

N. 00178/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00091/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di [registro](#) generale 91 del 2013, proposto da:

G.R.P. Viaggi di Gazziero Roberto & C. Snc, rappresentato e difeso dagli avv. Simone Rossini, Francesca Mantovan, Nicola Maragna, con domicilio eletto presso Francesca Mantovan in Venezia, San Marco, 4255;

contro

Comune di Minerbe, rappresentato e difeso dagli avv. Donato Tozzi, Giovanni Dainese, con domicilio eletto presso Cecilia Bianchini in Venezia-Mestre, via Bissolati, 5/5;

nei confronti di

Marchesini Tours Snc di Marchesini Giancarlo e C.;

per l'annullamento

della determinazione n. 309 del 29.11.2012 del Comune di Minerbe - Area Amministrativa, avente ad oggetto "Preso d'atto verbale della commissione di gara d'appalto trasporto scolastico 2012/2013 e 2013/2014. Inopportunità di procedere all'aggiudicazione definitiva per [motivi](#) di

autotutela" e del verbale della commissione di gara del 28.11.2012 ivi richiamato come parte integrante e sostanziale; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Minerbe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2013 il dott.

Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

ritenuto

che il ricorso è infondato per i motivi di seguito esposti:

l'inutile decorso del termine (di trenta giorni, qualora non diversamente previsto) indicato nell'art. 12, I comma del codice dei contratti comporta non già l'aggiudicazione definitiva, ma soltanto l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria della gara (adempimento, questo, che ai sensi del citato art. 11, V comma, è preliminare all'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione definitiva): in altre parole, scaduto il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione provvisoria, quest'ultima, in difetto di un provvedimento espresso, si ha per approvata tacitamente, e l'aggiudicatario provvisorio può esigere, chiedendola formalmente, l'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, quale atto conclusivo della procedura concorsuale (cfr. CdS, III, 16.10.2012 n. 5282; IV, 26.3.2012 n. 1766, citata dalla stessa ricorrente).

Ma anche qualora si aderisse alla tesi della ricorrente – e cioè che il silenzio serbato dall'Amministrazione avrebbe trasformato l'aggiudicazione provvisoria in definitiva -, la situazione non muterebbe, in quanto l'art. 11, VIII comma subordina comunque l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva

alla positiva verifica del possesso, in capo all'aggiudicataria, dei prescritti requisiti, che, se riscontrati assenti (come nel caso in esame), consentono l'esercizio dell'autotutela, ovvero, se non riscontrati per inerzia, consentono all'interessata di sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato alla stazione appaltante (art. 11 cit, IX comma).

La verifica dei requisiti di ammissione è, dunque, in ogni caso un adempimento che la stazione appaltante deve espletare sia in sede di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, sia – in caso di inutile decorso del termine per provvedere all'approvazione – in sede di aggiudicazione definitiva, quale condizione di efficacia.

Orbene, nel caso di specie l'Amministrazione ha riscontrato in capo alla ricorrente la (sopravvenuta) assenza del requisito della capacità economica e finanziaria, requisito questo che la concorrente doveva possedere sia al momento di presentazione dell'offerta (ed ivi lo possedeva, tramite l'impresa di cui si era avvalsa ai sensi dell'art. 49 del codice), sia durante lo svolgimento del servizio e fino alla sua conclusione, in quanto requisito garantista dell'affidabilità dell'aggiudicataria e, conseguentemente, della corretta esecuzione del contratto: ma requisito di cui, invece, la ricorrente in tale fase sarebbe stata priva, atteso che la sopravvenuta contestazione del contratto di avvalimento (portata a conoscenza della stazione appaltante, peraltro, prima dell'aggiudicazione definitiva o, comunque, prima che l'aggiudicazione definitiva divenisse efficace) ha inevitabilmente compromesso la certezza dell'Amministrazione in merito all'affidabilità dell'impresa aggiudicataria, certezza che l'Amministrazione ha inteso, appunto, collegare al possesso della capacità economico-finanziaria nei termini evidenziati nella legge di gara, e affidabilità che ha stimato sussistere proprio in ragione dell'incontestato godimento della predetta capacità, individuata quale requisito di ammissione alla gara. Giacchè, premesso che ausiliaria ed ausiliata sono solidalmente responsabili in

relazione alla prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare, l'avvalimento dispiega la funzione di assicurare alla stazione appaltante un "partner" commerciale che garantisca una capacità imprenditoriale – nella fattispecie, sotto il profilo economico e finanziario - proporzionata ai rischi dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto: garanzia che, nel caso in cui il contratto di avvalimento venga contestato dall'impresa ausiliaria – come nel caso di specie -, viene certamente meno.

Non sussistono, infine, le dedotte violazioni degli artt. 7 e 10 bis della legge n. 241/90 atteso che l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale, sicchè il suo annullamento è soggetto nè a comunicazione di avvio del procedimento, né (non essendo, peraltro, procedimento di parte) a preavviso di rigetto;

che le spese possono essere compensate in ragione della particolarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2013

IL SEGRETARIO

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