



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 561 del 2011, proposto dalla: IRCOP S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con l'impresa Laghetto Conglomerati S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Raffaella di Tarsia di Belmonte, con domicilio eletto in Roma, via Guido D'Arezzo n. 2;

contro

il Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Arcangelo Guzzo e Claudio Martino, con domicilio eletto presso Arcangelo Guzzo in Roma, via Antonio Gramsci n. 9;

nei confronti di

la D.P.R. Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Gentili, con domicilio eletto presso Maria Cristina Dargento in Roma, via Cristoforo Colombo n. 348;
la D'Angelo Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO, Sezione staccata di Latina, Sezione I, n. 1901 del 19 novembre 2010, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori per l'utilizzazione in agricoltura delle acque reflue degli impianti di depurazione di Latina est, Latina Scalo, Carrara Pontenuovo a servizio impianto irriguo Piegale - 2° Lotto funzionale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino e della D.P.R. Costruzioni S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2011 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Di Tarsia Di Belmonte, Guzzo e Manzi, su delega dell'avv. Gentili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'appellante IRCOP ha partecipato alla procedura di gara relativa all'affidamento dei lavori per l'utilizzazione in agricoltura delle acque reflue degli impianti di depurazione di Latina est, Latina scalo, Carrara Pontenuovo a servizio impianto irriguo Piegale – 2° Lotto funzionale, per un importo a base d'asta di €. 2.097.880,50.

La Commissione di gara, valutate le 14 offerte pervenute, in data 18 dicembre 2009, ha aggiudicato l'appalto alla D.P.R. Costruzioni S.p.a. di Napoli, classificatasi al primo posto della graduatoria con il punteggio complessivo di 68,21, davanti alla D'Angelo Costruzioni S.r.l. (che aveva ottenuto punti 67,31) ed alla Ircop S.p.A. (che aveva ottenuto punti 67,25).

2.- La società IRCOP, avendo rilevato un errore nell'attribuzione alla D.P.R. Costruzioni del punteggio riguardante la voce "caratteristiche ambientali e contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera", con istanza in data 29 gennaio 2010 invitava il Consorzio di Bonifica a procedere in autotutela a rettificare il risultato della gara, sostenendo il suo diritto a risultare aggiudicataria.

Con delibera n. 1183/CE del 3 marzo 2010, il Comitato esecutivo del Consorzio ha però respinto la richiesta sostenendo, in particolare, che solo per un errore materiale alla società D.P.R. Costruzioni, per l'elemento di valutazione "caratteristiche ambientali e contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera", era stato assegnato il giudizio "sufficiente" in luogo del giudizio "più che sufficiente" e che la Commissione, dopo aver rettificato l'errore materiale, aveva quindi confermato la validità dei coefficienti già attribuiti e quindi della graduatoria già formulata che vede al primo posto la D.P.R. Costruzioni.

3.- La società IRCOP ha impugnato la predetta delibera davanti al TAR di Latina che, con la sentenza della Sezione I, n. 1901 del 19 novembre 2010, ha dichiarato il ricorso inammissibile.

Il TAR, esaminata preliminarmente l'eccezione di tardività sollevata dal Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino, ha rilevato che il ricorso era stato notificato solo il 30 aprile 2010 "benché sia l'aggiudicazione provvisoria - a cui aveva partecipato per sua stessa ammissione la ricorrente - sia l'aggiudicazione definitiva (cfr. estratto dal verbale n. 95 della seduta del comitato esecutivo in atti) risalivano al 18.12.2009".

Secondo il TAR, se pure non risultava provata la conoscenza effettiva in quella data, da parte della IRCOP, (anche) della aggiudicazione definitiva, tuttavia, tale conoscenza si doveva desumere quantomeno alla data in cui la medesima aveva inoltrato la domanda in autotutela "vale a dire il 29.1.2010. Da tale data, pertanto,

decorreva il prescritto termine decadenziale, che certamente non poteva dirsi interrotto dalla richiesta di avvio del procedimento di 2° grado”.

Secondo il TAR di Latina tale assunto risulta corroborato dalla “circostanza che l’art. 12 del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 stabilisce che qualora non sia stata data comunicazione dell’aggiudicazione definitiva essa si intende conosciuta dall’interessato decorso il termine di gg. 30 dalla conoscenza dell’aggiudicazione provvisoria”.

4.- La società IRCOP ha ora appellato l’indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili ed ha chiesto di essere ammessa ad eseguire l’appalto che, ove la gara fosse stata regolare, le sarebbe spettato di diritto. Qualora ciò non fosse possibile l’appellante ha chiesto la condanna del Consorzio resistente al risarcimento del danno per equivalente.

5.- All’appello si oppongono il Consorzio di Bonifica dell’Agro Pontino e l’aggiudicataria D.P.R. Costruzioni S.p.A., alla quale, dopo la sottoscrizione del contratto, in data 24 marzo 2010, sono stati consegnati i lavori il 14 aprile 2010.

Il Consorzio di Bonifica, in particolare, insiste sulla tardività del ricorso di primo grado sostenendo che, comunque, almeno dal 22 febbraio 2010, vi è la prova certa che la IRCOP aveva avuto conoscenza della avvenuta aggiudicazione definitiva dell’appalto, poiché in quella data la IRCOP ha ricevuto copia della nota, datata 16 febbraio 2010, di comunicazione dell’avvio del procedimento di autotutela nella quale era chiaramente indicata l’avvenuta aggiudicazione definitiva della gara.

6.- Con successive memorie la società IRCOP ha eccepito l’inammissibilità del deposito in appello di tale ulteriore documentazione, ai sensi dell’articolo 354 del c.p.c. e dell’articolo 104 del c.p.a., mentre il Consorzio di Bonifica ha insistito sulla ammissibilità di tale deposito.

7.- La Sezione deve quindi esaminare preliminarmente la questione riguardante la tempestività del ricorso di primo grado dalla società IRCOP, anche in relazione

agli atti con i quali il Consorzio resistente ha negato di dover procedere all'accoglimento dell'istanza di autotutela che era stata avanzata dalla stessa società. Si deve allora in primo luogo precisare che alla fattispecie in esame deve applicarsi (ratione temporis) l'allora vigente art. 21 della legge TAR (n. 1034 del 6 dicembre 1971), secondo cui l'impugnazione di un provvedimento amministrativo doveva essere effettuata nel termine di 60 giorni dalla notifica o dalla sicura conoscenza dello stesso. Infatti, il successivo art. 23 bis (aggiunto dalla legge n. 205 del 2000), pur avendo abbreviato i termini per i ricorsi in determinate materie, fra le quali quella delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, non aveva tuttavia ridotto (anche) il termine per la proposizione del ricorso.

7.1- Si deve peraltro ricordare che oggi l'art. 29 del nuovo c.p.a. detta il termine generale di sessanta giorni per la proposizione dell'azione di annullamento, mentre, ai sensi del successivo art. 120, comma 5, l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture deve essere effettuata nel termine ridotto di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto, ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto.

7.2- Si evince da tali disposizioni che il termine per contestare davanti al Giudice amministrativo la legittimità di un provvedimento è relativamente breve (ed è ancora più breve in determinate materie, fra le quali quella della aggiudicazione degli appalti pubblici) avendo voluto comunque l'ordinamento privilegiare la stabilità delle situazioni giuridiche anche a prescindere dalla eventuale illegittimità dei relativi atti.

8.- Per principio generale il termine decorre poi dalla piena conoscenza dell'esistenza dell'atto impugnato e dei suoi contenuti essenziali, quali l'autorità

emanante, la data, il contenuto dispositivo e il suo effetto lesivo (Consiglio Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4259).

Per impugnare i risultati di una gara il termine normalmente decorre dalla ricezione della comunicazione di cui al già citato articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ma è fatta salva ovviamente l'ipotesi della piena conoscenza dell'atto, acquisita con altre modalità, come è d'altronde confermato in via generale dall'articolo 41 del c.p.a.

Si è quindi affermato che, per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica da parte di chi ad essa ha partecipato, il termine decorre, quando non vi sia stata la notificazione individuale, dalla piena conoscenza dello stesso, mentre la relativa pubblicazione costituisce forma di conoscenza legale solo per chi, non avendo partecipato alla procedura selettiva, non è direttamente contemplato nell'atto in questione (Consiglio Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

8.1- La giurisprudenza è inoltre pacifica nel ritenere che l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria è solo una facoltà e non anche un onere per l'impresa partecipante alla gara la quale può legittimamente attendere l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Con la conseguenza che il termine per impugnare il risultato di una gara, se del caso facendo valere anche i vizi dell'aggiudicazione provvisoria, decorre dall'aggiudicazione definitiva.

9.- Ciò chiarito, sulla disciplina dei termini previsti per la proposizione di ricorsi davanti al giudice amministrativo avverso l'aggiudicazione di una gara pubblica, si deve aggiungere che, per giurisprudenza costante, il termine non può essere riaperto attraverso la proposizione all'amministrazione di un'istanza di autotutela.

Si è infatti affermato che il concorrente non aggiudicatario di una pubblica gara che non abbia tempestivamente impugnato un atto lesivo non può essere rimesso surrettiziamente in termini mediante il sollecito del potere di autotutela

dell'amministrazione e la successiva impugnazione dell'eventuale diniego. Diversamente con la richiesta di un intervento in autotutela si finirebbe per eludere il sistema dei termini decadenziali e l'esigenza di una celere definizione della lite, propria della normativa sulle gare pubbliche (in termini Consiglio di Stato, Sez. IV n. 2554 del 4 maggio 2010).

Nel diniego di autotutela non è, infatti, ravvisabile alcun aspetto di autonoma lesività mancando una complessiva rivalutazione delle posizioni coinvolte nel procedimento, con la conseguenza che il diniego di autotutela deve ritenersi (normalmente) un atto meramente confermativo che, per principio consolidato, non è impugnabile perché altrimenti verrebbero surrettiziamente riaperti (a seguito dell'istanza dell'interessato) i termini per l'impugnativa di atti oramai inoppugnabili (Consiglio di Stato, Sez. IV n. 822 del 7 febbraio 2011).

10.- Applicando gli indicati principi al caso di specie, l'appello deve essere respinto e la sentenza di primo grado deve essere confermata.

Si deve, al riguardo, ricordare che sia l'aggiudicazione provvisoria sia l'aggiudicazione definitiva della gara in questione erano state effettuate il 18 dicembre 2009.

Sebbene non sia stata dimostrata la conoscenza effettiva della aggiudicazione definitiva in favore della D.P.R. Costruzioni già in quella data, tuttavia l'appellante IRCOP (che il 18 dicembre 2009 aveva conosciuto l'esito della aggiudicazione provvisoria) aveva dimostrato di conoscere l'esito definitivo della gara e della aggiudicazione definitiva quantomeno, come affermato dal TAR, alla data in cui aveva inoltrato la domanda in autotutela vale a dire il 29 gennaio 2010.

11.- Ma ogni residua incertezza viene meno a seguito dell'esame del documento esibito in appello dal Consorzio di Bonifica dal quale si evince che il 22 febbraio 2010 la società IRCOP aveva avuto conoscenza certa della avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto, poiché in quella data aveva ricevuto copia

della nota con la quale il 16 febbraio 2010 il Consorzio, nel dare comunicazione dell'avvio del procedimento di autotutela, aveva allegato la deliberazione del Comitato Esecutivo del Consorzio n. 1149 del 3 febbraio 2010 che già nell'oggetto chiaramente faceva riferimento alla istanza di revoca della aggiudicazione definitiva della gara (poi richiamata anche nel testo della delibera).

Tardivo risulta, pertanto, il ricorso notificato solo il 30 aprile 2010, dovendosi assumere quale dato temporale di riferimento quello della piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva che ha prodotto l'effetto lesivo (in termini, Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2011, n. 1386).

11.1.- Né in ordine alla produzione di tale documento può ritenersi fondata l'eccezione di tardività sollevata dalla IRCOP.

L'art. 104 del c.p.a. lascia infatti all'apprezzamento del collegio la possibilità di ammettere la presentazione in appello di nuovi documenti o nuovi mezzi di prova quando li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa.

E questo Collegio ritiene, nella specie, di poter ammettere tale produzione documentale (e valutarne quindi il contenuto) perché essa risulta decisiva per eliminare ogni residuo dubbio su un elemento di fatto che costituisce il presupposto della decisione appellata.

Deve poi aggiungersi che tale documento non fornisce elementi probatori di nuova costituzione ma prova l'esistenza di un fatto già verificatosi e con riferimento ad una circostanza che, come sostenuto dal Consorzio resistente, riguarda la tempestività del ricorso che è questione rilevabile anche d'ufficio.

12.- Si deve poi aggiungere, in riferimento alle doglianze in proposito sollevate, che non risulta nemmeno improprio il riferimento fatto dal TAR (per corroborare la valutazione circa l'avvenuta conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in questione) all'art. 12 del decreto legislativo n. 163 del 2006, tenuto conto che tale norma prevede che l'aggiudicazione provvisoria deve essere

approvata dall'organo competente e che decorso il termine di trenta giorni (o l'eventuale diverso termine previsto dai singoli ordinamenti) l'aggiudicazione si intende comunque approvata.

13.- Per tutti gli esposti motivi il ricorso proposto dalla IRCOP davanti al TAR risultava tardivo, con riferimento alla avvenuta aggiudicazione definitiva della gara in questione, ed inammissibile con riferimento alla delibera del Comitato Esecutivo del Consorzio di Bonifica che ha respinto l'istanza di autotutela avanzata dalla appellante IRCOP senza compiere una vera rivalutazione complessiva della procedura di gara.

14.- Per completezza la Sezione ritiene peraltro di dover aggiungere, con riferimento alla questione di merito sollevata dalla società IRCOP riguardante l'erronea assegnazione in favore della società D.P.R. Costruzioni di un maggior punteggio per la voce "caratteristiche ambientali e contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera", che, anche a voler ammettere l'esistenza di un errore di carattere sostanziale (e non solo materiale) nell'assegnazione del punteggio per tale voce alla società D.P.R. (con la conseguente attribuzione alla stessa società di un maggior punteggio nella graduatoria finale), non risulta tuttavia provato che di una eventuale correzione (anche in autotutela) di tale punteggio dovesse beneficiare la società IRCOP, che si era classificata al terzo posto nella graduatoria di merito.

15.- In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello (n. 561 del 2011), come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Condanna l'appellante Ircop S.p.A. al pagamento, per le spese e competenze di giudizio, di € 2.000 (duemila) in favore del Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino e di € 2.000 (duemila) in favore della D.P.R. Costruzioni S.p.A., per complessivi € 4.000,00 (quattromila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2011

IL SEGRETARIO

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