni in rito opposte dalla parte resistente.

Sotto un primo profilo, sono stati adeguatamente perimetrati il *petitum* e la *causa petendi* del gravame che, invero, ha ad oggetto la richiesta ex artt. 31 e 117 c.p.a. di accertamento dell'illegittimità del contegno inerte serbato dall'amministrazione appaltante sulla richiesta di definizione della procedura di evidenza pubblica. Difatti, parte ricorrente si duole che, a distanza di circa 10 mesi dalla redazione della graduatoria definitiva, non risulta adottato alcun provvedimento di aggiudicazione, in violazione dell'obbligo di definizione del procedimento di cui all'art. 2 della L. n. 241/1990 secondo cui “*Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche*

amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso”.

Non persuade poi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sollevata dalle controparti processuali.

La società ricorrente è stata infatti ammessa a partecipare alla gara e, allo stato, non essendosi quest'ultima conclusa con l'adozione di un provvedimento di aggiudicazione, conserva intatto l'interesse a veder completato l'iter procedimentale.

Al riguardo, giova rammentare che gli artt. 32 e 33 del D.Lgs. 50/2016 disciplinano le varie fasi delle procedure di affidamento che si articolano, tra l'altro: I) in una proposta di aggiudicazione da parte della commissione di gara (art. 33, comma 1); II) nell'approvazione da parte dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione e che, in mancanza di diverse previsioni, è di 30 giorni; III) nell'aggiudicazione che diviene efficace dopo la verifica in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara (art. 32, comma 7).

Secondo l'elaborazione giurisprudenziale antecedente al vigente codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006 in cui sussisteva la dicotomia aggiudicazione provvisoria/definitiva) - ma sostanzialmente applicabile anche nel nuovo regime - mentre la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario costituisce condizione di efficacia dell'aggiudicazione rispetto alla successiva stipulazione del contratto d'appalto, l'aggiudicazione è suscettibile di produrre effetti giuridici prima della predetta verifica del possesso dei requisiti di ammissione alla gara.

In particolare, detta aggiudicazione *“da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto, che è ex lege subordinata all'esito positivo della verifica”* del possesso dei requisiti e *“nel contempo 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" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 31/2012, punto 2.2.1).

Applicando tali coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, deve ritenersi che, poiché non risulta adottato alcun provvedimento di aggiudicazione (tant'è che i motivi aggiunti hanno per l'appunto ad oggetto il contegno inerte serbato al riguardo dall'amministrazione), non può ritenersi definitivamente preclusa ai partecipanti la concreta possibilità di aspirare all'affidamento dell'appalto, soprattutto considerando che il Consorzio ricorrente si è collocato in seconda posizione ed ha certamente interesse ad una determinazione espressa sull'aggiudicazione e al successivo espletamento delle verifiche in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla società che si è collocata in prima posizione potendo, in caso negativo e di esclusione di quest'ultima, conseguire l'aggiudicazione.

Peraltro, va anche considerato che, ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016, sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di comunicare d'ufficio agli altri concorrenti diversi dall'aggiudicatario le decisioni adottate riguardo all'aggiudicazione di un appalto e, come previsto dall'art. 120, comma 5, dalla ricezione di tale comunicazione decorre per i medesimi il termine di 30 giorni per proporre ricorso giurisdizionale.

Il legislatore ha quindi positivizzato l'interesse dei partecipanti ad avere conoscenza dell'esito della procedura di gara e ad ottenere una formale comunicazione in ordine all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, anche al fine di poter eventualmente proporre il rimedio giurisdizionale. Da tali previsioni discende anche il riconoscimento della pretesa dei concorrenti ad avere

conoscenza in ordine all'adozione di tale aggiudicazione e, in caso di inerzia, sollecitare l'amministrazione affinché vi provveda.

Sotto distinto profilo permane integro l'interesse al ricorso avverso il silenzio - rifiuto e, in particolare, non è predicabile alcuna formazione *per silentium* dell'aggiudicazione in virtù del decorso del termine di trenta giorni dalla proposta di aggiudicazione previsto ex art. 33, primo comma, del D.Lgs. 50/2016 (*“La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni.... Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata”*).

Ciò per due ragioni.

Innanzitutto, nel verbale di gara non è contenuta alcuna proposta di aggiudicazione, ma solo la redazione della graduatoria all'esito della valutazione delle offerte delle imprese partecipanti.

In secondo luogo, l'aggiudicazione è, ai sensi dell'art. 32 del D. Lgs. 50/2016, un atto esplicito ed espresso, nonché rigidamente procedimentalizzato.

Sul punto, già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, la giurisprudenza aveva ricondotto all'inutile decorso del termine la formazione del silenzio - assenso sull'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria (art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006) ma non il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva; a tale scopo si è sempre ritenuto che occorresse una manifestazione di volontà espressa della P.A., ritenendo che, pur a fronte dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, l'amministrazione conservava comunque il potere discrezionale di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1766/2012).

Tale impostazione è stata ribadita anche con il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016 con una disciplina sostanzialmente simile: l'art. 32, comma 5, prevede infatti che la *"stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione"*, a cui segue la previsione di cui all'art. 33, comma 1.

La disposizione dimostra che ciò che si forma tacitamente è l'approvazione della proposta di aggiudicazione, non anche l'aggiudicazione la quale, pertanto, richiede sempre una manifestazione di volontà espressa della stazione appaltante (T.A.R. Campania, Salerno, n. 1153/2017).

In conclusione, stante l'arresto del procedimento ed il decorso del termine ordinario per la relativa conclusione, si impone l'accoglimento dei motivi aggiunti, con declaratoria di illegittimità del silenzio - rifiuto serbato dall'amministrazione appaltante in ordine alla diffida ad adempiere dell'istante del 2 novembre 2019 di conclusione del procedimento di gara; per l'effetto, si assegna per l'adempimento il termine di giorni 30 dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione.

Atteso l'esito complessivo del giudizio - approdato alla declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo e all'accoglimento dei motivi aggiunti - può disporsi la compensazione delle spese processuali tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- accoglie i motivi aggiunti e, per l'effetto, ordina all'amministrazione di provvedere sull'istanza in epigrafe entro il termine indicato in parte motiva;
- spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con
l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO