

E' legittima una clausola di un bando che preveda che <l'esclusione dalla procedura di gara del primo classificato o del concorrente che segue in graduatoria oppure di entrambi i concorrenti comporterà la riformulazione della media aritmetica, la determinazione della nuova soglia di anomalia e la conseguente eventuale nuova aggiudicazione>?

Una tale disposizione risulta illegittima in quanto in contrasto con l'attuale norma di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 163/2006 smi (allora articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 smi) in quanto il contenuto della norma va inteso nel senso che si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta solo quando entrambi i partecipanti alla gara (classificatasi ai primi due posti nella graduatoria provvisoria) non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, non potendosi ammettere che il comportamento del secondo classificato (di per sé influenzabile da sollecitazioni esterne, miranti alla rideterminazione della soglia di anomalia) abbia decisivo rilievo per l'aggiudicazione della gara..

Appare significativo riportare un passaggio tratto dalla decisione numero 4840 del 17 settembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato in tema di applicazione della norma di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 163/2006 e suo scopo.

Ovviamente giova ricordare che all'epoca dei fatti sottoposti al Supremo Giudice Amministrativo vigeva ancora la Legge Merloni e il suo articolo 10 comma 1 quater: la grossa differenza sta nella sua applicabilità, nel senso che dall' 1 luglio 2006 il sorteggio deve essere effettuato anche per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture e non solo per gli appalti di lavori sotto il 150.000 euro .

< Il legislatore ha distinto due fasi procedimentali:

- la prima è caratterizzata dalla verifica 'a campione' del possesso dei requisiti ed è finalizzata alla identificazione dell'aggiudicatario provvisorio;

- la seconda riguarda la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che segue in graduatoria e comporta l'attivazione di un eventuale subprocedimento (volto alla determinazione della nuova soglia di anomalia), caratterizzato dalla compresenza degli atti sanzionatori (che presuppongono distinti comportamenti imputabili sia all'aggiudicatario provvisorio che al concorrente che segue in graduatoria) e della determinazione della nuova soglia di anomalia.

In tale seconda fase, anche per il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, non può ammettersi – per di più in difetto di una norma espressa – che il comportamento del concorrente che segue in graduatoria possa incidere sulla sfera giuridica dell'aggiudicatario provvisorio (specie in considerazione del fatto che, a seguito della avvenuta conoscenza del contenuto delle offerte, la scelta del medesimo concorrente andrebbe a beneficiare un altro, che avrebbe così tutto l'interesse a sollecitare la mancata prova della sussistenza dei requisiti, con una negativa incidenza sul principio del giusto procedimento, di per sé non evitabile unicamente con la possibilità di irrogare la sanzione nei confronti del concorrente secondo graduato).>

Si riporta qui di seguito una tabella dalla quale si evidenzia la similitudine tra le due norme

Normativa vigente prima dell' 1 luglio 2006	Attuale normativa
Legge 11 febbraio 1994, n. 109 La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici	Decreto legislativo 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
Art. 10 (Soggetti ammessi alle gare)	Art. 48. Controlli sul possesso dei requisiti

<p>(...)</p> <p>-quater. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7.</p> <p>La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione</p>	<p>(art. 10, legge n. 109/1994)</p> <p>1. Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.</p> <p>2. La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.</p>
---	---

Precedente giurisprudenza

Se il primo classificato non è in grado di dimostrare il reale possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis di gara, l'aggiudicazione va al secondo classificato; soltanto nel caso anche questa impresa non confermi le proprie dichiarazioni, l'amministrazione dovrà procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente nuova aggiudicazione (art. 10 comma 1 quater della Legge Merloni come ripreso dall'articolo 48 del decreto legislativo 163/2006)

In tema di obbligo da parte dell'Amministrazione ad aggiudicare al secondo classificato nel caso, a norma dell'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i., il C. St. 24.08.2006 n. 4971 ci insegna che:

<le ragioni difensive dell'Amministrazione poggiano infatti esclusivamente sulla interpretazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge quadro 11 febbraio 1994 n. 109, astraendo, del tutto, dalle ragioni della

decisione di accoglimento che (espressamente ed inequivocamente espone in motivazione) si incentrano sulla clausola della lettera d'invito in forza della quale "le dichiarazioni mendaci che eventualmente fossero accertate dall'amministrazione anche dopo la gara, comporteranno la revoca dell'aggiudicazione e l'affidamento automatico al concorrente che segue in graduatoria";

- orbene, una volta limitatasi l'Amministrazione nel senso sopra descritto, e determinato, su tale base, l'affidamento del concorrente collocatosi al secondo posto in graduatoria, devono ritenersi illegittimi il complesso degli atti con i quali la stazione appaltante - invitate le ditte classificate al primo ed al secondo posto a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti ed a presentare la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito (a norma del citato art. 10, comma 1 quater, della L. n. 109 del 1994 espressamente richiamato) e annullata infine, l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della prima in graduatoria per vizio dei requisiti anzidetti e delle dichiarazioni - piuttosto che assegnare i lavori al concorrente collocatosi al secondo posto, in regola, ha proceduto alla rideterminazione della soglia di anomalia, ed ha aggiudicato il contratto ad altro concorrente>

tesi confermata anche in una precedente decisione del Supremo Giudice amministrativo:

Applicazione dell'articolo 10 comma 1 quater della Legge 109/94 s.m.i.: se la mancata produzione documentale si verifica soltanto da parte della prima classificata, mentre la seconda prova il possesso dei prescritti requisiti, la norma richiamata non lascia alcun dubbio sulla necessità dell'automatica aggiudicazione alla seconda classificata, senza che l'Amministrazione possa procedere ad un nuovo calcolo delle medie e ad una nuova aggiudicazione

La decisione del Consiglio di Stato (C. St. 13.03.2006 n. 1286) è importante per il seguente passaggio:

< se la mancata produzione documentale si verifica soltanto da parte della prima classificata, mentre la seconda prova il possesso dei prescritti requisiti, la norma richiamata e il bando di gara non lasciano alcun dubbio sulla necessità dell'automatica aggiudicazione alla seconda classificata.

Del resto, non avrebbe senso chiedere la documentazione probatoria anche al secondo classificato se tale richiesta non fosse preordinata all'automatica aggiudicazione, a quest'ultimo nel caso in cui il primo classificato non fosse in possesso dei prescritti requisiti.

Tale disciplina risponde all'esigenza di contemperare la necessità dello snellimento della procedura con la garanzia della effettiva sussistenza del possesso di tutti i requisiti prescritti dalla legge per partecipare alle pubbliche gare.

Di conseguenza, deve ritenersi irrilevante la distinzione fatta dal giudice di primo grado fra carenza dei requisiti di carattere generale o di carattere speciale che, ai fini esame, devono ritenersi equiparati dalla *lex specialis*.

In relazione a quanto esposto, la Commissione, a seguito dell'esclusione della prima classificata, avrebbe dovuto procedere all'aggiudicazione provvisoria a favore della ditta appellante, senza procedere ad un nuovo calcolo delle medie e ad una nuova aggiudicazione>

Poiché nel caso in cui l'aggiudicatario non riesca a dimostrare il possesso dei requisiti speciali richiesti dal bando, l'aggiudicazione va al secondo in graduatoria che ben può quindi proporre ricorso anche facendo valere censure riferite alle dichiarazioni o alla documentazione primo senza incontrare il limite di inammissibilità collegato alla soglia di anomalia

Il Tar Lombardia , Brescia, 26.10.2006 n. 1349 , merita di essere segnalata per alcuni importanti, fondamentali, principi in essa contenuti.

Prima di tutto: l'aggiudicazione spetta al secondo classificato nel caso il primo non dimostri i requisiti:

< La tesi non può essere condivisa. L'art. 10 comma 1 quater della legge 109/1994 prevede il controllo dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando in due distinte occasioni.

Una prima verifica è effettuata a campione sul 10% dei concorrenti, scelti con sorteggio, prima dell'apertura delle buste delle offerte.

Il secondo controllo avviene dopo la conclusione della gara e riguarda soltanto l'aggiudicatario e il secondo classificato.

In esito a questo controllo se l'offerta dell'aggiudicatario viene eliminata l'aggiudicazione spetta al soggetto che segue immediatamente in graduatoria, e solo se anche quest'ultimo viene eliminato si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione.

La circostanza che sia già stata formata una graduatoria è quindi rilevante, in quanto la norma tende a conservare i risultati della gara, come è particolarmente evidente quando, eliminato l'aggiudicatario, si prende in esame la posizione del secondo classificato senza la rideterminazione della soglia di anomalia e quindi con accettazione implicita del rischio di aggiudicare l'appalto sulla base di un'offerta potenzialmente anomala.

In questo caso l'esclusione del vincitore dalla graduatoria non equivale a esclusione retroattiva dalla gara>

Tale principio vale anche:

< Questa regola può essere applicata sia all'ipotesi di vera e propria carenza dei requisiti di qualificazione sia quando l'esclusione dipenda da vizi formali della domanda di partecipazione, in quanto tutti questi elementi compongono la documentazione richiesta per la gara e possono essere preclusivi (qualora non sia ammissibile l'integrazione o la correzione) rispetto alla stipula del contratto.

Di conseguenza quando la regolarità della domanda è esaminata (o riesaminata) in un momento successivo alla formazione della graduatoria la posizione dei primi due concorrenti classificati risulta distinta da quella di tutti gli altri.>

Ma ben più importante è non dimenticare che:

< Il secondo classificato può quindi proporre ricorso anche facendo valere, come nel caso in esame, censure riferite alle dichiarazioni o alla documentazione dell'aggiudicatario senza incontrare il limite di inammissibilità collegato alla soglia di anomalia. >

l'emarginata sentenza merita inoltre una particolare attenzione anche in merito alla necessità di intestazione della cauzione provvisoria in caso di Ati:

< Con l'ultimo motivo le ricorrenti lamentano la violazione delle prescrizioni di gara (busta A documentazione lett. e; pag. 7 primo paragrafo) che impongono a ciascuna delle imprese di un'ATI costituenda di presentare una polizza fideiussoria a titolo di cauzione provvisoria. Nello specifico la polizza è stata rilasciata nell'interesse della mandataria e di una soltanto delle mandanti.

Neppure in questo caso si può tuttavia ritenere che la lacuna comporti la sanzione dell'esclusione. **Innanzitutto si deve sottolineare che la seconda mandante, anche se non menzionata nel testo della polizza, ha apposto la sottoscrizione in qualità di contraente, e quindi nell'interpretazione del contratto si può ritenere che il fideiussore si sia obbligato rispetto a tutte le imprese che compongono l'ATI aggiudicataria.** Se così non fosse, e si dovesse viceversa ritenere che la polizza è esclusivamente a favore della mandataria e di una delle mandanti, la conclusione ai fini della partecipazione alla gara non sarebbe comunque diversa. Questo perché nell'applicazione delle regole che disciplinano la gara, anche quando sono rafforzate dalla clausola dell'esclusione, occorre sempre valutare se le lacune e le imperfezioni presenti nelle domande dei concorrenti siano idonee a provocare un danno alla stazione appaltante o se l'eventuale sanatoria incida sulla posizione degli altri concorrenti (con violazione della par condicio). Quando questi inconvenienti non si verificano si riesponde l'interesse pubblico alla massima partecipazione.

Nel ricorso in esame viene in rilievo solo la posizione della stazione appaltante. La polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria garantisce infatti contro la mancata sottoscrizione del contratto e non interferisce con il contenuto o la valutazione delle offerte. L'art. 13 commi 2 e 5 della legge 109/1994, in connessione con il precedente art. 10 comma 1 lett. d), qualifica come solidale la responsabilità delle imprese che, seppure non ancora riunite in associazione temporanea, si siano impegnate in questo senso e abbiano sottoscritto congiuntamente l'offerta. **Qualora si realizzi l'ipotesi della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario la stazione appaltante non è quindi tenuta a individuare il soggetto responsabile all'interno dell'ATI costituenda ma può esigere il pagamento dell'intera cauzione da una qualsiasi delle imprese rimanendo estranea ai rapporti intercorrenti tra le stesse. Di conseguenza il fatto che qualcuna delle imprese non sia coperta da polizza fideiussoria non determina una diminuzione delle garanzie per la stazione appaltante, il che a sua volta priva di utilità la misura dell'esclusione dalla gara>**

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4840 del 17 settembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9904 del 2004, proposto dalla s.r.l. Giuseppe ALFA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi M. D'Angiolella ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma, alla via Michele Mercati n. 51;

contro

l'ANAS – Ente Nazionale per le Strade, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi nella presente fase del giudizio;

e nei confronti

della impresa BETA Giuseppe, quale capogruppo dell'Associazione temporanea di imprese costituita con la impresa BETA BIS Salvatore, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Lilli e Luciano Mastrovincenzo ed elettivamente domiciliato in Roma, al viale America n. 11, presso lo studio dell'avvocato Francesco Lilli;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, Sez. I, 9 giugno 2004, n. 1091, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 823 del 2002;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Vista la memoria depositata in data 20 giugno 2007 dall'Ati BETA-BETA BIS;

Viste le memorie depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Visto il dispositivo di sentenza n. 398 del 27.06.2007;

Data per letta la relazione del Consigliere di Stato Luigi Maruotti alla udienza del 26 giugno 2007;

Uditi l'avvocato Luigi D'Angiolella per l'appellante e l'avvocato Francesco Lilli per la società appellata;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

1. Con il bando n. 43 del 2 agosto 2001, il Compartimento dell'ANAS dell'Emilia Romagna ha indetto una gara per la realizzazione di cordoli e porta barriere in cemento armato per la tangenziale di Modena.

Nel medesimo bando (il cui secondo lotto ha previsto l'importo base di euro 1.235.508,48), è stato previsto che "l'esclusione dalla procedura di gara del primo classificato o del concorrente che segue in graduatoria oppure di entrambi i concorrenti comporterà la riformulazione della media aritmetica, la determinazione della nuova soglia di anomalia e la conseguente eventuale nuova aggiudicazione".

2. Alla gara ha partecipato la società ora appellante, che ha ottenuto l'aggiudicazione provvisoria.

In applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, l'ANAS ha chiesto alla medesima società e a quella collocatasi al secondo posto la documentazione attestante il possesso dei requisiti dichiarati.

A seguito della mancata presentazione della documentazione da parte della società collocatasi al secondo posto, l'ANAS ha disposto la revoca della aggiudicazione provvisoria riguardante l'appellante, ha rideterminato la soglia di anomalia ed ha aggiudicato la gara alla associazione temporanea V.G.

3. Col ricorso di primo grado, proposto al TAR per l'Emilia Romagna, la società ora appellante ha impugnato la revoca della aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione in favore nei confronti dell'associazione temporanea V.G., nonché la previsione del bando riguardante la riformulazione della

media aritmetica, nel caso di mancata trasmissione della documentazione da parte dell'aggiudicatario provvisorio o del secondo graduato.

A fondamento del ricorso, la società ha lamentato la violazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 e la sussistenza di vari profili di eccesso di potere.

In riforma dell'ordinanza del TAR n. 1834 del 2002, questa Sezione – con l'ordinanza n. 2277 del 2002 – ha accolto la domanda cautelare formulata dalla società aggiudicataria provvisoria, in ragione dell'ambito di applicazione dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994, il quale “prevede la rideterminazione della media solo se entrambi i classificati (1° e 2°) non siano in regola”.

Con la sentenza gravata, il TAR ha respinto il ricorso ed ha condannato la società al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio.

4. Col gravame in esame, la società ha lamentato che il TAR – senza tener conto dell'ordinanza del Consiglio di Stato – ha respinto il quarto motivo del ricorso di primo grado, senza rilevare il contrasto della previsione del bando con l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994.

Inoltre, la società ha chiesto il risarcimento dei danni cagionati dall'ANAS con l'emanazione degli atti impugnati in primo grado.

5. Ritiene la Sezione che risultano fondate e vanno accolte le censure con cui l'appellante ha lamentato l'illegittimità della previsione del bando (e degli atti conseguenti), riguardante la rideterminazione della media, per contrasto con l'art. 10, comma 1 quater, ultima parte, della legge n. 109 del 1994 (per il quale, qualora l'aggiudicatario provvisorio e il concorrente che segue in graduatoria “non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione”).

Tale disposizione ha dato luogo a due opposte letture.

Per un primo orientamento (già affermato dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con l'atto n. 15 del 30 marzo 2000 e seguito dalla Sez. VI di questo Consiglio con la decisione 5 settembre 2005, n. 4512), l'ultima parte del riportato art. 10, comma 1 quater, si applica quando l'aggiudicatario provvisorio o il secondo classificato non comprovi il possesso dei requisiti: basta che uno di essi non dia tale prova, affinché si proceda alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione.

A tale orientamento è riconducibile la sentenza gravata del TAR per l'Emilia Romagna n. 1091 del 2004, che in sostanza si fonda sulle medesime considerazioni poste a base della richiamata decisione della Sez. V n. 4512 del 2005 (riguardante, peraltro, il diverso caso in cui l'aggiudicatario provvisorio non aveva comprovato il possesso dei requisiti) e cioè:

- la ratio della norma, volta a considerare ‘inesistente’ l'offerta dei soggetti che non abbiano comprovato il requisiti di partecipazione;

- l'esigenza che si evitino pericoli di turbativa che, alterando il calcolo della media, conducano ad aggiudicazioni in favore di imprese predeterminate.

Per un secondo orientamento (affermato da questa Sezione proprio nel corso del primo grado del presente giudizio, con l'ordinanza cautelare 4 giugno 2002, n. 2277), l'ultima parte del riportato art. 10, comma 1 quater, si applica invece quando sia l'aggiudicatario provvisorio che il secondo classificato non comprovino il possesso dei requisiti.

Dopo maturo esame, ritiene la Sezione che vada seguito questo secondo orientamento.

E' decisivo il dato testuale della norma, che adopera la forma plurale, nel senso che "si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione" quando l'aggiudicatario provvisorio e il concorrente che segue in graduatoria "non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni".

Infatti, tra più possibili interpretazioni di una norma, si deve seguire quella più conforme al suo dato letterale.

Il legislatore ha distinto due fasi procedimentali:

- la prima è caratterizzata dalla verifica 'a campione' del possesso dei requisiti ed è finalizzata alla identificazione dell'aggiudicatario provvisorio;

- la seconda riguarda la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che segue in graduatoria e comporta l'attivazione di un eventuale subprocedimento (volto alla determinazione della nuova soglia di anomalia), caratterizzato dalla compresenza degli atti sanzionatori (che presuppongono distinti comportamenti imputabili sia all'aggiudicatario provvisorio che al concorrente che segue in graduatoria) e della determinazione della nuova soglia di anomalia.

In tale seconda fase, anche per il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, non può ammettersi – per di più in difetto di una norma espressa – che il comportamento del concorrente che segue in graduatoria possa incidere sulla sfera giuridica dell'aggiudicatario provvisorio (specie in considerazione del fatto che, a seguito della avvenuta conoscenza del contenuto delle offerte, la scelta del medesimo concorrente andrebbe a beneficiare un altro, che avrebbe così tutto l'interesse a sollecitare la mancata prova della sussistenza dei requisiti, con una negativa incidenza sul principio del giusto procedimento, di per sé non evitabile unicamente con la possibilità di irrogare la sanzione nei confronti del concorrente secondo graduato).

In altri termini, l'art. 10, comma 1, quater, va inteso nel senso che si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta solo quando entrambi i partecipanti alla gara (classificatisi ai primi due posti nella graduatoria provvisoria) non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, non potendosi ammettere che il comportamento del secondo classificato (di per sé influenzabile da sollecitazioni esterne, miranti alla rideterminazione della soglia di anomalia) abbia decisivo rilievo per l'aggiudicazione della gara.

6. Per le ragioni che precedono, in accoglimento dell'appello e in riforma della sentenza gravata, va accolto il quarto motivo del ricorso di primo grado.

7. A questo punto, va individuata la rilevanza nel giudizio di tale accoglimento.

L'appellante nel suo gravame non ha chiesto l'annullamento degli atti di gara, bensì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, derivante dalla mancata esecuzione dei lavori, oggetto della gara d'appalto.

Ad avviso del Collegio, tale domanda risulta ammissibile ed è fondata, nei limiti che seguono.

7.1. Quanto alla ammissibilità della domanda, vanno richiamati i principi già enunciati da questo Consiglio, per il quale – in relazione alle gare d'appalto - l'art. 35 del D.L. n. 80 del 1998 ha abrogato la precedente normativa in tema di proponibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice civile,

subordinata al previo annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, ed ha fondato un nuovo sistema di responsabilità per l'illegittimo esercizio del potere pubblico, attribuendo alla giurisdizione amministrativa esclusiva ogni controversia riguardante "il risarcimento del danno ingiusto" arrecato all'interesse legittimo di natura pretensiva (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. IV, n. 7912 del 2006; Sez. IV, n. 2136 del 2007).

In materia di appalti, la legge n. 205 del 2000, nel novellare l'art. 35, sul piano della giurisdizione e su quello sostanziale, ha ribadito il potere del giudice amministrativo di disporre l'eventuale risarcimento del danno, "nell'ambito della sua giurisdizione", in attuazione del principio per il quale l'interesse legittimo è tutelato in sede giurisdizionale non solo con l'annullamento, ma anche con lo "strumento di tutela ulteriore" del risarcimento (Corte Cost., n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. VI, n. 2136 del 2007).

Il medesimo art. 35 consente al giudice amministrativo di verificare:

- se l'accoglimento della domanda principale di annullamento comporti una tutela pienamente soddisfacente;
- se sia il caso di disporre, anche in alternativa, la condanna ad un risarcimento, qualora il ricorrente non possa conseguire dall'annullamento una piena tutela (in ragione della irreversibile esecuzione dell'atto impugnato) ovvero una effettiva utilità (cfr. Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. IV, n. 2136 del 2007).

7.2. Nella specie, la stessa appellante (che ha ritualmente e fondatamente impugnato gli atti di gara) ha chiesto il risarcimento dei danni e non anche l'annullamento degli atti lesivi, per la rilevata impossibilità di realizzare i lavori oggetto della gara e di ottenere una piena tutela con la statuizione di annullamento.

Può quindi passarsi all'esame della domanda risarcitoria.

8. Ritiene la Sezione che tale domanda vada accolta nei limiti che seguono, poiché sussistono tutti i presupposti per ravvisare la responsabilità dell'Amministrazione.

8.1. Quanto alla colpevolezza dell'ANAS, oltre alla illegittimità degli atti impugnati in primo grado – contrastanti col dato letterale dell'art. 10, comma 1 quater - è decisivo considerare che l'Ente non ha ritenuto di riesaminare le questioni, malgrado la notifica dell'articolato ricorso originario e l'accoglimento della domanda cautelare nel corso del giudizio di primo grado (disposto da questa Sezione con l'ordinanza 4 giugno 2002, n. 2277, che - in riforma dell'ordinanza del TAR - sulla base di una diffusa motivazione già aveva rimarcato l'illegittimità degli atti negativamente incidenti sull'aggiudicatario provvisorio).

8.2. Per quanto riguarda il quantum del danno risarcibile, l'appellante ha richiamato il contenuto di una perizia, che ha quantificato il danno emergente e il lucro cessante, con riferimento al 10% dell'importo di gara.

Ritiene al riguardo la Sezione che il danno vada nella specie liquidato in misura equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze e anche del fatto che l'ANAS – pur non dando esecuzione alla ordinanza cautelare di questa Sezione n. 2277 del 2002 - si è ab origine attenuta all'interpretazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, sia pure non condivisibile, fatta propria dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con l'atto n. 15 del 30 marzo 2000.

Pertanto, la Sezione ritiene equo liquidare l'importo di euro 20.000, in favore dell'appellante, per tutti i danni cagionati dagli atti impugnati in primo grado.

9. Per le ragioni che precedono, in accoglimento dell'appello n. 9904 del 2004, il ricorso di primo grado va accolto nella parte in cui ha chiesto il risarcimento del danno e l'ANAS va condannata al pagamento di euro 20.000, in favore dell'appellante.

In ragione delle sopra indicate oscillazioni giurisprudenziali, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) accoglie l'appello n. del 2004 e, in riforma della sentenza gravata n. 1091 del 2004, accoglie il ricorso di primo grado n. 823 del 2002 nei sensi indicati in motivazione e condanna l'ANAS – Ente Nazionale per le Strade al pagamento del risarcimento dei danni, nella misura ivi indicata.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio..

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 26 giugno 2007, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Costantino Salvatore Presidente f.f.

Luigi Maruotti Consigliere estensore

Pier Luigi Lodi Consigliere

Bruno Mollica Consigliere

Sandro Aureli Consigliere

Il Presidente f.f.

Costantino Salvatore

Il Consigliere estensore

Il Segretario

Luigi Maruotti Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 17/09/2007

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott. Antonio Serrao

--

N.R.G. 9904/2004