



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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla SOCIETA' ITALIANA A.T.I.
CONDOTTE D'ACQUA S.P.A. in proprio e quale mandataria di R.T.I.
con IMPREGILO S.P.A. e TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.P.A.,
in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli
avvocati Angelo Clarizia, Mario Sanino e Massimo Erolì ed
elettivamente domiciliato in Roma Viale Parioli n. 180 presso lo
studio Sanino;

contro

La QUADRILATERO MARCHE - UMBRIA S.P.A., in persona del
legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco
Annoni presso il cui studio elettivamente domicilia in Roma Via
Udine n. 6;

e nei confronti di

CONSORZIO STABILE OPERAE in proprio e quale mandatario di
A.T.I., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso
dagli avvocati Aldo Pezzana, Elia Barbieri e Stefano Vinti, presso lo
studio dell'ultimo elettivamente domiciliato in Roma Via Emilia n.
88;

N.8265/2006

Reg. Dec.

N. 5111 Reg. Ric.

Anno 2006

nonchè nei confronti

dell' A.T.I. TOTO S.P.A. e dell'A.T.I. ERGON ENGINEERING AND CONTRACTING CONSORZIO STABILE, non costituiti;

per l'annullamento

della sentenza del TAR LAZIO – ROMA, III Sezione n. 5092 del 23.6.2006 , resa tra le parti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di decisione n. 550 del 2006;

Relatore alla pubblica Udienza del 7 novembre 2006 il Consigliere Antonino Anastasi; uditi l'Avv. Clarizia, l'Avv. Erolì, l'Avv. Sanino, l'Avv. Annoni, l'Avv. Pezzana e l'Avv. Vinti;

Visto il dispositivo di sentenza n. 550 del 10/11/2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame riguarda la gara indetta dalla Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. per conto dell'A.N.A.S. ai fini dell'affidamento a contraente generale, ai sensi degli artt. 1, secondo comma, lett. f) L. n. 443 del 2001 e 9 D.L.vo n. 190 del 2002, della progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo del Maxi Lotto 2 del sistema Asse Viario Marche - Umbria e quadrilatero di penetrazione, consistente nei lavori di completamento della direttrice Perugia - Ancona tramite realizzazione del tratto Pianello - Valfabbrica della SS 318 di Valfabbrica, dei tratti Fossato di Vico - Cancelli e Albacina - Serra San Quirico della SS 76 Val d'Esino e della realizzazione della Pedemontana della Marche di Fabriano -

Muccia - Sfercia, per l'importo complessivo di € 716.847.122,95, IVA esclusa.

Alla gara – da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 10 D.L.vo n. 190 del 2002 – hanno partecipato l'appellante A.T.I. Condotte, l'A.T.I. Astaldi e l'A.T.I. Consorzio Stabile Operae.

Avendo successivamente l'Astaldi rinunciato, la graduatoria stilata dalla Commissione ha visto classificata al primo posto l' A.T.I. Consorzio Stabile Operae (con 74,699 punti su 100) e al secondo l'appellante A.T.I. Condotte (con 65,530 punti).

Gli atti della commissione e il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore del Consorzio Stabile sono stati impugnati col ricorso di primo grado dall'A.T.I. Condotte la quale ne ha chiesto l'annullamento, proponendo poi motivi aggiunti avverso il successivo atto di aggiudicazione definitiva.

A sostegno dell'impugnazione la ricorrente ha essenzialmente dedotto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara avendo offerto, con riferimento al *sub* lotto 2.1, un importo in valori assoluti aumentato rispetto alla base di gara, mentre il bando consentiva esclusivamente la presentazione di offerte a ribasso.

Sotto un diverso profilo la ricorrente deduceva che la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi dell'art. 75, primo comma, lett. f), D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, in quanto con decreti del 3 e del 16 novembre 2005 il Ministero delle infrastrutture (del quale la Società Quadrilatero è in sostanza un braccio operativo) ha disposto l'esecuzione in danno di due contratti per l'esecuzione della scuola Marescialli e Brigadieri dell'Arma dei Carabinieri in Firenze, sottoscritti dalla soc. Baldassini Tognozzi s.p.a., e cioè da una delle

imprese, con percentuale maggioritaria, che costituiscono il mandatario Consorzio Operae.

Ulteriori censure riguardavano la mancata sottoposizione dell'offerta a verifica di anomalia, la completezza e congruenza delle varie dichiarazioni presentate dal Consorzio nonché l'ammissibilità delle varianti progettuali da questo proposte.

La ricorrente ha richiesto altresì il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione della gara all'A.T.I. Consorzio Operae.

Si è costituita in giudizio la Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.

Costituitasi in giudizio, la controinteressata A.T.I. Consorzio Operae ha proposto ricorso incidentale e motivi aggiunti al medesimo sostenendo che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in primo luogo per aver presentato una polizza di cauzione provvisoria non regolare.

Altra censura incidentale riguardava la presentazione da parte di A.T.I. Condotte di un'offerta tecnico progettuale non rispettosa delle vincolanti prescrizioni formulate dal C.I.P.E. per il soddisfacimento di superiori interessi ambientali e per la migliore funzionalità dell'opera.

Con ulteriore censura la ricorrente incidentale deduceva che la Impregilo s.p.a., dopo essersi prequalificata in veste di concorrente singola, si era inammissibilmente aggregata alla compagine guidata dalla A.T.I. Condotte d'Acqua s.p.a., la quale a sua volta aveva mutato l'originaria composizione, essendo usciti dal gruppo il Consorzio Risalto e la So.co.stra.mo. .

Altre censure riguardavano la compatibilità delle varianti plano

altimetriche proposte dalla ricorrente, la completezza delle dichiarazioni dalla stessa prodotte e l'irregolarità delle liste dei prezzi e delle lavorazioni.

2. Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale ha esaminato entrambi i ricorsi aderendo a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, nell'ipotesi di partecipazione alla gara di due soli concorrenti, appare utile una decisione che, in caso di fondatezza sia del ricorso principale e sia di quello incidentale, disponga l'annullamento degli atti contestati, così determinando il rinnovo delle operazioni concorsuali.

In tale ottica, il ricorrente principale vanterebbe comunque, anche nell'ipotesi di fondatezza dell'impugnazione incidentale, un interesse strumentale al rinnovo delle operazioni concorsuali mentre il ricorrente incidentale, con l'accoglimento della propria domanda, ottiene comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dalla stazione appaltante.

Nel merito la sentenza impugnata ha respinto il ricorso principale e la connessa domanda risarcitoria mentre ha invece accolto il gravame incidentale.

Per quanto riguarda l'impugnativa principale la sentenza ha in particolare accertato che l'errore commesso dalla aggiudicataria nella offerta di prezzi assoluti in aumento per il *sub* lotto 2.1) risulta in realtà irrilevante, prevalendo – ai sensi dell'art. 90 secondo e settimo comma del D.P.R. n. 554 del 1999 – il ribasso ivi correttamente esposto in valori percentuali.

La sentenza ha altresì accertato l'irrilevanza degli inadempimenti pregressi imputabili alla consorziata Baldassini Tognozzi, afferendo gli stessi a rapporti contrattuali instaurati con soggetto (il Ministero)

giuridicamente distinto dalla odierna stazione appaltante.

Respinse tutte le altre censure dedotte nel ricorso principale il Tribunale ha infine rilevato che nel caso in esame la normativa applicabile non imponeva l'esperimento di una verifica circa l'eventuale anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale la sentenza ha accolto come assorbente la censura relativa alla insanabile irregolarità della polizza fideiussoria presentata dall'A.T.I. Condotte.

3. La sentenza è impugnata col ricorso all'esame dall'A.T.I. Condotte che ne chiede l'integrale riforma con accoglimento del ricorso principale e rigetto di quello incidentale, riproponendo in opportuna rimodulazione rispetto al *decisum* tutte le doglianze e le domande già infruttuosamente versate in primo grado.

Si è costituita per resistere la Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a..

Si è costituita l'A.T.I. Consorzio Stabile Operae sostenendo l'infondatezza del gravame e riproponendo le censure incidentali assorbite *in prime cure*.

Tutte le parti hanno presentato memorie.

L'appellato Consorzio ha in particolare rappresentato che in data 23 giugno 2006 la Stazione appaltante ha stipulato il contratto di affidamento dell'opera al contraente generale.

All'Udienza del 7 novembre 2006 i ricorsi sono stati spediti in decisione.

4. L'appello non è fondato.

Come sopra più diffusamente rappresentato, oggetto della presente controversia è la gara indetta dalla Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. per l'affidamento a contraente generale - ai sensi delle norme sulle infrastrutture di interesse nazionale di cui agli artt. 1, secondo

comma, lett. f) L. n. 443 del 2001 e 9 D.L.vo n. 190 del 2002 - della progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo del Maxi Lotto 2 del sistema Asse Viario Marche - Umbria e quadrilatero di penetrazione.

Alla gara - da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - hanno partecipato l'appellante A.T.I. Condotte (che si è classificata al secondo posto) e l'appellata A.T.I. Consorzio Stabile Operae (risultata aggiudicataria).

In tale contesto, l'A.T.I. Condotte ha proposto avanti al T.A.R. il ricorso principale, al quale l'A.T.I. Consorzio ha reagito con un ricorso incidentale ovviamente volto a denunciare, in sintesi, l'inammissibilità dell'offerta della ricorrente.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale ha accolto il ricorso incidentale del Consorzio e respinto nel merito il ricorso principale di Condotte.

Con il motivo che conviene prioritariamente esaminare l'appellante deduce l'infondatezza della censura (appunto contenuta nel ricorso incidentale ed accolta dalla sentenza impugnata) relativa alla insanabile irregolarità della polizza fideiussoria da essa presentata.

Il mezzo non è fondato.

Al riguardo giova ricordare che il disciplinare di gara prescriveva, per quanto concerne la cauzione provvisoria, contenuti e forme della fideiussione bancaria o assicurativa, comminando espressamente la esclusione nel caso di presentazione di un documento incompleto o difforme rispetto a quanto richiesto.

In particolare, era richiesta l'autenticazione notarile della firma del funzionario fideiussore.

A fronte di tale normativa, l'appellante Condotte ha presentato una

polizza assicurativa costituita da un contratto principale con firma del procuratore dell'Istituto di assicurazioni autenticata dal notaio e da un allegato autonomo (cioè non accorpato con timbri di congiunzione) a firma del medesimo ma non autenticata dal notaio, contenente alcune clausole particolari (appunto richieste dalla stazione appaltante) a valenza sostitutiva di quelle generali difformi contenute nel contratto principale.

In fatto, mentre l'appendice priva di autentica richiama con sufficiente precisione il contratto principale cui accede, il contratto principale non identifica l'appendice.

Da quanto sopra consegue a giudizio del Collegio che la fideiussione presentata dall'appellante non rispetta i rigorosi requisiti formali prescritti dalla lettera di invito.

Come è noto, ai sensi dell'art. 72 della legge notarile n. 89 del 1913 l'autenticazione delle firme apposte in fine delle scritture private deve essere stesa di seguito alle firme medesime e deve contenere la dichiarazione che le firme furono apposte in presenza del notaio, con la data e l'indicazione del luogo.

Quanto alle firme dei margini e dei fogli intermedi basta invece la c.d. autentica minore, e cioè che di seguito ad esse il notaio apponga la propria firma.

Ne consegue che, non avendo il notaio apposto sull'allegato nè la firma nè quanto meno un timbro di congiunzione, questo non può comunque essere considerato parte integrante del contratto quale autenticato.

Occorre infatti considerare che, come insegna la giurisprudenza penale, nella scrittura privata autenticata è contenuta la documentazione contestuale di due atti che sono, tuttavia,

idealmente distinti essendo l'uno privato e l'altro (autentica notarile) atto pubblico di certazione, che è fidefaciente fino querela di falso (art. 2700 cod. civ.) e preclude de iure il disconoscimento della firma da parte del suo autore in sede processuale (art. 2703 cod, civ.).

Per il suo carattere di atto pubblico e per gli effetti che da essi discendono, l'autentica ha una forma tipica che ne comporta la nullità ove manchi taluno degli elementi prescritti dalla legge (data, dichiarazione etc.) e la pacifica insurrogabilità per mezzo di atti atipici (ad es. dichiarazioni del P.U. rese *ex post*).

Ovviamente, l'attività di certazione del P.U. può spiegare effetto soltanto per quanto riguarda la parte dell'atto alla quale legalmente accede la sottoscrizione e non per le teoricamente innumerevoli appendici rappresentative di pattuizioni contrattuali integrative o sostitutive *aliunde* stipulate dalle parti.

In sostanza, tali clausole possono ben corrispondere ad effettivi accordi intervenuti in sede contrattuale interna fra debitore e garante ma – ponendosi nell'ottica del creditore terzo beneficiario – non sono validate dall'autentica.

Tanto premesso in generale, deve poi considerarsi che nel caso in esame la legge di gara – nel momento in cui inequivocamente prescrive a pena di esclusione questa specifica e rigorosa formalità – tende evidentemente a cautelare la stazione appaltante nei confronti dell'Istituto garante in una gara in cui fattualmente l'impegno fideiussorio provvisorio supera i 14 milioni di Euro.

Ne consegue – in un contesto normativo in cui l'art. 30 della legge quadro disciplina la cauzione provvisoria senza stabilire né vietare in alcun modo l'obbligo a carico dei partecipanti di autenticare la sottoscrizione della polizza fideiussoria – che la inoppugnata

clausola di cui si discute risulta legittimamente finalizzata alla tutela dell' interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia.

Detto questo, nelle gare per l'aggiudicazione di pubblici contratti il principio del favore per la più ampia partecipazione e dell'incremento della concorrenza, ha carattere evidentemente suppletivo, in quanto opera soltanto là dove una formalità non sia espressamente stabilita a pena di esclusione, giacché in tal caso – per il principio dell' imperatività del provvedimento amministrativo – il criterio teleologico non può che recedere di fronte al criterio formale.

Ne consegue che la sentenza impugnata va confermata nella parte in cui accoglie il ricorso incidentale proposto dal Consorzio.

5. L'esame degli ulteriori motivi proposti dall'appellante avverso il capo di sentenza che rigetta il ricorso principale è invece precluso per ragioni di ordine processuale.

Come sopra riferito, la sentenza impugnata ha ritenuto di dover esaminare nel merito anche il ricorso principale, rilevando in sostanza che – nel caso di gare con due soli concorrenti utilmente classificati – il ricorrente principale vanta un interesse all'esame nel merito della sua impugnazione anche qualora l'accoglimento del ricorso incidentale *ex adverso* proposto abbia pregiudicato la sua possibilità di conseguire in via immediata l'appalto.

Tale interesse secondario – che è quello strumentale al rinnovo integrale della procedura selettiva – sopravvive all'effetto di paralisi che l'accoglimento del ricorso incidentale determina sull'interesse primario all'aggiudicazione perseguito dal ricorrente principale.

A sostegno di tale impostazione la sentenza impugnata richiama tra

l'altro conformi considerazioni espresse dalle decisioni della V Sez. n. 5583 del 2002 e (sia pure a livello di *obiter*) n. 2468 del 2002.

Nonostante l'autorevolezza dei citati precedenti, ai quali va ora sostanzialmente aggiunta V Sez. n. 4657 del 2006, il Collegio non ritiene di potersi uniformare a tale orientamento, il quale nella misura in cui privilegia l'interesse pubblico alla legalità sostanziale dell'azione amministrativa appare suscettibile di condurre, sia pure in ipotesi liminari, a conclusioni incompatibili con una giurisdizione di tipo soggettivo (a tutela cioè di interessi riconducibili a soggetti o gruppi esponenziali) quale è quella amministrativa come espressamente disegnata dall'art. 103 della Costituzione.

Come è noto, sussistono in giurisprudenza contrasti circa l'ordine di esame che il giudice amministrativo di primo grado deve seguire allorchè è contemporaneamente investito di una impugnazione principale e di una incidentale, reputandosi talvolta che il ricorso incidentale vada per ragioni di economia processuale conosciuto solo in caso di positivo esame (e cioè accoglimento e non rigetto, come invece avvenuto nel caso all'esame) del gravame principale.

Del tutto prevalente è tuttavia l'opinione, alla quale il Collegio aderisce, secondo cui nel caso in cui viene proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che si riverberano sull'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, perché esse producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito (ad es. V Sez. n. 2468 del 2002).

In concreto, in materia di gare d'appalto, l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale qualora l'impresa vincitrice deduca che l'impresa sconfitta doveva essere in radice esclusa dalla gara.

E ciò perchè se in questo ordine l'incidentale è accolto il principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo alla impresa originaria ricorrente.

Ciò premesso, è acquisito nella giurisprudenza della Sezione che tale criterio di rito – basandosi sul mero riscontro della perdita di legittimazione e quindi del venir meno di una condizione dell'azione la quale invece deve permanere in capo all'istante fino alla decisione - non può trovare deroga nell'ipotesi in cui i ricorsi sono stati proposti dagli unici due partecipanti ad una gara d'appalto.

Anche in questo caso infatti l'accoglimento del ricorso incidentale mette in discussione lo stesso titolo di legittimazione dell' Impresa originaria ricorrente a proporre il gravame principale.

Per effetto di tale accoglimento, invero, l' Impresa medesima risulta esclusa dalla gara d'appalto *de qua*, il che vuol dire che viene meno la legittimazione stessa della ricorrente originaria all'impugnazione: salvo casi liminari individuati dalla Giurisprudenza comunitaria e che qui non rilevano, la legittima partecipazione alla gara costituisce l'indispensabile presupposto legittimante, che radica nell'impresa concorrente l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione e, di contro, l'estromissione dalla procedura concorsuale è fonte della perdita del titolo a dedurre vizi inerenti alle ulteriori fasi della medesima procedura, atteso che nel vigente ordinamento processuale in cui chi non ha legittimazione all'impugnazione non può far valere vizi a carico del controinteressato. (cfr. IV Sez. n.

8005 del 2004).

In sostanza nel caso all'esame la posizione di Condotte, nella sua nuova veste di concorrente escluso dalla gara per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale del Consorzio, e il suo interesse alla rimozione degli atti ulteriori della procedura concorsuale non sono diversi da quello (qualificabile come interesse di mero fatto e non certo come posizione giuridica di interesse legittimo) di un qualunque terzo.

Tale interesse, indifferenziato rispetto a quello della generalità di tutte le imprese del settore potenzialmente interessate all'appalto ma che non parteciparono alla gara, proprio in ragione del suo carattere solo mediato e indiretto, non vale quindi a radicare la legittimazione a contestare l'aggiudicazione e non si rivela, pertanto, tutelabile in sede giurisdizionale. (cfr. dec. n. 8005/2004 citata).

Alle considerazioni sopra svolte in diritto deve aggiungersi in fatto che nel caso all'esame la rinnovazione della gara è comunque ora preclusa ai sensi dell'art. 14 del D. L.vo n. 190 del 2002, trattandosi di affidamento di opera strategica ed essendo stato stipulato il relativo contratto: il concorrente legittimamente escluso non potrebbe quindi conseguire alcunchè anche in caso di accoglimento del ricorso principale, in quanto *rebus sic stantibus* da un lato l'annullamento dell'aggiudicazione al Consorzio non comporta la risoluzione del relativo contratto ed il rinnovo della procedura; e dall'altro la acclarata legittimità dell'esclusione di Condotte le impedisce di conseguire il risarcimento per equivalente.

La sentenza impugnata va pertanto riformata nella parte in cui respinge il ricorso principale che va invece dichiarato d'ufficio inammissibile per difetto di interesse.

Con queste precisazioni l'appello va complessivamente respinto.

Le spese di questo grado del giudizio seguono come di norma la soccombenza e sono liquidate in via forfettaria in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello, conferma la sentenza impugnata nel capo relativo all'accoglimento del ricorso incidentale e dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna l'appellante al pagamento di Euro 5000,00 oltre accessori in favore della Società Quadrilatero e Euro 5000,00 oltre accessori in favore del Consorzio Stabile Operae per le spese del grado. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 7 Novembre 2006 con l'intervento dei Sigg.ri:

Paolo SALVATORE	Presidente
Antonino ANASTASI	Consigliere, est.
Carlo SALTELLI	Consigliere
Salvatore CACACE	Consigliere
Sergio DE FELICE	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Antonino Inastasi

Paolo Salvatore

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

30 dicembre 2006

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

Il Dirigente

Antonio Serrao