

N. 00402/2016REG.PROV.COLL.

N. 04747/2015 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 4747 del 2015, proposto dall'Impresa GgV, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con l'impresa La T. s.n.c., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Cosco in Roma, via Muggia 33;

contro

Costruzioni S. s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con l'agenzia funebre Ge. L. Di A. G., e quest'ultima in proprio, rappresentate e difese dagli avvocati Corrado Morrone e Francesco Bocchinfuso, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, viale XXI Aprile 11;

nei confronti di

Comune

di

Catanzaro;

Ufficio S.u.a.c. - Stazione unica appaltante comunale;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE II, n. 813/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio di gestione dei servizi cimiteriali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Costruzioni S. s.r.l. e dell'agenzia funebre Ge. L. Di A. G.;

Viste le ordinanze della Sezione nn. 3092 del 9 luglio 2015 e n. 3547 del 31 luglio 2015;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Demetrio Verbaro e Corrado Morrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Costruzioni S. s.r.l. impugnavano davanti al TAR Calabria – sede di Catanzaro, gli atti della procedura di affidamento in appalto dei servizi cimiteriali per il Comune di Catanzaro (indetta da quest'ultimo con determinazione n. 2922 del 16 settembre 2014), dalla quale venivano escluse dopo essere state dichiarate aggiudicatarie provvisorie, in virtù del d.u.r.c. della Cassa edile di Catanzaro in data 16 gennaio 2015, attestante un'irregolarità contributiva della mandataria al 10 dicembre 2014, termine di scadenza per la presentazione delle offerte (determinazione n. 484 del 26 febbraio 2015). Contestualmente veniva disposta aggiudicazione della gara al concorrente secondo classificato, raggruppamento temporaneo con capogruppo

l'impresa GgV.

2. Con la sentenza in epigrafe il TAR adito ha accolto l'impugnativa, sul rilievo che l'irregolarità contributiva, pari ad € 1.745,00, risultante alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, era stata sanata dalla Costruzioni S. nei termine di 15 giorni dall'invito dell'ente previdenziale, in conformità al disposto dell'art. 39, comma 8, d.l. n. 69/2013 ("Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"; conv. con l. n. 98/2013), a sua volta applicabile anche alle procedure di affidamento di contratti pubblici sulla base di un'«*interpretazione favorevole alla massima partecipazione*». Con la medesima pronuncia il TAR ha anche respinto il ricorso incidentale "escludente" dell'aggiudicataria, diretto a contestare sotto diversi profili il possesso in capo al raggruppamento temporaneo ricorrente principale dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziario previsti dalla normativa di gara.

3. Per la riforma di entrambe queste statuizioni, oltre che quella di rigetto dell'eccezione preliminare di improcedibilità del ricorso principale per mancata impugnazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha integrato la motivazione della revoca dell'aggiudicazione provvisoria (determinazione n. 816 del 27 marzo 2015), ha quindi proposto appello l'impresa GgV.

4. Resistono al mezzo la s.r.l. Costruzioni S. e la mandante ditta individuale Agenzia funebre Ge. L. Di A. G..

5. L'esecutività della sentenza appellata è stata sospesa da questa Sezione al fine di «*mantenere la res adhuc integra*», con ordinanza n. 3092 del 9 luglio 2015. Con ordinanza n. 3547 del 31 luglio successivo è stata respinta l'istanza di revoca della sospensiva proposta dalle appellate.

DIRITTO

1. L'eccezione di improcedibilità per mancata impugnazione della determinazione n. 816 del 27 marzo 2015, riproposta dall'impresa GgV nel primo motivo

d'appello, è fondata ed assorbente.

2. Come sopra accennato, il provvedimento in questione è stato emesso dal Comune di Catanzaro dopo i chiarimenti ricevuti dalla Cassa edile in ordine al d.u.r.c. inizialmente acquisito (nota del 25 marzo 2015, prot. n. 15838), ed in particolare dopo il preavviso di ricorso ex art. 243-*bis* cod. contratti pubblici con cui la Costruzioni S. aveva chiesto di essere riammessa alla gara, deducendo di avere regolarizzato l'irregolarità contributiva attestata nel d.u.r.c. nel termine di legge (il citato art. 39, comma 8, d.l. n. 69/2013). A fronte dei chiarimenti dell'ente previdenziale, il Comune di Catanzaro ha tuttavia confermato l'esclusione, aggiungendo che questa si fonda anche sulla falsa attestazione dell'a.t.i. Costruzioni S. in ordine alla propria regolarità contributiva (*«per aver reso dichiarazioni non veritiere»*), e conseguentemente incamerando la cauzione provvisoria e segnalando il fatto all'Autorità nazionale anticorruzione.

3. Le appellate S. Costruzioni ed agenzia funebre Ge. L. Di A. G. controdeducono all'eccezione, sottolineando in primo luogo che la determinazione n. 816 del 27 marzo 2015 è l'atto conclusivo del sub-procedimento avviato in seguito al loro preavviso di ricorso ai sensi del citato art. 243-*bis* d.lgs. n. 163/2006, il quale *«non assume una portata autonoma ed ulteriormente lesiva»* degli atti impugnati, ed inoltre che il medesimo provvedimento è stato emesso dopo la rinuncia all'istanza di autotutela, motivata dall'imminente scadenza del termine per ricorrere in sede giurisdizionale (nota ricevuta dal Comune di Catanzaro il 27 marzo 2015, prot. n. 25589).

4. Ciò premesso, deve innanzitutto ricordarsi che secondo l'incontrastata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (da ultimo: Sez. III, 3 dicembre 2015, n. 5494), il c.d. preavviso di ricorso previsto dall'art. 243-*bis* non comporta per l'amministrazione alcun obbligo di riesame né di sospensione della procedura, e neppure un obbligo di risposta espressa, potendo la stessa formarsi *per silentium* ai sensi del comma 6. Inoltre, la procedura introdotta a seguito del preavviso di

ricorso non influisce sull'esito della gara, cosicché la stazione appaltante può legittimamente aggiudicare in via definitiva la gara senza attendere l'esito del riesame. Come infatti chiarisce il comma 3 di tale disposizione, il preavviso di ricorso «*non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale*». Pertanto, il comportamento della stazione appaltante può al più essere valutato in sede giurisdizionale ai fini risarcitori (comma 5), in ipotesi di successiva accertata illegittimità, e in ogni caso in sede di regolamento delle spese processuali.

5. L'indirizzo giurisprudenziale formatosi sulla disposizione in esame (*ex multis*: Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3613, 20 marzo 2015, n. 1543, 9 marzo 2015, n. 1176, 26 settembre 2014, n. 4830, queste ultime tre citate dalle appellate) ha quindi specificato che lo strumento da questa previsto non è posto a tutela di una posizione giuridica soggettiva, ma è finalizzato a sollecitare l'amministrazione ad un eventuale riesame, comunque non obbligatorio, del proprio operato in autotutela, il cui esito negativo per l'istante ha natura meramente confermativa del provvedimento contestato, privo di carattere lesivo rispetto a quest'ultimo e dunque non comportante alcun onere di impugnativa. In particolare, la pronuncia da ultimo richiamata si è soffermata sul comma 6 del più volte citato art. 243-bis, il quale prevede che il diniego di autotutela «*è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti*», precisando che tale disposizione attribuisce all'interessato una mera facoltà di impugnazione esercitabile nel giudizio sull'atto "principale" (in questi termini anche: Sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6137, 6 maggio 2013, n. 2449; Sez. V, 25 giugno 2014, n. 3203).

5. Il caso oggetto del presente giudizio è tuttavia ben diverso da quelli esaminati nelle pronunce finora richiamate.

Infatti, con la determinazione n. 816 del 27 marzo 2015 l'amministrazione ha

individuato nei confronti dell'a.t.i. S. Costruzioni una nuova ed autonoma ragione di esclusione, e cioè «*per aver reso dichiarazioni non veritiere*», dopo quella inizialmente disposta per via del d.u.r.c. attestante un'irregolarità contributiva, come si evince anche dalle statuizioni conseguentemente adottate ai sensi del comma 1-*ter* dell'art. 38 cod. contratti pubblici (incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione).

6. Fondata o meno che sia, la ragione esternata con la determinazione sopravvenuta è di per sé idonea a sorreggere l'esclusione iniziale e prescinde del tutto dai limiti del potere di autotutela sollecitato con il preavviso di ricorso ex art. 243-*bis* e con il fatto che l'istanza era stata ritirata al momento dell'emanazione dell'atto, poiché la stesso costituisce comunque espressione di una nuova manifestazione di volontà provvedimento lesiva degli interessi delle odierne appellate. Pertanto, l'eventuale annullamento dell'iniziale esclusione, in accoglimento della presente impugnativa, non sortirebbe alcun effetto caducante nei confronti della determinazione successiva, i cui effetti lesivi poc'anzi accennati devono ritenersi definitivamente consolidati.

7. Il fatto poi che entrambi i provvedimenti in questione concernano il «*medesimo fatto storico*», come ritenuto dal TAR, non è determinante, perché questa caratteristica è consustanziale a qualsiasi atto di autotutela o di conferma di precedenti determinazioni. Invece, ciò cui occorre avere riguardo ai fini del rispetto dell'onere di impugnativa giurisdizionale è se l'atto successivamente emanato sia o meno frutto di valutazioni autonome e dunque se integrando la determinazione iniziale con nuove ragioni ne consolidi il carattere lesivo per gli interessi del destinatario.

8. In conclusione in accoglimento dell'appello la sentenza di primo grado deve essere riformata, dovendosi dichiarare improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l'impugnativa delle imprese facenti parte del raggruppamento

temporaneo Costruzioni S. e, in via di ulteriore conseguenza, improcedibile per la medesima ragione anche il ricorso incidentale dell'a.t.i. con capogruppo l'Impresa GgV. Per la particolarità del caso controverso le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara improcedibili i ricorsi principale ed incidentale di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)