

N. 02710/2014REG.PROV.COLL.  
N. 06937/2011 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 6937 del 2011, proposto da:  
Sveviapol Sud S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con la mandante Sefid Global Service Soc. coop. a r.l.; nonché da Sefid Global Service Soc. coop. a r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, entrambi rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Dragone, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Salvatore Torrisi in Roma, via Federico Cesi, 21;

***contro***

Comune di Brindisi (Br), non costituito;

***nei confronti di***

Securpol Puglia S.r.l., quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con la mandante Ipi S.r.l., in

persona dei loro legali rappresentanti *pro tempore*, entrambi costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto in Roma presso la Alfredo Placidi & C. S.n.c., via Cosseria, 2;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. per la Puglia, Sede di Brindisi, Sez. III, n. 1260 dd. 7 luglio 2011, resa tra le parti a' sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e concernente esclusione dall'affidamento per anni 3 del servizio di vigilanza armata, guardiania e portierato degli Uffici giudiziari di Brindisi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Securpol Puglia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Sveviapol Sud. S.r.l. l'avv. Giovanni Pesce su delega dell'avv. Francesco Dragone e per l'appellata Securpol Puglia S.r.l. l'avv. Pietro Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Le attuali appellanti, Sveviapol Sud. S.r.l. e Sefid Global Soc. coop. a r.l. - la prima mandataria e la seconda mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese costituito al fine della partecipazione alla gara bandita dal Comune di Brindisi per

l'affidamento per anni 3 del servizio di vigilanza armata, guardiania e portierato degli Uffici giudiziari di tale città - hanno congiuntamente proposto sub R.G. 680 del 2011 ricorso innanzi al T.A.R. per la Puglia, Sede di Lecce, chiedendo l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

- 1) decisione della Commissione di Gara del Comune di Brindisi, contenuta nel verbale di procedura aperta n. 4, resa nella seduta del 31 marzo 2011, con la quale è stata disposta *“l'esclusione dal procedimento di gara dell'ATI Sveniapol Sud srl - Sefid Global Service scarl, poiché ritenuta anomala, ed è stato aggiudicato provvisoriamente l'appalto all'ATI Securpol Puglia srl - IPI srl per il prezzo complessivo annuo di € 185.415,40”*;
- 2) della nota prot. n. 19626 datata 1 aprile 2011, pervenuta il 7 aprile 2011, contenente la comunicazione della esclusione ex art. 79, comma 5, lett. b), del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163;
- 3) *“nonché di ogni altro atto o provvedimento che sia o possa considerarsi prodromico, connesso, consequenziale, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva ed il contratto d'appalto”* (cfr. così l'epigrafe dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado).

Le medesime ricorrenti hanno – altresì – chiesto il risarcimento dei danni discendenti dagli atti impugnati.

Le ricorrenti medesime hanno dedotto al riguardo le seguenti censure:

- a) eccesso di potere per difetto di istruttoria, arbitrarietà manifesta, travisamento e violazione della prassi amministrativa;
- b) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, degli artt. 86, 87 e 88 del D.L.vo 163 del 2006 e dei principi generali del buon

andamento, dell'imparzialità, del favore per la maggior partecipazione alle gare e della parità di trattamento tra i concorrenti.

1.2. Non si è costituito nel giudizio di primo grado il Comune di Brindisi.

1.3. Si sono viceversa costituite le controinteressate Securpol Puglia S.r.l., e Ipi S.r.l., a loro volta costitutesi in raggruppamento temporaneo di imprese con la prima quale mandataria e la seconda quale mandante, essendo stato il raggruppamento medesimo a quel momento dichiarato provvisoriamente aggiudicatario del servizio.

Tali due imprese hanno concluso per la reiezione del ricorso.

1.4. Con sentenza n.1260 dd. 7 luglio 2011, resa a' sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., la Sez. III dell'adito T.A.R. ha respinto il ricorso, rilevando testualmente che *“la Commissione di gara ha giudicato anomala l'offerta dell'ATI ricorrente, ritenendo non accoglibili le giustificazioni dalla medesima presentate “in quanto presuppongono ... la modifica dell'offerta prodotta in sede di gara, cosa assolutamente non consentita essendo l'offerta stessa immodificabile”,e ne ha disposto conseguentemente l'esclusione (verbale n. 4 del 31 marzo 2011). L'ATI ricorrente censura il provvedimento espulsivo sul diverso presupposto della congruità della propria proposta, deducendo come unico motivo di ricorso l'effettuazione di un errore materiale nella compilazione dell'offerta economica mediante inversione degli importi della tariffa oraria del servizio di vigilanza con quelli del servizio di portierato. Sostiene, in particolare, che tale trasposizione numerica non inficerebbe la regolarità e la validità dell'offerta globalmente intesa, posto che il punteggio è stato assegnato in relazione al prezzo complessivo, rimasto invariato e che l'errore*

*era desumibile dal prospetto “Stima dei costi”, allegato. Osserva al riguardo il Collegio che la “lex specialis” di gara non consente l’interpretazione integrativa proposta da parte ricorrente, atteso che, sia l’art. 14 del bando di gara che l’art. 3 del Capitolato speciale di appalto dispongono in modo analogo nei termini che seguono: “Le imprese dovranno formulare la propria offerta per il servizio richiesto indicando la tariffa unitaria (ora/uomo) comprensiva di tutti i costi. Nella scheda offerta economica sarà indicato a titolo riepilogativo anche il prezzo complessivo richiesto per il periodo contrattuale, formulato sulla base delle ore previste per ciascun servizio del presente Capitolato. In caso di difformità tra il costo orario e quello totale, prevarrà il costo orario” (cfr. art. 3, citato). In ragione di ciò, data la prevalenza riconosciuta dalla legge di gara all’indicazione del costo orario, la modifica dell’importo della tariffa oraria dei servizi di vigilanza e di portierato, pur in presenza del medesimo importo complessivo, non può essere annoverata tra le giustificazioni ammissibili, concretandosi in una vera e propria modifica dell’offerta in corso di gara. Ed invero, nelle procedure a evidenza pubblica, il sub procedimento di giustificazione dell’offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell’offerta in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata e immutabile, così come confermato dall’art. 86 comma 5, Codice dei contratti pubblici il quale richiede che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione. Da ciò discende, in generale, l’inaccettabilità delle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un’offerta non adeguatamente meditata, risultino tardivamente dirette ad un’allocazione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata. Nel*

*giudizio di congruità, infatti, si fa questione non soltanto della generica capienza dell'offerta ma anche della sua serietà e tale non può essere considerata quell'offerta con riferimento alla quale, in sede di giustificazioni, si registri una postuma trasmigrazione dei costi da una voce all'altra (Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451), e, sostanzialmente, la formulazione di una nuova offerta che si risolve nella radicale vanificazione delle regole in materia di gare pubbliche (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 dicembre 2010, n. 35952; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 21 aprile 2011, n. 714)”.*

Il T.A.R. ha compensato integralmente tra le parti le spese di tale primo grado di giudizio, *“attesa la peculiarità della questione”*.

2.1. Con l'appello in epigrafe Svevia Pol Sud e Sefid Global Service chiedono ora la riforma di tale sentenza, riproponendo in sostanze le medesime censure dedotte nel ricorso in primo grado ma riferendone il contenuto alla sentenza impugnata.

2.2. Anche nel presente grado di giudizio non si è costituito il Comune di Brindisi.

2.3. Si sono viceversa costituite in giudizio Securpol Puglia e Ipi, concludendo per la reiezione dell'appello ma eccependone preliminarmente anche l'inammissibilità, in quanto è nel frattempo intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara a loro favore, non impugnato in primo grado dalle appellanti.

2.4. Con ordinanza n. 4423 dd. 28 settembre 2011 questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione cautelare della sentenza impugnata, proposta a' sensi dell'art. 98 cod. proc. amm. dalle appellanti, *“atteso che nelle more del giudizio è sopravvenuto il provvedimento di*

*aggiudicazione definitiva dell'appalto ed il relativo contratto, che ad oggi non risultano impugnati con specifico gravame”.*

2.5. Alla pubblica udienza del 18 marzo 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe è inammissibile per difetto di interesse alla sua proposizione.

3.2. L'aggiudicazione provvisoria di una gara pubblica ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti instabili ed interinali, soggetta, a' sensi dell'art. 12 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 all'approvazione dell'organo a ciò competente nel contesto organizzativo dell'amministrazione aggiudicatrice (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2014 n. 313).

In dipendenza di ciò, l'instabilità degli effetti dell'aggiudicazione provvisoria non obbliga il concorrente non dichiarato aggiudicatario provvisorio all'immediata impugnazione di tale provvedimento, ma sostanzia una sua facoltà al riguardo (così, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2013 n. 5945), posto che l'atto finale della procedura di gara è comunque l'aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, ma esprime la volontà provvedimentale definitiva della stazione appaltante e presuppone, quindi, l'approvazione di tutti gli atti di gara, inclusa dunque la precedente esclusione di concorrenti diversi dal vincitore (così Cons. Stato, A.P., 29 novembre 2012 n. 36)

Aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva sono pertanto atti connotati da autonome valutazioni dell'amministrazione in merito

all'esito della gara, tali che la rimozione della prima non cada automaticamente la seconda, poiché quest'ultima non ne è l'esito ineluttabile, ma il frutto di ulteriore esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione; ossia, il bene della vita del concorrente che assume di essere stato illegittimamente pretermesso è con ciò lesa da due distinti provvedimenti: l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, solo l'ultimo dei quali – peraltro - cristallizza la lesione inferta al suo interesse legittimo; rimane fermo che il provvedimento di esclusione, secondo ricevuti principi giurisprudenziali, impedendo in via immediata e diretta all'impresa di proseguire nella partecipazione alla procedura di gara, deve essere sollecitamente impugnato nel rispetto dei rigorosi termini decadenziali previsti dalla legge.

Detto altrimenti – e in via più generale – va ricordato che nell'ambito del rapporto di presupposizione corrente fra atti inseriti all'interno di un più ampio contesto procedimentale occorre distinguere fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, atteso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto determina l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale senza bisogno che questo ultimo sia stato autonomamente impugnato, nel mentre in caso di invalidità ad effetto viziante l'atto consequenziale diviene invalido per vizio di invalidità derivata, ma resta efficace salva apposita e idonea impugnazione, resistendo all'annullamento dell'atto presupposto: e la figura dell'invalidità ad effetto caducante non ricorre – per l'appunto - fra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione



definitiva, proprio perché, per quanto detto innanzi, l'aggiudicazione provvisoria è solo un atto endo-procedimentale, dagli effetti ancora instabili e meramente interinali, nel mentre autonoma incidenza lesiva assume soltanto l'aggiudicazione definitiva, quale provvedimento di formale ricezione, da parte dell'amministrazione, dell'esito della gara, con nuova e conclusiva valutazione degli interessi (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011 n. 4998).

Alle medesime conclusioni si perviene in relazione al giudizio avente ad oggetto l'esclusione dal procedimento ad evidenza pubblica, in quanto l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva non può che comportare (di norma e salvo casi particolari che non ricorrono nella specie), l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione (così, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2011 n. 6093 e Sez. VI, 29 aprile 2013 n. 2342; Cons. giust. Reg. Sic. Sez. giurisd. 25 febbraio 2013 n. 281, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.).

Nel caso di specie, l'aggiudicazione definitiva risulta disposta – come documentato dalle attuali appellate – con determinazione dirigenziale dd. 18 aprile 2011.

La relativa circostanza non è stata comunicata nel giudizio di primo grado, neppure dalle controinteressate nonché attuali appellate, le quali hanno depositato in data 17 maggio 2011 una memoria di replica al ricorso senza – per l'appunto – menzionare il definitivo provvedimento di aggiudicazione *medio tempore* sopravvenuto; e, per converso, le attuali appellanti non hanno ivi proposto motivi aggiunti

di ricorso avverso quest'ultimo.

Nell'inerzia sul punto delle due parti, il giudice di primo grado, pertanto, non poteva che introitare la causa considerando nell'oggetto della sua statuizione la sola aggiudicazione provvisoria e limitando quindi il proprio sindacato su di essa: ma risulta altrettanto assodato il sopravvenuto difetto di interesse di Sveviapol e di Sefid Global Service a contestare quest'ultima, anche nel presente giudizio d'appello, proprio in quanto esse si sono astenute dall'impugnare in via esplicita e distinta innanzi allo stesso T.A.R. l'aggiudicazione definitiva, ossia – come chiarito innanzi – l'atto terminale del procedimento di scelta del contraente che sostanzia la vera e propria lesione al loro interesse legittimo.

Né giova in contrario a Sveviapol e a Sefid la generica formulazione della domanda contenuta nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, in forza della quale, congiuntamente alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, risultava in effetti chiesto pure l'annullamento *“di ogni altro atto o provvedimento che sia o possa considerarsi prodromico, connesso, consequenziale, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva ed il contratto d'appalto”*.

Fermo restando che l'atto conclusivo della procedura per l'assegnazione di un contratto di appalto non può ritenersi ritualmente impugnato con la mera formula di stile che richiama gli atti presupposti e conseguenti (cfr. sul punto, ad es., la già citata sentenza di Cons.Stato, Sez. VI, n. 4998 del 2011) , è ben noto che anche nel processo amministrativo, in conformità al generale

principio di cui all'art. 100 cod. proc. civ., l'interesse a ricorrere, da intendersi quale condizione di ammissibilità dell'azione, deve sussistere al momento della presentazione della domanda e permanere fino al momento della decisione, con conseguente inammissibilità del ricorso ove tale interesse non sia presente all'atto della sua proposizione (così, ad es., Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2014 n. 9 e Sez. III, 19 febbraio 2014 n. 757): e, se così è, non poteva davvero reputarsi esistente nella sfera degli interessi delle ricorrenti in primo grado l'interesse a contestare giudizialmente un'aggiudicazione definitiva e una stipula del contratto tra la stazione appaltante e le controinteressate che non erano ancora materialmente intervenute a giuridica esistenza al momento della presentazione del ricorso; né può consentirsi che l'utilizzo nel contesto degli atti introduttivi del giudizio di formule onnicomprensive di individuazione degli atti impugnati indeterminatamente estese anche a quelli non ancora a quel momento emanati esoneri il ricorrente dall'impugnare successivamente, nel tempo dovuto e con ulteriori e distinte censure – anche, ove del caso, proposte in via meramente derivata – quegli atti *ab initio* soltanto ipotizzati come adottabili in senso difforme al ricorrente medesimo e che pertanto soltanto dopo essere stati emanati potranno materialmente (e non solo prognosticamente) vulnerare la sua sfera giuridica.

Se, dunque, il comportamento delle parti non ha reso possibile in primo grado la pronuncia di improcedibilità del ricorso, a' sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., dalla qui acclarata

circostanza della sopravvenienza dell'aggiudicazione definitiva non impugnata innanzi al T.A.R. discende l'obbligo per questo giudice di dichiarare inammissibile per difetto di interesse l'appello in epigrafe, a' sensi della lett. b) dello stesso comma 1, in quanto al momento della notificazione dell'appello medesimo comunque difettava in capo ai soggetti che l'hanno proposto l'interesse ad agire necessariamente retrostante.

4. Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la regola della soccombenza di lite, e sono liquidati nel dispositivo.

Va – altresì – dichiarato irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche corrisposto per il presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna le appellanti, in solido fra loro, al pagamento delle spese e degli onorari del presente grado di giudizio in favore delle appellate costituite, complessivamente liquidati nella misura di € 5.000.- (cinquemila/00), oltre ad I.V.A. e C.P.A.

Dichiara – altresì – irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche corrisposto per il presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo  
2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2014

IL SEGRETARIO

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