

Publicato il 24/05/2019

N. 00137/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00362/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 362 del 2018, proposto da:

Co.Ge.Pri. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Luccitti e Giancarlo Tittaferante, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

S.A.S.I. - Società Abruzzese per il Servizio Idrico Integrato - S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Fausto Troilo, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Impec S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Rosella Ferrara, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

della delibera del 12 settembre 2018 del Consiglio di Amministrazione "S.A.S.I. s.p.a.", avente ad oggetto la stipula di un nuovo contratto di appalto con la Impec Costruzioni s.p.a., per la progettazione esecutiva e la realizzazione di interventi di "Adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione in Località San Leonardo" (C.I.G. 6468939157);

della nota del 6 settembre 2018, prot. 6770, del Direttore Generale della SASI s.p.a. con cui è stata proposta la predetta stipula contrattuale;

della nota del 28 settembre 2018, prot. 7318, con cui la S.a.s.i. ha comunicato all'Impec Costruzioni s.p.a. la predetta Delibera e ha chiesto la garanzia definitiva;

della mancata espressa revoca dell'aggiudicazione in favore della controinteressata;

della mancata aggiudicazione in favore della ricorrente;

degli altri atti infra specificati e, comunque, di ogni ulteriore atto presupposto, prodromico, consequenziale e/o, comunque, connesso, anche laddove non conosciuto, con conseguente dichiarazione di inefficacia, previa adozione delle relative misure cautelari, del consequenziale contratto di appalto, ove nelle more stipulato;

nonché

per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica con l'aggiudicazione della gara o, in ogni caso, al risarcimento del danno per equivalente

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della S.A.S.I. - Società Abruzzese per il Servizio Idrico Integrato - S.p.A. e della Impec S.p.A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2019 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi l'avv. Andrea Luccitti per la parte ricorrente, l'avv. Fausto Troilo per l'amministrazione resistente, e l'avv. Rosella Ferrara per la parte controinteressata;

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n. 362/2018 la società ricorrente chiede l'annullamento, previa sospensione, della delibera del 12 settembre 2018 con cui il Consiglio di Amministrazione della S.a.s.i. s.p.a., deliberava di procedere alla stipula di un contratto di appalto con la Impec Costruzioni s.p.a. contestando la mancata revoca dell'aggiudicazione.

La ricorrente, quale seconda graduata nella gara di appalto indetta dalla S.a.s.i. per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione di interventi di "Adeguamento e potenziamento impianto di depurazione in Località San Leonardo", esponeva che, successivamente alla stipula del contratto con la controinteressata, veniva a conoscenza che la Impec era risultata destinataria di un'interdittiva antimafia dal Prefetto di Napoli, a seguito della quale il contratto di appalto tra l'aggiudicataria e l'ente intimato era stato risolto, in assenza tuttavia di un provvedimento di revoca formale dell'aggiudicazione.

La società ricorrente, pertanto, inoltrava una formale diffida alla S.a.s.i. per ottenere, con provvedimento espresso, la revoca dell'aggiudicazione disposta a favore della Impec, e per conseguire l'appalto quale seconda graduata per effetto dello scorrimento della graduatoria.

Nelle more, tuttavia, interveniva un'informativa liberatoria ai sensi dell'art.91 del D.Lgs. 159/2011 a favore della Impec, conseguendone la determinazione da parte del C.d.A. della S.a.s.i. s.p.a. di procedere nuovamente alla stipula del contratto con la Impec.

A sostegno delle doglianze la ricorrente deduce la mancanza di un'espressa revoca dell'aggiudicazione a seguito della interdittiva antimafia, l'illegittimità degli atti impugnati per il venir meno di un requisito soggettivo durante la procedura di gara che avrebbe precluso alla Impec di intrattenere rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione.

L'Amministrazione resistente e la controinteressata, costituitesi in giudizio, eccepivano il difetto di giurisdizione e l'inammissibilità del ricorso per non aver impugnato nei termini la mancata espressa revoca dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Alla Camera di Consiglio del 07.12.2018 veniva respinta la domanda di sospensione per insussistenza del fumus boni iuris.

Alla pubblica udienza del 20.05.2019 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Preliminarmente va respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione.

Il caso di specie rientra nell'ambito della giurisdizione amministrativa, essendo riconducibile alla giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 cod. proc. amm., che fa riferimento alle controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolti dai soggetti colà indicati, da intendersi comprensive della fase procedimentale dall'inizio della procedura sino al suo esito con l'efficacia del suo provvedimento conclusivo, cioè con l'aggiudicazione definitiva, estendendo la giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonché, in ogni caso, ad

eventuali provvedimenti dell'amministrazione di dichiarazione di inefficacia del contratto. (Cass. Sezioni Unite, 05.10.2018, n. 24411). È da ritenersi, dunque, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo (ex art. 133, co. 1, lett. e), n. 1 Cpa) in ordine ai provvedimenti con i quali l'amministrazione committente risolve il contatto, per effetto di una sopravvenuta informativa antimafia interdittiva.

3. Nel merito il ricorso deve essere respinto per i motivi che si vanno di seguito ad esporre.

In primo luogo è da escludere la configurabilità di una revoca implicita dell'aggiudicazione nei confronti dell'Impec aggiudicataria.

In sostanza non vi sono specifiche ragioni per sostenere che sussisterebbe un provvedimento tacito con valore legale tipico o un atto implicito, in quanto una tale tesi non risulta fondata.

Invero, in un ordinamento ispirato al principio di legalità, non può essere qualificato come provvedimento, ancorché tacito, un mero contegno di fatto non riconoscibile come espressione del potere amministrativo.

Poiché per l'art. 2 della legge n. 241/90 l'amministrazione ha l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, costituisce *ius receptum* che i provvedimenti taciti e i 'silenzii significativi' siano configurabili solo nei casi espressamente previsti dalla legge (con impossibilità di applicazione analogica delle relative disposizioni), sicché non vi è alcun aggancio normativo per attribuire al comportamento dell'amministrazione un valore legale tipico.

Sotto altro profilo, nemmeno può attribuirsi al comportamento dell'amministrazione valore di provvedimento "implicito" che ricorre qualora, pur mancando una formale esplicitazione esteriore, si configuri un atto amministrativo a tutti gli effetti sulla base di una manifestazione certa ed inequivoca della volontà dell'amministrazione.

La giurisprudenza tradizionalmente afferma, in particolare, che un atto amministrativo implicito può configurarsi unicamente quando dalla manifestazione espressa sia desumibile in modo non equivoco una volontà provvedimentale ulteriore, con un collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente nel senso che l'atto implicito costituisca l'unica conseguenza possibile di quello espresso, non potendo essere attribuito all'Amministrazione altro volere (cfr. C.d.S., VI, 27 aprile 2015, n. 2112; 27 novembre 2014, n. 5887; IV, 18 ottobre 2002, n. 5758). Occorre che l'amministrazione, pur non adottando formalmente il provvedimento, ne determini univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del corrispondente provvedimento formale non adottato.

In altre parole, deve emergere un collegamento biunivoco tra l'atto adottato o la condotta tenuta e la determinazione che da questi si pretende di ricavare, tale per cui quest'ultima sia l'unica conseguenza possibile della presupposta manifestazione di volontà (Cons. Stato, V, 31 marzo 2017, n. 1499; VI, 27 aprile 2015, n. 2112; 27 novembre 2014, n. 5887; IV, 7 febbraio 2011, n. 813; C. Si. Sez. Giur. 1 febbraio 2012, n. 118).

Nella specie dalla risoluzione del contratto non può dedursi in maniera univoca la volontà dell'amministrazione di revocare l'aggiudicazione e di aggiudicare l'appalto alla seconda graduata, tenendo conto peraltro che lo scorrimento della graduatoria in materia di gare costituisce espressione di una facoltà discrezionale della stazione appaltante che presuppone una valutazione sulla convenienza dell'offerta non risultata vincitrice.

A ciò aggiungasi che la ricorrente, in corso di procedimento, avrebbe ben potuto attivare i rimedi predisposti dall'ordinamento a tutela della mancata pronuncia sulle diffide a suo tempo inoltrate il 27 ottobre 2017, il 27.11.2017, il 14.01.2018, ed il 2.02.2018, il che nella specie non è avvenuto.

4. Nel merito va riconosciuta la facoltà della stazione appaltante di procedere alla stipulazione del contratto con la

IMPEC, sul presupposto che la interdittiva antimafia non è un requisito soggettivo “in senso proprio” e pertanto non soggiace al principio della continuità del possesso dei requisiti soggettivi invocato in ricorso.

Come rilevato dalla giurisprudenza, il provvedimento di cd. “interdittiva antimafia” determina una particolare forma di incapacità ex lege parziale. Il potere esercitato dal Prefetto è espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, la quale non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull’esistenza della contiguità dell’impresa con organizzazioni malavitose. Di conseguenza essa può essere sorretta anche da soli fattori sintomatici ed indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell’attività imprenditoriale della criminalità organizzata (Cons. Stato, III, 23 febbraio 2015, n. 898).

Tale peculiare natura dell’interdittiva, il cui fondamento di razionalità va ravvisato nella salvaguardia anticipata dell’ordine pubblico economico, della libera concorrenza e del buon andamento della pubblica amministrazione, comporta un bilanciamento con l’interesse del soggetto che di tale provvedimento sia destinatario. L’art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011, in tema di “effetti delle informazioni del Prefetto”, è norma di stretta interpretazione, in quanto restrittiva della capacità giuridica, afferma che le pubbliche amministrazioni, in presenza di interdittiva antimafia in capo ad un’impresa partecipante ad un procedimento di gara: “non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni”. Perdurando l’interdittiva, dalla legge deriva una condizione di inabilitazione alla stipulazione del contratto con pubbliche amministrazioni, ma non anche alla partecipazione alle procedure di gara; se però gli effetti vengono rimossi, cessa l’inabilitazione al contratto.

Nel caso di specie, con l’informativa liberatoria il Prefetto di Napoli ha dato atto del mutamento dell’assetto societario della società nonché della costituzione nell’ambito della medesima di un Comitato di Garanti composto da persone di specchiata onorabilità e competenza nel settore giudiziario e della prevenzione rispetto alla malavita organizzata composto da un Pubblico Ministero coordinatore della DDA di Napoli e da un magistrato in servizio presso la Corte di Cassazione. Di conseguenza, essendo venute meno le ragioni a sostegno dell’informativa antimafia, è da ritenersi sussistente la sopravvenuta piena capacità della Società alla stipula del contratto di appalto.

L’interdittiva antimafia, come si è innanzi anticipato, non è un requisito (di ordine generale) ai sensi dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, ovvero una caratterizzazione soggettiva dell’impresa. Essa incide temporaneamente sulla capacità di contrarre della parte che ne resta colpita, quale conseguenza di una misura di prevenzione finalizzata a precludere la stipula di contratti con la pubblica amministrazione alle imprese indiziate di collegamenti con la criminalità organizzata. Ove gli effetti del provvedimento interdittivo vengano meno, cessa la ragione stessa della inabilitazione e la sua (temporalmente) circoscritta previgenza non preclude la stipula del contratto, né, a maggior ragione, impone l’esclusione o la revoca dell’aggiudicazione, non rinvenendo nell’ordinamento alcuna norma che prescriva tale obbligo.

La giurisprudenza ha evidenziato, infine, in contrasto con quanto dedotto dalla resistente, che il non essere stato destinatario di un’interdittiva antimafia non rappresenta condizione che la legge eleva a requisito generale di qualificazione alle procedure di evidenza pubblica. E’ per tale ragione che non vi è spazio per invocare il principio di continuità dei requisiti generali e speciali, che devono essere posseduti, in un procedimento di gara, dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, secondo l’insegnamento di Cons.

Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8 (cfr ex plurimis Cons. di Stato, 10.04.2017, n. 1677).

Il ricorso e la connessa domanda di risarcimento dei danni vanno quindi respinti e, quanto alle spese, vista la peculiarità delle questioni trattate ricorrono giusti motivi per compensarle integralmente tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (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 Pescara nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Renata Emma Ianigro, Presidente FF, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL SEGRETARIO