

La nascita del vincolo contrattuale può essere condizionata ad un'esplicita manifestazione di volontà dell'amministrazione.

In fase di aggiudicazione provvisoria, l'aggiudicatario vanta solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento e non una posizione giuridica qualificata

Così nella massima ufficiale del Consiglio di Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5903. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare (cfr. C.G.A., n. 428 del 5 dicembre 1994), che nel caso in cui in sede di appello sia fornita la prova della avvenuta notificazione rituale del ricorso proposto in primo grado il giudice del riesame, in riforma della sentenza appellata, deve dichiarare ammissibile l'originario ricorso presentato al T.A.R. e, per l'effetto devolutivo, procedere ad esaminare nel merito l'impugnativa. La riconosciuta erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso pronunciata dal giudice di primo grado consuma questo grado di giudizio e comporta la ritenzione della causa da parte del giudice di appello, per la definizione del merito e impone l'esame delle censure dedotte con il ricorso di primo grado.

Come la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato, e ribadito anche di recente (Sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), se è vero che l'Amministrazione è obbligata a dare comunicazione all'aggiudicatario di un appalto pubblico dell'avvio del procedimento teso ad adottare un provvedimento, di secondo grado, di annullamento o di revoca della già disposta aggiudicazione, atteso che rispetto a quest'ultima l'aggiudicatario vanta una posizione giuridica qualificata, è vero, altresì, che tale situazione non ricorre allorchè si è in presenza di un'aggiudicazione solo provvisoria, rispetto alla quale l'aggiudicatario può vantare una mera aspettativa alla conclusione del procedimento.

Nessuna norma o principio preclude all'amministrazione di articolare il procedimento di scelta del contraente con cui concludere un contratto d'appalto per la realizzazione di lavori pubblici, in una fase che si conclude con un'aggiudicazione provvisoria ed in una successiva che può condurre o meno all'aggiudicazione definitiva. Ciò che si richiede è che l'azione amministrativa sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità, che a loro volta si concretizzano nel principio della par condicio di tutti i concorrenti realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara e quindi nel principio della concorsualità, della segretezza, completezza delle prescrizioni: ciò che nel caso di specie è puntualmente avvenuto.

Secondo la pacifica giurisprudenza, l'art. 16, comma 4, della legge sulla contabilità di Stato R.D. 23 maggio 1924, n. 827- a norma del quale il processo verbale di aggiudicazione equivale a contratto - non è applicabile nei casi in cui il bando di gara subordina la nascita del vincolo contrattuale ad un'esplicita manifestazione di volontà in tale senso dell'amministrazione.

A cura di Sonia LAZZINI

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 260 del 2002, proposto da \*\*\*\*\* –

C O N T R O

Istituto Autonomo Case popolari di Benevento, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Carmine Lombardi, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma Via Andrea Doria, n. 40 presso lo studio dell'avv. Tommaso Acconcia.

E NEI CONFRONTI

di \*\*\*\*\* S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. \*\*\*\*\* S.r.l. e \*\*\*\*\* S.r.l. – \*\*\*\*\* S.r.l., non costituita in questo grado del giudizio.

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli (Sezione I), n. 3985 del 6 settembre 2001.

RL

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'I.A.C.P. di Benevento.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visto il dispositivo di sentenza n. 268 del 23.5.2002.

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 21 maggio 2002 relatore il Consigliere Costantino Salvatore.

Uditi l'avv. Lombardi per l'IACP di Benevento. Nessuno comparso per il Consorzio appellante.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Il Consorzio Nazionale Cooperativa Lavoratori Edili - \*\*\*\*\*, con ricorso al TAR per la Campania, sede di Napoli, impugnava la determinazione n. 9 del 15 marzo 2000, con la quale l'IACP di Benevento decideva di non procedere all'aggiudicazione definitiva dell'appalto per la costruzione di 34 alloggi di edilizia agevolata in Benevento, la nota prot. 2460 del 21 febbraio 2000 del Dirigente Settore tecnico dell'Istituto, ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il bando di gara nella parte in cui prevede la facoltà dell'amministrazione di non approvare l'aggiudicazione provvisoria e di considerare la gara senza esito se non ritenga congrua o vantaggiosa l'offerta.

Il ricorso era affidato alle seguenti censure:

- 1). Violazione dell'art. 7 legge 7 agosto 1990, n. 241, e del giusto procedimento.
- 2). Violazione dell'art. 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109/1994, nonché eccesso di potere per carenza d'istruttoria e di presupposti, per contraddittorietà, motivazione perplessa e falsa applicazione del bando di gara.
- 3). Eccesso di potere per carenza d'istruttoria, per contraddittorietà, per carenza di motivazione, per erroneità. Violazione dell'art. 3 legge 7 agosto 1990, n. 241.
- 4). Eccesso di potere per perplessità della motivazione. Violazione dell'art. 25 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, dell'art. 97 della costituzione, del D. Lgs 19 dicembre 1991, n. 406.

A seguito del deposito nella Camera di consiglio, fissata per la discussione della sospensiva, il Consorzio, con atto di motivi aggiunti, impugnava, altresì, il verbale della commissione tecnica del 26 marzo 1999; il verbale della commissione tecnica del 20 aprile 1999; la nota prot. 9038 del 27 luglio 1999; la nota prot. 9585 dell'11 agosto 1999; il verbale della commissione tecnica del 4 febbraio 2000; la nota n. 2061 del 10 febbraio 2000; il verbale della commissione tecnica dell'11 febbraio 2000; la determina del direttore generale n. 39 del 27 aprile 2000; il verbale di gara del 31 maggio 2000; il verbale di gara dell'1 giugno 2000; il verbale di gara del 26 giugno 2000; il verbale di gara del 13 luglio 2000 (aggiudicazione provvisoria a favore dell'Ati \*\*\*\*\* di Latina); il verbale di aggiudicazione definitiva del 25 luglio 2000; il bando di gara del 23 marzo 2000 (appalto costruzione n. 34 alloggi per importo a base di gara di £. 4.992.013.975), citato nella determina del 27 aprile 2000; il bando (non conosciuto) relativo alla gara esperita il 31 maggio 2000; le procedure di gara espletate il 18 maggio 1999.

Il Consorzio concludeva chiedendo anche la condanna dell'Istituto al pagamento del risarcimento dei danni.

L'Amministrazione resisteva al ricorso, deducendone l'infondatezza.

Il TAR, con la sentenza in epigrafe, dichiarava il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse sul rilievo che per i motivi aggiunti, notificati a mezzo il servizio postale, non risultava depositato l'avviso di ricevimento, unico documento idoneo a dimostrare la tempestività e regolarità della notifica e la cui mancanza determina l'inesistenza della notifica stessa.

La sentenza è stata appellata dal Consorzio, che ne chiede l'integrale riforma.

L'IACP di Benevento resiste all'appello, che è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 21 maggio 2002.

D I R I T T O

1. Con il terzo motivo d'appello, che sul piano logico va esaminato prioritariamente, si contesta la tesi dell'inesistenza della notifica dei motivi aggiunti, osservandosi che l'avviso di ricevimento era stato regolarmente allegato agli atti del giudizio di primo grado e che dal suo duplicato rilasciato dal competente ufficio postale, emerge la rituale tempestiva notifica dei motivi aggiunti all'ATI \*\*\*\*\*.

Il motivo è fondato.

La circostanza che l'atto di motivi aggiunti è stato tempestivamente notificato al soggetto controinteressato – nella specie l'ATI \*\*\*\*\* – risulta provata dal deposito del duplicato dell'avviso di ricevimento rilasciato dal competente Ufficio postale.

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare (cfr. C.G.A., n. 428 del 5 dicembre 1994), che nel caso in cui in sede di appello sia fornita la prova della avvenuta notificazione rituale del ricorso proposto in primo grado il giudice del riesame, in riforma della sentenza appellata, deve dichiarare ammissibile l'originario ricorso presentato al T.A.R. e, per l'effetto devolutivo, procedere ad esaminare nel merito l'impugnativa.

La riconosciuta erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso pronunciata dal giudice di primo grado consuma questo grado di giudizio e comporta la ritenzione della causa da parte del giudice di appello, per la definizione del merito e impone l'esame delle censure dedotte con il ricorso di primo grado.

2. Con il primo motivo si deduce la violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento che ha condotto alla decisione di non aggiudicazione definitiva della gara. L'aggiudicazione provvisoria disposta in esito alle operazioni di gara avrebbe determinato nella società appellante la legittima convinzione di una positiva conclusione, con conseguenti impegni finanziari e tecnici assunti a tal fine. Da qui l'obbligo di previa comunicazione per consentire alla \*\*\*\*\* di partecipare al procedimento e pervenire al provvedimento finale mediante contraddittorio. Ciò specie ove si consideri che la decisione di non aggiudicazione è stata comunicata dopo circa un anno dall'aggiudicazione provvisoria e dopo l'espletamento della nuova gara.

Il motivo è infondato.

Come la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato, e ribadito anche di recente (Sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), se è vero che l'Amministrazione è obbligata a dare comunicazione all'aggiudicatario di un appalto pubblico dell'avvio del procedimento teso ad adottare un provvedimento, di secondo grado, di annullamento o di revoca della già disposta aggiudicazione, atteso che rispetto a quest'ultima l'aggiudicatario vanta una posizione giuridica qualificata, è vero, altresì, che tale situazione non ricorre allorchè si è in presenza di un'aggiudicazione solo provvisoria, rispetto alla quale l'aggiudicatario può vantare una mera aspettativa alla conclusione del procedimento.

Circostanza questa che sussiste nel caso di specie, tenuto conto che l'Istituto committente, alla stregua di precisa clausola del bando di gara, ha disposto in favore della odierna appellante solo un'aggiudicazione provvisoria, insuscettiva in quanto tale di creare posizioni giuridiche qualificate.

3. I motivi II.B., II.C., II.D., corrispondenti ai motivi secondo, terzo e quarto del ricorso originario, possono essere esaminati congiuntamente, perché attengono tutti alle censure di ordine sostanziale dedotte.

Conviene ricordare che la gara, in esito alla quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria all'odierna appellante, è stata esperita nelle more sia dell'emissione del parere della Commissione tecnica sia dell'approvazione formale del progetto. Ciò in considerazione delle numerose sollecitazioni pervenute all'Istituto dagli interessati all'intervento, che riguarda la costruzione di 34 alloggi da destinare alla Forse dell'Ordine.

Occorre, altresì, considerare che la Commissione tecnica ha fornito il proprio parere in data 4 febbraio 2000, richiedendo l'eliminazione della sala condominiale prevista in progetto, e che il nuovo progetto di costruzione, aggiornato secondo i prezzi correnti, ammonta a £. 6.860.876.061, rispetto a £. 4.000.000.000 costituente l'ammontare della gara, nella quale la \*\*\*\*\* è risultata aggiudicataria.

3.1. Ciò precisato, è infondato il primo dei citati motivi, con il quale si deduce che, atteso il sistema di aggiudicazione previsto (il prezzo più basso ex art. 21, comma 1 bis, della legge n. 109 del 1994), l'amministrazione non poteva valutare ex post la congruità e vantaggiosità o meno dell'offerta.

La censura non considera che tale facoltà era esplicitamente prevista dal bando di gara e, ad avviso del Collegio, la sua previsione non appare né illogica né irrazionale, tenuto conto della peculiarità del procedimento che, come non è contestato, è stato portato a compimento pur non essendo stato acquisito il parere obbligatorio della Commissione tecnica.

Nessuna norma o principio preclude all'amministrazione di articolare il procedimento di scelta del contraente con cui concludere un contratto d'appalto per la realizzazione di lavori pubblici, in una fase

che si conclude con un'aggiudicazione provvisoria ed in una successiva che può condurre o meno all'aggiudicazione definitiva.

Ciò che si richiede è che l'azione amministrativa sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità, che a loro volta si concretizzano nel principio della par condicio di tutti i concorrenti realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara e quindi nel principio della concorsualità, della segretezza, completezza delle prescrizioni: ciò che nel caso di specie è puntualmente avvenuto.

3.2. Il secondo motivo assume che il parere del Dirigente del Settore tecnico, contrariamente a quanto si sostiene negli atti impugnati, non fa riferimento alla congruità e vantaggiosità dell'offerta, ma solo ed esclusivamente alla variante del progetto, peraltro in diminuzione ed alla circostanza che l'Istituto non ha ritenuto di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Anche questa censura deve essere disattesa, essendo facile obiettare che, per la parte in cui si riferisce alla congruità e vantaggiosità o meno dell'offerta, il provvedimento impugnato aggiunge ulteriore motivo a giustificazione della non aggiudicazione definitiva.

In altre parole, il fatto che l'affermazione che l'offerta non appariva né congrua né vantaggiosa non compariva nel parere del dirigente, non significa che questa motivazione si riflette negativamente sul provvedimento impugnato, posto che l'autorità competente a decidere non era tenuta a conformarsi al parere dell'organo tecnico, ma conservava il potere di aggiungere ogni ulteriore elemento che, a suo avviso, giustificavano la mancata aggiudicazione definitiva.

Se poi si tiene presente che una puntuale giustificazione è prescritta solo quando il provvedimento abbia già prodotto degli effetti o quanto meno un legittimo affidamento, si deve concludere che nel caso in esame non ricorre tale ipotesi proprio perché si era in presenza di una mera aggiudicazione provvisoria.

3.3. La terza censura contesta la fondatezza delle ragioni poste a base del provvedimento impugnato, invocando sia l'esiguità della variazione del progetto sia l'art. 16, comma 4, della legge sulla contabilità di Stato R.D. 23 maggio 1924, n. 827) a norma del quale il processo verbale di aggiudicazione equivale a contratto.

La censura non considera, però, che il bando di gara ha previsto espressamente che l'amministrazione potesse pervenire alla non approvazione dell'aggiudicazione e che, in concreto, l'aggiudicazione disposta in favore della ricorrente è di natura provvisoria. Non va poi dimenticato che, secondo la pacifica giurisprudenza, la norma invocata non è applicabile nei casi in cui, come nella specie, il bando di gara subordina la nascita del vincolo contrattuale ad un'esplicita manifestazione di volontà in tale senso dell'amministrazione.

Anche questo motivo, deve, pertanto, essere respinto.

Passando all'esame dei motivi aggiunti, si deve osservare che il primo, prospettando la violazione del giusto procedimento, va respinto per le considerazioni svolte a proposito del primo motivo di ricorso.

Gli ulteriori motivi sono tutti inammissibili, perché sono rivolti contro la nuova procedura di gara, conclusasi con l'aggiudicazione definitiva all'\*\*\*\*\*, gara alla quale l'odierna appellante non ha partecipato.

L'appello deve, in conclusione, essere accolto solo parzialmente, nel senso che, diversamente da quanto statuito dal primo giudice, il ricorso di primo grado deve essere respinto nel merito e non dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse.

Quanto alle spese, sembra equo disporre la totale compensazione tra le parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe specificato, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 21 maggio 2002 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Stenio	Riccio	Presidente	
Costantino	Salvatore		Consigliere est.
Raffaele	De Lipsis		Consigliere

Antonino  
Vito  
IL PRESIDENTE

Anastasi  
Poli

Consigliere  
Consigliere  
L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO