

ANNULLAMENTO DELL' AGGIUDICAZIONE

lunedì 18 giugno 2007

Ultimo aggiornamento martedì 19 giugno 2007

TAR VENETO, SEZ. I - sentenza 14 maggio 2007 n. 1461

(condivide la tesi dell'efficacia caducante dispiegata dall'annullamento (sia giurisdizionale, sia disposto in via di autotutela o per effetto dell'accoglimento di un ricorso giustiziale) del provvedimento di aggiudicazione, e ciò avendo essenzialmente riguardo al rapporto di consequenzialità necessaria che sussiste tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione, con l'intervento dei magistrati:
Bruno Amoroso Presidente
Elvio Antonelli Consigliere
Fulvio ccc Consigliere, estensore
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. 1670/2006, proposto dalla Cellini Soc. Coop. a r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Grassi e dall'Avv. Stefano Sacchetto, con domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Venezia-Mestre, Via Giosuè Carducci n. 45,

contro

l'Istituto Assistenza Anziani di Verona – Struttura Nuovo Centro Residenziale "Loro", in persona del suo legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Luigi Rigetti e dall'Avv. Giorgio Pinello, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, Calle de Mezo, San Polo n. 3080/L,

e nei confronti

di Notarimpresa S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, per sé nonché quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con Easy Light Impianti S.r.l., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'Avv. Gianni Zgagliardich e dall'Avv. Pier Vettor Grimani, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, Santa Croce n. 468/G,

per l'annullamento

del processo verbale della seduta dd. 24 maggio 2006 della Commissione costituita dall'Istituto Assistenza Anziani con sede in Verona al fine della valutazione delle offerte presentate nella gara avente ad oggetto: "lavori di realizzazione di una residenza sanitaria assistita per anziani non autosufficienti in Via Caduti del Lavoro (Verona); secondo lotto realizzazione degli impianti tecnologici e opere murarie di rifinitura", laddove è stata disposta la rinnovazione del sorteggio per l'individuazione dell'impresa aggiudicataria; del processo verbale di estrazione di cui all'atto Rep. n. 57019 (Racc. n. 10988) dd. 1 giugno 2006 a rogito del dott. Domenico Fauci, notaio in Verona; nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi alla controinteressata Notarimpresa S.p.a.;

Visto il ricorso con i relativi allegati, notificato il 22 luglio 2006 e depositato il 3 agosto 2006;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Assistenza Anziani e della controinteressata Notarimpresa S.p.a.;

visto il ricorso per motivi aggiunti proposto sempre dalla Cellini Soc. Coop. a r.l. per l'annullamento della determinazione dd. 7 giugno 2006 adottata dal Direttore dell'Istituto Assistenza Anziani di Verona e recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto anzidetto all'associazione temporanea di imprese costituita dalla Notarimpresa S.p.a. (capogruppo – mandataria) e dalla Easy Light Impianti S.r.l. (mandante);

viste le memorie prodotte dalle parti;

visti gli atti tutti di causa;

uditi nella pubblica udienza del 27 aprile 2007 (relatore il consigliere Fulvio Rocco) l'Avv. Sacchetto per la ricorrente, l'Avv. Zancan, in sostituzione dell'Avv. Pinello per l'Istituto Assistenza Anziani e l'Avv. Pacifici, in sostituzione dell'Avv. Grimani per la controinteressata Notarimpresa S.p.a.;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1.1. La ricorrente, Cellini Soc. Coop. a r.l., avente sede in Prato, espone che con bando dd. 9 marzo 2006
"Istituto Assistenza Anziani di Verona – Struttura Nuovo Centro residenziale "Loro" ha indetto una gara per
"aggiudicazione dell'appalto dei lavori di "realizzazione di una residenza sanitaria assistita per anziani non
autosufficienti in Via Caduti del lavoro (Verona); secondo lotto realizzazione degli impianti tecnologici e opere murarie di
rifinitura" mediante pubblico incanto con esclusione automatica delle offerte, sensi dell'allora vigente art.
21, comma 1-bis, della 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modifiche (cfr. doc. 1 di parte ricorrente).
In data 13 aprile 2006 la Commissione di gara, appositamente costituita, ha proceduto all'apertura delle buste
recanti le offerte e, nella medesima giornata (cfr. processo verbale n. 1 dd. 13 aprile 2006, ibidem, doc. 4) e in quella
successiva, la stessa Commissione ha proceduto alla verifica della documentazione prodotta dalle imprese concorrenti,
102 delle quali sono state quindi ammesse a partecipare alla gara.
La ricorrente riferisce che, dopo di ciò, la Commissione di gara ha proceduto, in applicazione del predetto art. 21, comma
1-bis, della L. 109 del 1994 e successive modifiche, alla valutazione dell'anomalia delle offerte mediante il
sistema di esclusione automatica ivi contemplato per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.
La medesima ricorrente precisa che la soglia di anomalia è stata computata dalla Commissione di gara nella misura pari
a 17,628% e che, per effetto di ciò, l'impresa Troiani & Ciarrocchi S.n.c., avendo offerto una percentuale di ribasso
pari al 17,61%, è stata individuata quale concorrente che più si avvicinava per difetto alla soglia di anomalia anzidetta.
Nel processo verbale n. 2 dd. 14 aprile 2006 si legge, quindi, che la Commissione di gara ha rilevato che "offerta
della ditta Cooperativa Cellini Impianti Tecnologici di Prato e offerta della ditta Notarimpianti di Novara, con il
medesimo sconto del – 17,57%, si classificano al secondo posto alla pari e pertanto si procede al sorteggio, dal
quale emerge che al secondo posto è la Ditta Cooperativa Cellini Impianti Tecnologici di Prato e al terzo posto si
classifica offerta della Ditta Notarimpianti di Novara" (peraltro in associazione temporanea d'impresa,
quale mandataria, con Easy Light Impianti S.r.l.: N.d.E.). "aggiudicazione a favore della Ditta Troiani &
Ciarrocchi S.n.c. – Centobuchi di Montepandone (Ascoli Piceno), prima classificata, avverrà solo dopo la verifica
della documentazione richiesta dal bando di gara e il controllo degli atti di gara. Tale controllo sarà effettuato anche per la
seconda ditta classificata. Il presente verbale, una volta accertata l'idoneità delle Ditte, sarà sottoposto
all'esame e approvazione da parte dell'amministrazione dell'Ente e, pertanto,
aggiudicazione non è definitiva ma con riserva, come previsto nel bando di gara" (cfr. ibidem, pag. 5).
Con nota Prot. n. 004051 dd. 19 aprile 2006 il Direttore dell'Istituto di Assistenza Anziani ha significato a Cellini
avvenuta sua classificazione al secondo posto della graduatoria, invitandola contestualmente a trasmettere la
documentazione eventualmente necessaria per l'aggiudicazione dell'appalto (cfr. ibidem, doc. 6).
A tale incumbente Cellini ha provveduto in data 26 aprile 2006 (cfr. ibidem, doc. 6-bis).
Peraltro, in data 24 maggio 2006 la Commissione di gara si è ulteriormente riunita, procedendo ad una verifica dei
conteggi da essa precedentemente effettuati, dalla quale è quindi emerso che "le offerte prese in considerazione con
scarti superiori al 16,814%" non riguardavano "n. 37 offerte, bensì n. 38 offerte non avendo conteggiato, per mero errore
contabile, n. 1 offerta" (cfr. ibidem, doc. 1).
Nel relativo processo verbale si legge, quindi, che "la Commissione prende atto dell'errore commesso in sede di
gara del giorno 14 aprile 2006, svoltasi con la presenza di testimoni, nonostante avesse per ben tre volte effettuata la
verifica del risultato finale. A questo punto la Commissione riformula tutti i conteggi, come di seguito riportato; la media
delle offerte delle ditte rimaste in gara, come sopra riportato, è di 16,814% e, quindi, si procede al calcolo degli scarti tra
la media e le offerte superiori" (cfr. ibidem).
La Commissione ha conseguentemente rideterminato la somma degli scarti nella misura di 30,208 e, suddividendo tale
importo per 38, ossia il numero delle offerte valide (come – per appunto – disposto dall'art.
21, comma 1-bis della L. 109 del 1994 d'anziché richiamato) ha ricavato il risultato di 0,795% che, sommato a sua volta con
la precedente media di 16,814, consente di determinare nella misura di 17,609% la soglia di anomalia.
A questo punto, si legge sempre nel processo verbale anzidetto, "che offerta della ditta T & C. Troiani R. &
Ciarrocchi R. S.n.c. di Centobuchi di Montepandone (Ascoli Piceno) che aveva offerto uno sconto di 17,610% risulta
superiore alla nuova soglia anomala di 17,609% e, pertanto, non rientra come offerta aggiudicataria. La Commissione
individua offerta tra quella che più si avvicina per difetto alla soglia anomala", ossia – ancora una volta
– quella presentata sia da Cellini che da Notarimpresa, "… entrambe … pari a 17,570%. La
Commissione, preso atto del risultato pari tra le due ditte, procederà a termini di legge fra le due per individuare il primo e
il secondo classificato mediante sorteggio da effettuarsi, in seduta pubblica alla presenza di Notaio, previo avvertimento
delle due ditte" (cfr. ibidem).
Con nota Prot. n. 5298 dd. 24 maggio 2006 il Direttore dell'Istituto Assistenza Anziani ha quindi significato a
Cellini che "la Commissione di Gara prima di procedere all'aggiudicazione definitiva, come previsto dalla norma di
legge, ha provveduto al controllo degli atti di gara, dal quale è emersa per mero errore di conteggio la soglia di
anomalia era errata. Pertanto codesta ditta risulta essere, insieme ad un'altra impresa che ha formulato pari
offerta, quella che più si avvicina per difetto alla soglia anomala. Per poter aggiudicare i lavori si procederà pertanto a
sorteggio tra le due ditte. Tale sorteggio avverrà in forma pubblica alla presenza di Notaio il giorno 1 giugno 2006 alle ore
15.00 presso la nostra Sede amministrativa sita in Via S. Baganzani n. 11 – 37124 Verona. È gradita la
presenza di un Vostro rappresentante munito di regolare delega a firma del Legale Rappresentante dell'Impresa
unitamente ad una copia di un documento d'identità di quest'ultimo. Distinti saluti" (cfr. ibidem, doc. 8).
Cellini ha riscontrato tale nota inoltrando all'Istituto una diffida a rinnovare il sorteggio di cui trattasi, rilevando
– tra l'altro – che "l'annullamento della precedente determinazione di aggiudicazione"

doveva" essere … esercitato in modo parziale, avendo il mero errore di calcolo inficiato l'iter procedurale … limitatamente alla determinazione della soglia di anomalia, mentre deve essere preservata l'efficacia degli altri atti legittimamente compiuti e, quindi, del sorteggio già validamente effettuato. Sul punto la giurisprudenza è pressoché unanime (cfr., a titolo esemplificativo, Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2005 n. 422; Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2001 n. 4973)" (cfr. ibidem, doc. 7).

Cellini ha, conseguentemente, intimato in via contestuale all'Istituto di procedere senza indugio all'aggiudicazione a proprio favore dell'appalto di cui trattasi.

L'Istituto non ha tenuto in considerazione quanto evidenziato da Cellini e ha proceduto, a mezzo di processo verbale di estrazione di cui all'atto Rep. n. 57019 (Racc. n. 10988) dd. 1 giugno 2006 a rogito del dott. Domenico Fauci, notaio in Verona, al rinnovo del sorteggio, il cui esito è stato favorevole a Notarimpianti.

1.2. Con il ricorso in epigrafe Cellini chiede pertanto l'annullamento sia del predetto processo verbale dd. 24 maggio 2006 formato dalla Commissione giudicatrice della gara limitatamente alla parte con la quale è stato disposto anche il rinnovo del sorteggio tra le due imprese collocatesi comunque al secondo e al terzo posto della graduatoria formata per l'aggiudicazione dell'appalto di lavori di cui trattasi, sia del testè citato processo verbale di estrazione cui all'atto Rep. n. 57019 (Racc. n. 10988) dd. 1 giugno 2006 a rogito del dott. Domenico Fauci, notaio in Verona.

Cellini deduce al riguardo l'avvenuta violazione o falsa applicazione dell'art. 77 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, eccesso di potere per violazione del principio del giusto procedimento, violazione del principio di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa, violazione e falsa applicazione della lex specialis della gara, violazione del principio di conservazione dell'attività legittimamente espletata, violazione del principio di tutela dell'affidamento, violazione del principio utile per inutile non vitiatur, sviamento, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241 successive modifiche, nonché difetto assoluto di motivazione.

2. Si è costituito in giudizio l'Istituto Assistenza Anziani di Verona, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso in epigrafe per omessa impugnazione della determinazione del Direttore dell'Istituto medesimo dd. 31 maggio 2006 recante la revoca della precedente aggiudicazione provvisoria disposta a favore di Troiani & Ciarrocchi, e concludendo comunque per la reiezione dell'impugnativa avversaria.

3. Con motivi aggiunti di ricorso, del tutto omologhi a quelli precedentemente dedotti, Cellini ha quindi chiesto l'annullamento anche della determinazione del Direttore dell'Istituto dd. 7 giugno 2006 recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione all'associazione temporanea di imprese costituita tra Notarimpresa e Easy Light Impianti, nonché la declaratoria di inefficacia o di nullità del contratto di appalto sottoscritto in data 8 giugno 2006 tra l'Istituto medesimo e l'anzidetta associazione temporanea di imprese in dipendenza dell'aggiudicazione surriferita.

4. Si è a questo punto costituita in giudizio Notarimpresa, sia in proprio che quale mandataria di Easy Light Impianti, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti susseguentemente notificati.

5. Con ulteriori memorie tutte le parti hanno insistito per l'accoglimento delle relative domande.

6. Alla pubblica udienza del 27 aprile 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

7.1. Il Collegio deve, innanzitutto, farsi carico di disaminare l'eccezione di inammissibilità delle impugnative complessivamente proposte che è stata sollevata dalla difesa dell'Istituto di Assistenza Anziani in relazione alla mancata impugnazione della determina dd. 31 maggio 2006 con la quale il Direttore dell'Istituto medesimo ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta a favore di Troiani & Ciarrocchi.

7.2. L'eccezione va respinta.

Anche a prescindere, infatti, dalla pur significativa circostanza che il provvedimento in questione, nonostante che l'Istituto Assistenza Anziani annetta ad esso una valenza restrittiva per la sfera giuridica dell'attuale ricorrente, non è stato mai comunicato alla ricorrente medesima - la quale, pertanto, ove si aderisse alla stessa prospettazione dell'Amministrazione intimata, non sarebbe stata posta in condizioni di conoscerne l'esistenza, e ciò in evidente violazione dell'art. 21-bis della L. 7 agosto 1990 n. 241 inserito per effetto dell'art. 14 della L. 11 febbraio 2005 n. 15 - va rilevato, in via del tutto assorbente, che il provvedimento di cui trattasi assume la valenza di mero atto confermativo, manifestamente sfornito - al di là della sua stessa intrinseca erroneità concettuale, della quale si dirà appresso - di una qualsivoglia, autonoma valenza lesiva per la posizione della ricorrente medesima.

Premesso infatti che l'aggiudicazione provvisoria di una gara d'appalto assume natura di atto endoprocedimentale, la cui impugnazione è pertanto meramente facoltativa e non già obbligatoria da parte del soggetto che si pretende leso alla determinazione assunta dalla stazione appaltante (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 4 aprile 2006 n. 1753), la rimozione dell'aggiudicazione provvisoria disposta dall'Istituto nei confronti di Troiani & Ciarrocchi nella specie risultava - di per sé - un provvedimento addirittura favorevole per Cellini, in quanto la poneva, per effetto del precedente sorteggio, nelle condizioni di rendersi aggiudicataria dell'appalto in questione: sotto questo profilo, quindi, neppure sussisteva, né sussiste, un interesse di Cellini ad impugnare la rimozione medesima (tra l'altro, expressis verbis configurata dall'Istituto quale "revoca", nel mentre intervenuto accertamento di un errore di calcolo della soglia di anomalia avrebbe dovuto, semmai, comportare un annullamento dell'aggiudicazione precedentemente disposta: cfr. al riguardo gli artt. 21-quinquies e 21-nonies della L.R. 7 agosto 1990 n. 241 come inseriti dall'art. 14 della L. 11 febbraio 2005 n. 15).

Viceversa, Cellini è l'evidenza pregiudicata dalla determinazione di rinnovare il sorteggio per effetto del quale essa aveva già acquisito la collocazione nel secondo posto della graduatoria finale della gara e prodotto la documentazione utile all'aggiudicazione nella pendenza del procedimento di verifica dell'anomalia

dell'offerta presentata da Troiani & Ciarrocchi: ma con altrettanta evidenza risulta che tale determinazione, già assunta dalla Commissione giudicatrice della gara medesima – appositamente riconvocata – è stata impugnata in termini dalla medesima ricorrente.

Né si vede il motivo per il quale tale impugnazione debba essere riproposta avverso un atto meramente consequenziale adottato dal Direttore dell'Istituto, che con lo stesso dispone, per quanto qui segnatamente interessa, nel senso "di autorizzare la Commissione di gara a procedere al sorteggio alla presenza di Notaio per la determinazione della Ditta aggiudicataria in quanto, come risulta dal verbale di cui al punto 1 del presente provvedimento, n. 2 ditte hanno presentato pari offerta che più si avvicina alla soglia anomala come previsto dalla normativa vigente" (cfr. pag. 4 della memoria dd. 3 aprile 2007 depositata dalla difesa dell'Istituto).

Non è dato di ricavare, infatti, alcun presupposto di fatto e di diritto tale da indurre il Direttore dell'Istituto ad "autorizzare" la Commissione di gara a svolgere un'attività che quest'ultima, a sua volta, ha già autonomamente deliberato in data 24 maggio 2006 di svolgere, e in ordine alla quale il suo Presidente (nonché Direttore e Responsabile del procedimento: le tre figure, nella specie, puntualmente coincidono) ha già assunto ogni ulteriore statuizione esecutiva comunicando all'attuale ricorrente il luogo, la data e l'ora del futuro sorteggio. Sotto questo profilo, pertanto, l'atto in questione può, al più, configurarsi – anche al di là della sua stessa, comprovata inutilità - quale atto confermativo, posto che con esso l'Istituto si limita ad affermare il contenuto di un precedente provvedimento, senza effettuare nuova istruttoria e senza alcun nuovo esame degli elementi di fatto già considerati in precedenza (cfr., ex multis, sul contenuto degli atti confermativi, Cons. Stato, Sez. IV, 26 giugno 2002 n. 3551): e, come è ben noto, tale tipologia di atti non necessita di autonoma impugnazione (cfr., ad es., tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 12 novembre 2001 n. 5781).

8.1. Tutto ciò premesso, vanno senz'altro accolte le domande di annullamento complessivamente proposte avverso il processo verbale della seduta dd. 24 maggio 2006 della Commissione costituita dall'Istituto Assistenza Anziani nella parte in cui è stata disposta la rinnovazione del sorteggio per l'individuazione dell'impresa aggiudicataria, nonché avverso il processo verbale di estrazione di cui all'atto Rep. n. 57019 (Racc. n. 10988) dd. 1 giugno 2006 a rogito del dott. Domenico Fauci e il provvedimento dd. 7 giugno 2006 del Direttore dell'Istituto recante l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi all'associazione temporanea di imprese costituita dalla mandataria Notarimpresa S.p.a. e dalla mandante Easy Light Impianti S.r.l.

8.2. Come ha puntualmente evidenziato la difesa della ricorrente, nel caso di specie la Commissione di gara, dopo aver correttamente provveduto a rettificare la soglia di anomalia escludendo per l'effetto l'offerta presentata da Troiani & Ciarrocchi in quanto consistente in una percentuale di ribasso maggiore di quella ammissibile in esito al computo di cui all'art. 21, comma 1-bis della L. 109 del 1994 e successive modifiche per gli appalti non assoggettati alla disciplina di derivazione comunitaria, ha illegittimamente esteso gli effetti caducanti dell'autotutela anche ad atti del procedimento di scelta del contraente per certo non viziati.

Come è ben noto, l'esigenza di rinnovare gli atti di un procedimento invalido deve essere soddisfatta mediante la rimozione dei soli atti che risultano materialmente viziati, nel mentre, in conformità al principio generale dell'utile per inutile non vitiatur, devono essere conservati tutti gli atti che, pur essendo intervenuti nel procedimento medesimo, non sono stati vulnerati in via autonoma o consequenziale dai vizi di legittimità posti alla base dell'annullamento (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1986 n. 266 e 17 dicembre 1990 n. 887).

Per il caso di specie, va rilevato che ai sensi dell'art. 77 del R.D. 827 del 1924, "quando nelle aste ad offerte segrete due o più concorrenti, presenti all'asta, facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione fra essi soli, a partiti segreti o ad estinzione di candela vergine, secondo che lo creda più opportuno l'ufficiale incaricato. Colui che risulta migliore offerente è dichiarato aggiudicatario. Ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l'offerta, ovvero nel caso in cui le offerte debbano essere contenute entro il limite di cui al secondo comma dell'art. 75 e all'ultimo comma dell'art. 76," (ossia il limite dell'aumento o del ribasso eventualmente fissato dall'amministrazione allorché l'asta si tiene coi metodi di cui alla lettera b) o della lettera c) dell'art. 73 del medesimo R.D. 827 del 1924, e cioè – rispettivamente – "per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo massimo o minimo prestabilito e indicato nella scheda segreta", e "per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato nell'avviso d'asta") "la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario".

La giurisprudenza ha già avuto modo di rilevare che in applicazione del predetto principio dell'utile per inutile non vitiatur, va ritenuta legittima la decisione dell'amministrazione appaltante che, dopo l'aggiudicazione della gara d'appalto a causa dell'esclusione di una ditta che aveva contribuito con la sua offerta a determinare la media, procede alla sola rinnovazione del calcolo della media stessa ed alla conseguente aggiudicazione, senza dunque disporre il riavvio dell'intero procedimento (così, ad es., T.A.R. Lazio, Sez. Latina, 3 giugno 1988 n. 415). In un'ipotesi quasi speculare a quella resa oggetto del presente procedimento, è stato altresì rilevato, a fronte dell'illegittima determinazione dell'Amministrazione appaltante di procedere ad un nuovo sorteggio, che "la procedura di scelta del contraente era …a tutti gli effetti conclusa. La circostanza che il contratto non fosse stato – a quel momento – ancora stipulato, rilevante ai fini dell'inesistenza, allo stato, di obbligazioni di tipo civilistico in capo alle parti, non è influente per stabilire la consistenza della posizione soggettiva" dell'impresa già favorevolmente sorteggiata "rispetto ai successivi comportamenti dell'Amministrazione. … Fondata è la doglianza con specifico riguardo alla ripetizione del sorteggio. Costituisce affermazione pacifica in giurisprudenza che l'esigenza di rinnovare gli atti di un procedimento a causa della loro invalidità deve essere temperato con il principio di conservazione della attività legittimamente espletata, cioè non coinvolta dal vizio rilevato (Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 1998 n. 1668). Nella specie, l'esito del riesame di tutte le offerte, effettuato includendo nel calcolo

della media anche quelle in precedenza escluse, non ha modificato il risultato finale cui si era originariamente pervenuti: l'offerta migliore è rimasta quella presentata dall'appellante e dalla impresa odierna controinteressata. Tale esito offriva la prova che il vizio della precedente valutazione non aveva determinato il risultato, che si è dimostrato legittimo fin dall'inizio. Ne consegue che nessun vizio poteva addebitarsi al già eseguito sorteggio, venendo così a mancare la ragione giustificatrice della reiterazione. In altri termini andava salvaguardata quella porzione della procedura legittimamente espletata, e con essa le posizioni di vantaggio attribuite al soggetto privato coinvolto dalla cura dell'interesse pubblico. La condotta seguita dall'Amministrazione, non sorretta da alcuna giustificazione di pubblico interesse, si risolve nel gratuito pregiudizio di una posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento, perché legittimamente costituita dalla stessa Amministrazione".

Del resto - denota a sua volta questo Collegio - nel caso di specie l'illegittimità del secondo sorteggio risiede nella circostanza che alla correzione dell'errore precedentemente commesso ha fatto seguito anche l'esclusione dalla gara dell'impresa già classificata al primo posto utile: ossia, non è stato considerato che si era puntualmente verificato l'evento già presupposto dal precedente sorteggio per effetto del quale Cellini aveva già conseguito il secondo posto della graduatoria e l'associazione temporanea di imprese rappresentata da Notarimpresa il terzo, con la conseguenza che l'evento medesimo non poteva far seguito alcuna valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione appaltante su di una graduatoria comunque non alterata - al di là dell'esclusione dell'offerta di Troiani & Ciarrocchi - in dipendenza del mutato valore della soglia di anomalia.

In tal modo, quindi, la medesima Amministrazione appaltante ha del tutto illegittimamente accordato "una seconda chance a chi aveva già perso la prima, con ciò negando il principale contenuto normativo dell'art. 77, secondo comma, del R.D. 827 del 1924, il quale statuisce che, ricorrendo le condizioni ivi previste - "la sorte decide": è invece evidente che, quando la sorte abbia già deciso, rimettere nuovamente all'alea l'esito significa negare meramente valore normativo al precetto (è evidente, infatti, che "la sorte decide" una volta sola, perché - dando luogo essa ad un risultato assolutamente casuale - ogni nuovo esito si risolve necessariamente nella negazione del valore di quello precedente)" (così Cons. Giust. Sic., 11 febbraio 2005 n. 56, parimenti riguardante una fattispecie per taluni aspetti omologa).

Né va sottaciuta - a ulteriore conferma della già assorbente illustrazione dell'illegittimità compiuta - l'assoluta mancanza di considerazioni motivate da parte dell'Amministrazione appaltante a sostegno della propria tesi: e ciò pur a fronte delle puntuali contestazioni formulate dall'attuale ricorrente mediante la formale diffida notificata al Direttore - Responsabile del procedimento - Presidente della Commissione giudicatrice, con conseguente sussistenza, in via contestuale, anche del vizio di violazione dell'art. 3 della L. 241 del 1990.

Concludendo sul punto, giova pure rilevare che anche nel presente procedimento giurisdizionale le difese dell'Amministrazione intimata e della controinteressata non hanno opposto argomenti idonei a scalfire la solidità delle censure addotte dalla ricorrente, posto che la prima si è limitata in buona sostanza a ribadire - in via del tutto apodittica ed ignorando l'effetto per essa vincolante che discendeva dall'aver già chiesto in data 19 aprile 2006 a Cellini i documenti per l'eventuale stipulazione del contratto in suo favore, quale seconda classificata - che dalla disposta revoca dell'aggiudicazione precedentemente disposta a favore di Troiani & Ciarrocchi conseguiva l'esigenza di rinnovare integralmente il procedimento di scelta del contraente, nel mentre la seconda ha cercato di sostenere - contro lo stesso e del tutto inequivoco tenore letterale degli atti - che il primo sorteggio effettuato tra Cellini e l'associazione temporanea di imprese rappresentata da Notarimpresa avrebbe assunto la funzione di adempimento prodromico al controllo a campione delle dichiarazioni di cui all'art. 10, comma 1-quater, della L. 109 del 1994 introdotto per effetto dell'art. 3 della L. 18 novembre 1998 n. 415, anziché di sorteggio effettuato a sensi dell'art. 77 del R.D. 827 del 1924.

9.1. Più complesso risulta, invece, l'esame dell'ulteriore domanda proposta da Cellini ed avente per oggetto la dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto medio tempore stipulato tra l'Istituto Assistenza Anziani e la parte controinteressata.

9.2. Come è ben noto, sulla scorta di quanto già evidenziato da altre pronunce della giurisprudenza, ed in particolare da Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004 n. 3465, il problema permane a tutt'oggi di consistente spessore e si pone sulla linea di discrimine tra il diritto pubblico e il diritto privato, involgendo la tuttora vexata quaestio dei rapporti fra provvedimenti amministrativi ed atti negoziali di diritto privato.

Come è stato puntualmente evidenziato nella predetta decisione n. 3465 del 2004 resa dalla Sezione V[^] del Consiglio di Stato, nella materia in esame è possibile individuare quattro distinti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali.

I) Da un lato, si sostiene infatti la sussumibilità della patologia del contratto nello schema dell'annullabilità relativa di cui all'art. 1441 c.c.;

II) dall'altro, si propende per la nullità del vincolo negoziale e per la conseguente soggezione dello stesso al regime contemplato dagli artt. 1421 e ss. c.c.;

III) secondo un'ulteriore opinione, si verificherebbe un effetto caducante automatico;

IV) infine, autorevole dottrina e recenti arresti giurisprudenziali, affermano l'inefficacia del vincolo negoziale.

Sempre secondo quanto esposto nell'anzidetta decisione n. 3465 del 2004 resa dalla Sezione V del Consiglio di Stato, il quadro interpretativo in materia sarebbe stato ulteriormente implementato - ancorché in via indiretta - per effetto dell'art. 14, comma 2 del D.L.vo 20 agosto 2002 n. 190 emesso in attuazione della L. 21 dicembre 2001, n. 443 ai fini della realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, laddove si esclude la "risoluzione del contratto" per effetto dell'eventuale annullamento dell'aggiudicazione di lavori

relativi alle infrastrutture oggetto di quella normativa speciale.

Al riguardo è stato rilevato, che il dato testuale della disposizione surriportata, che si riferisce all'istituto civilistico della risoluzione che ha una struttura propria ben delineata dal Codice Civile, non è di univoca lettura, atteso che può essere interpretato come eccezione che conferma la regola della nullità, ovvero che la caducazione del contratto medesimo, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, costituisca evento normale; per altro verso, è stato pure evidenziato che l'espressione ivi utilizzata dal legislatore risponde probabilmente all'esigenza, da lui avvertita, di non prendere posizione nell'ambito del non ancora sopito dibattito sulla questione di fondo.

La tesi che afferma l'annullabilità relativa del contratto, a sensi dell'art. 1441 c.c. ha invero caratterizzato, in misura univoca, la giurisprudenza della Cassazione Civile, ma ha trovato significativi riscontri anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., ad es., Cass., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; Cass., Sez. II, 8 maggio 1996 n. 4269, Cass., Sez. I, 28 marzo 1996 n. 2842; Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 2002 n. 570).

Tale tesi muove dal rilievo secondo cui gli atti amministrativi adottati nella procedura di evidenza pubblica, che precedono la stipulazione dei contratti iure privatorum, "non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, sicché i loro vizi, traducendosi in vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente" (così, puntualmente, Cass., Sez. II, n. 4269 del 1996): ossia, detto diversamente, il procedimento ad evidenza pubblica assume la funzione di salvaguardare la corretta formazione del consenso da parte della pubblica amministrazione, garantendo che essa scelga il contraente migliore tra tutti i partecipanti alla procedura concorsuale, essendo le relative norme dettate in via esclusiva a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione.

A favore della tesi dell'annullabilità del contratto in conformità dell'interesse dell'Amministrazione appaltante si afferma che tale soluzione sarebbe quella più idonea ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici, atteso che – diversamente - aderendo all'orientamento della nullità assoluta, qualunque terzo escluso dall'aggiudicazione potrebbe far valere, anche a distanza di tempo, l'invalidità radicale del contratto, travolgendone gli effetti.

Ferma restando la tesi dell'annullabilità, in altre ipotesi ne è stato individuato un diverso fondamento, ravvisando in taluni casi la sussistenza di un vizio del consenso per errore essenziale e riconoscibile sulla qualità di legittimo aggiudicatario dell'altro contraente (artt. 1428 e 1429, n. 3 c.c.), ovvero la sussistenza dei presupposti per annullare il contratto a sensi dell'art. 1425, primo comma, c.c., per una sorta di incapacità a contrattare dell'amministrazione ove sia caducata la delibera di contrattare (cfr. sul punto la dianzi citata sentenza di Cass., Sez. I, n. 2842 del 1996) o - ancora - per annullare il contratto ravvisando un difetto di legittimazione negoziale della pubblica amministrazione intesa come ipotesi concreta di incapacità rispetto allo specifico negozio, a fronte di una generale capacità giuridica e di agire del soggetto (cfr., ad es., Cass., sez. II, 21 febbraio 1995 n. 1885 e Cass., Sez. I, 13 ottobre 1985 n. 5712).

Peraltro, non tutte le fattispecie decise dalla Cassazione mediante le sentenze testè citate riguardano casi di precedente annullamento dell'aggiudicazione, per cui si dubita che l'effettivo decisum effettivamente si sostanzi nel diniego di travolgimento del contratto scaturente dall'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

La diversa tesi della nullità viene argomentata, in prevalenza, con riferimento al primo comma dell'art. 1418 c.c., il quale sanziona con la nullità il contratto contrario a norme imperative (c.d. nullità virtuale o extratestuale).

Il percorso argomentativo seguito dalla corrente giurisprudenziale che sostiene tale assunto muove dalla constatazione che l'invalidità che inficia il contratto stipulato con il privato contraente deriva dalla violazione di norme di azione disciplinanti il procedimento di gara ad evidenza pubblica.

Le norme che prescrivono le modalità da osservare nella scelta del contraente esprimono, infatti, un implicito divieto di stipulare il contratto con soggetti non siano risultati legittimi vincitori dalla pubblica selezione (cfr., ad es., Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002 n. 6281, la quale peraltro si sofferma sul caso - alquanto particolare - della carenza di potere della Pubblica Amministrazione in tema di rinegoziazione delle condizioni economiche previste in sede di aggiudicazione; cfr. altresì, ad es., T.A.R. Calabria, Sez. Reggio Calabria, 26 novembre 2002 n. 2031; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, nelle quali viene valorizzato il richiamo alla normativa sull'evidenza pubblica, diretta, attraverso la salvaguardia della parità di trattamento tra i concorrenti, ad assicurare i fondamentali valori di imparzialità e di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa - art. 97 Cost. - nonché di tutela dell'effettività della concorrenza ex artt. 2, 3, par. 1, lett. g), e 4 Trattato CE).

"Tale qualificazione della patologia si fonda sulla constatazione secondo cui la procedimentalizzazione della scelta del contraente ed il suo coordinamento a profili di interesse pubblico in ordine all'acquisizione della migliore offerta contrattuale, configurano una fattispecie complessa, nella quale convergono meri atti, operazioni materiali, provvedimenti, dichiarazioni di volontà del privato, e del quale la stipulazione del contratto rappresenta l'effetto finale. Ne consegue che l'invalidità di atti della serie procedimentale che incidano sulla legittimità dell'aggiudicazione non consentono alla suddetta fattispecie di conseguire il proprio perfezionamento giuridico, ed in primo luogo di determinare l'idem consensus (ovvero l'accordo) che costituisce elemento essenziale di ogni contratto. È noto che il vizio radicale del consenso, nel senso del suo difetto genetico originario, produce la nullità del contratto e non la semplice annullabilità, ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c." (T.A.R. Puglia, Bari, 23 ottobre 2002, n. 394).

La nullità del contratto è – altresì – riconosciuta nel caso di incompetenza assoluta dell'organo stipulante (ad es. Cass., Sez. II, 10 aprile 1978, n. 1668).

Sulla base di tali premesse, la nullità del contratto stipulato a seguito di procedura concorsuale illegittima viene quindi giustificata secondo tre diverse prospettive.

Un primo orientamento ritiene che l'annullamento (giurisdizionale o amministrativo) degli atti di gara per motivi di legittimità, facendo venire meno ex tunc il provvedimento di aggiudicazione, dà luogo ad una mancanza originaria del consenso dell'amministrazione all'assunzione del vincolo negoziale: la nullità del contratto si giustificerebbe, pertanto, alla stregua del combinato disposto delle previsioni di cui agli artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 1, c.c., con la

conseguenza dell'applicazione al riguardo della disciplina contenuta nell'art. 1421 e ss. c.c. (cfr. Cass., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193, ove testualmente si afferma che "il venir meno della deliberazione attraverso cui si è espressa la volontà dell'ente conduttore rende nullo il contratto per assenza del requisito dell'accordo tra le parti, ai sensi dell'art. 1325, n. 1 e dell'art. 1418, secondo comma, c.c.).

Potrebbe pure reputarsi, sempre in tale prospettiva ma relativamente all'ipotesi particolare dell'originaria mancanza o dell'annullamento ex tunc della deliberazione a contrarre, che l'inosservanza del principio della necessità della copertura finanziaria determini la nullità del contratto per mancanza della causa, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma, e dell'art. 1325, n. 2, c.c.

Secondo altra prospettazione, la nullità del contratto dovrebbe ricondursi alla generale previsione di cui all'art. 1418, primo comma, c.c. sotto il profilo della violazione di norme imperative nel caso in cui i vizi della serie procedimentale ad evidenza pubblica siano tali da determinare l'inidoneità del contratto a perseguire il vincolo di scopo assegnato all'amministrazione.

La tesi dell'inefficacia del contratto è stata sostenuta — tra le tante — nella decisione di Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666, secondo la quale la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, darebbe luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare.

In sostanza, secondo tale tesi, l'autorità amministrativa che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione medesima, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi (cfr., analogamente, Cass., Sez. I, 20 novembre 1985, n. 5712); ossia, "la categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia. E, infatti, nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene ab origine inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (cfr. Cass., Sez. II, 5 aprile 1976 n. 1197). Secondo tale impostazione, l'inefficacia sopravvenuta derivante dall'annullamento degli atti di gara ovvero del provvedimento di aggiudicazione (in sede giurisdizionale, amministrativa o in via di autotutela) è relativa, e può essere fatta valere solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione. … Più problematica appare, invece, la posizione dell'Amministrazione. Di regola il contratto rimane vincolante inter partes, nonostante l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, fino all'adozione di apposite iniziative da parte degli interessati. Tuttavia, appare meritevole di protezione anche l'interesse dell'Amministrazione a rimuovere gli effetti di situazioni ormai riconosciute illegittime. In tale eventualità, tuttavia, la P.A. può determinare l'inefficacia del contratto, ma attraverso il procedimento di annullamento degli atti di gara in via di autotutela, applicando i principi garantistici in materia (avviso di avvio del procedimento; congrua motivazione; adeguata valutazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento del contraente). Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già stato concluso, ritiene il Collegio preferibile la posizione dottrinale orientata nel senso dell'applicazione della normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, in quanto esprimente principi generali, applicabili anche alla Pubblica Amministrazione, quale persona giuridica ex art. 11 c.c., soggetta, quindi, oltre che alle norme di diritto pubblico, anche alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche (cfr., in tal senso, anche se nell'ambito della teoria della inefficacia del contratto per difetto di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto, Cons. St., Sez. VI, n. 2992 del 2003 cit.). Secondo tali principi, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale della Pubblica Amministrazione "non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima" (art. 23 e 25 c.c.). Questo criterio, invero, consente di tutelare la posizione del contraente di buona fede, ma allo stesso tempo consente di dare pieno riconoscimento alle ragioni di colui che abbia ottenuto l'annullamento di atti della fase di formazione (e segnatamente, dell'aggiudicazione) laddove possa essere esclusa la buona fede del contraente, travolgendo in tal caso detto annullamento la fattispecie contrattuale nella sua interezza" (cfr. dec. 6666 cit.).

Sempre secondo la decisione di Cons. Stato, Sez. IV, n. 6666 del 2003, un argomento sistematico in favore della tesi della inefficacia sopravvenuta potrebbe trarsi dall'art. 1, comma 2, della L. 21 dicembre 2001 n. 443, recante delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive, laddove si indica, tra gli altri, il principio e criterio direttivo (lett. n): "previsione, dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica …".

La delega è stata attuata per effetto del d.l. n. 190 del 2002, con il quale, per &appunto, si esclude che l'annullamento dell'aggiudicazione comporti la risoluzione del contratto nelle more stipulato dalla P.A.

Va ora considerato che, se il legislatore, in applicazione di una facoltà ad esso segnatamente riconosciuta dalla direttiva 89/665 (art. 2, par. 5 e 6) — che postula il principio in forza del quale, di regola, la stipulazione del contratto non preclude affatto la reintegrazione in forma specifica, anche se gli Stati membri potrebbero introdurre norme interne con tale contenuto — ha avvertito la necessità di stabilire una apposita norma derogatoria di tale principio in un particolare settore, ciò allora significa che, in linea generale, la stipulazione del contratto non è di ostacolo alla tutela in forma specifica della parte interessata, assicurata attraverso la verifica del contratto e la conseguente possibilità di subentro; d'altronde, il riferimento del legislatore delegato alla risoluzione del contratto conseguente all'annullamento della procedura di scelta del contraente (anche se — a ben vedere — operato per escludere nella specie l'applicabilità della risoluzione medesima) sembra far propendere per il rifiuto della categoria della invalidità e per l'adesione a quella della perdita di efficacia del contratto.

Peraltro, si è poi fatto strada nella giurisprudenza l'orientamento della caducazione automatica (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998 n. 677, in un caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; Cons. Stato, Sez. V, 30 marzo 1993 n. 435, che afferma il travolgimento automatico del contratto per effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione; Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2000 n. 244, muovendo dal principio di conservazione degli atti, per cui la graduatoria della gara conserva i suoi effetti per il caso in cui venga meno la prima aggiudicazione, afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del primo graduato comporta l'aggiudicazione automatica in favore del secondo graduato; di recente, Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003 n. 1218; Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2003, n. 1518). Tale tesi è stata, poi, approfondita anche da Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, dove è stata – tra l'altro - ripresa la teorica dell'inefficacia del contratto per mancanza legale del relativo procedimento, vale a dire per carenza del presupposto legale di efficacia del contratto costituito dalla fase di evidenza pubblica, riconducendone l'effetto al principio generale, proprio anche dei negozi giuridici privati collegati in via necessaria, secondo cui simul stabunt, simul cadent.

Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2003 n. 2992, accoglie l'impostazione tradizionale relativa alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente, ma con il temperamento costituito dalla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2 e 25, comma 2, c.c., applicabili alla Pubblica amministrazione in quanto persona giuridica – sensi dell'art. 11 dello stesso codice (cfr. Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992).

9.3. Tutto ciò premesso, anche questo Collegio, sulla scorta di quanto già a suo tempo affermato dalla Sezione con sentenza n. 398 dd. 21 febbraio 2006, condivide la tesi dell'efficacia caducante dispiegata dall'annullamento (sia giurisdizionale, sia disposto in via di autotutela o per effetto dell'accoglimento di un ricorso giustiziale) del provvedimento di aggiudicazione nei riguardi del contratto vigente inter partes, e ciò avendo essenzialmente riguardo al rapporto di consequenzialità necessaria che sussiste tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato. A tale riguardo, il Collegio reputa necessario muovere il proprio ragionamento dall'inevitabile sussistenza di un raccordo fra gli atti della serie pubblicistica finalizzata alla scelta del contraente ed il contratto stipulato all'esito dell'aggiudicazione.

Tale raccordo induce infatti ad interrogarsi in ordine all'applicabilità, al caso in esame, della distinzione elaborata in sede giurisprudenziale, in relazione agli atti amministrativi, tra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante. Tale distinzione risale – come è ben noto - alla pronuncia di Cons. Stato, A. P., 19 ottobre 1955 n. 17, e si fonda sulla diversa intensità che contraddistingue il nesso di presupposizione o di derivazione intercorrente tra atti, ed in particolare tra atto annullato e atto successivo.

La distinzione medesima, in buona sostanza, consente di misurare il diverso grado di incidenza pregiudiziale tra atto presupposto (annullato) e atto consequenziale, ossia consente di evidenziare come tali due termini della distinzione siano accomunati dall'esistenza di un nesso di derivazione o presupposizione fra c.d. "atto a monte" e c.d. "atto a valle".

Tuttavia, mentre nel caso di invalidità ad effetto viziante l'atto c.d. "a valle", l'atto consequenziale deve essere impugnato per essere eliminato dal mondo giuridico (resistendo all'annullamento dell'atto presupposto), nel caso di invalidità ad effetto caducante, l'annullamento dall'atto presupposto implica l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale senza bisogno di proporre un'impugnativa ad hoc.

Se così è, diviene a questo punto indispensabile chiarire se tale meccanismo sia applicabile anche nei rapporti tra atti amministrativi ed atti negoziali di diritto privato: atti, questi, che assodatamente appartengono a seriazioni giuridiche ontologicamente eterogenee.

Il Collegio, a tale proposito, reputa sulla scorta di quanto già evidenziato dalla predetta decisione di Cons. Stato, Sez. V, n. 3465 del 2004, che la diversa natura degli atti in questione non escluda l'applicabilità della sopra illustrata distinzione, essendo rilevante, in via esclusiva, l'obiettiva connessione (presupposizione o derivazione) fra atto primario ed atto consequenziale (nel nostro caso, di natura pubblicistica il primo, privatistica il secondo).

La validità di tale ricostruzione è comprovata dal riconoscimento, in sede giurisprudenziale e dottrinale, della sussistenza del nesso di derivazione fra atti di natura giuridica eterogenea, come ad esempio al rapporto fra regolamento e provvedimento amministrativo (valorizzando il profilo di fonte del diritto del regolamento), ovvero fra sentenza ed atto amministrativo adottato in esecuzione della prima, o – ancora - fra accordo endoprocedimentale e provvedimento finale (aderendo, peraltro, in quest'ultimo caso alla tesi che configura l'accordo in un'ottica civilistica).

Se così è, e dimostrata l'applicabilità della richiamata distinzione anche ad atti di natura diversa, deve essere precisato che il nesso di connessione fra atti non sussiste soltanto in caso di legame endoprocedimentale (è, ad esempio, il caso della connessione accordo - provvedimento di cui all'art. 11 della L. 241 del 1990) ma anche nell'ipotesi di preordinazione funzionale (ossia, legame esterno) fra atti.

Tale evenienza ricorre proprio nel legame fra aggiudicazione e contratto, aderendo alla prevalente ricostruzione che configura tali atti, rispettivamente, come ultimo atto della serie pubblicistica e primo atto della serie privatistica: e che la predetta, "intensa connessione" (preordinazione funzionale) tra aggiudicazione e contratto sussista è giuridicamente evidente (cfr. Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 2003 n. 1: "Pur senza affrontare la questione generale del rapporto processuale tra azione di annullamento degli atti amministrativi e quella del risarcimento del danno dai medesimi eventualmente provocato, nell'ambito della nuova disciplina del processo amministrativo, un rapporto di pregiudizialità necessaria può, comunque, porsi tutte le volte che si sia di fronte alla necessità di stabilire le conseguenze dell'annullamento degli atti di gara sul contratto eventualmente stipulato tra Amministrazione appaltante e originario aggiudicatario; in tal caso, la previa proposizione del ricorso giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, e la definizione del relativo giudizio, appare, comunque, necessaria, posto che si tratta di stabilire quali siano le conseguenze, sul contratto di appalto nelle more stipulato tra Amministrazione ed aggiudicatario, dell'avvenuto

annullamento degli atti di gara a seguito del ricorso del partecipante non aggiudicatario").

La medesima, "intensa connessione" risulta, peraltro, ex se intuitiva, posto che, post hoc et propter hoc, essa identifica la fase dell'evidenza pubblica che determina e genera, in via esclusiva e necessaria, la controparte del rapporto contrattuale.

"Chiarita la stretta ed intensa consequenzialità fra aggiudicazione e contratto, occorre comprendere il meccanismo giuridico in forza del quale l'annullamento giurisdizionale, ovvero l'eliminazione a seguito di autotutela o di ricorso giustiziale, degli atti della procedura amministrativa importa la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato. In primo luogo occorre premettere che l'efficacia caducante è cosa diversa dalla nullità del contratto successivamente stipulato. Nonostante alcune somiglianze (come, ad esempio, la declaratoria ex officio da parte dello stesso giudice che pronuncia l'annullamento), non può dirsi che il contratto successivamente stipulato sia invalido a causa della demolizione giuridica del provvedimento di aggiudicazione. Al contrario, al contratto in questione si attaglia la situazione negativa di "mancanza di effetti". L'inefficacia è una categoria concettuale che non trova nel codice civile del 1942 una considerazione unitaria e generale (a differenza della nullità e della annullabilità); è, inoltre, una figura che presenta una estensione maggiore rispetto alla invalidità, nonché una diversa morfologia ed un diverso trattamento normativo. L'in sé di tale figura, come messo in rilievo dalla maggioritaria dottrina civilistica, è l'idoneità a meglio realizzare il trattamento corrispondente agli interessi in gioco (in contrasto con la disciplina - rigida - dell'invalidità). Tale tesi affonda le radici nel pensiero della pandettistica che ben distingue tra inefficacia ed invalidità, approfondendo con acume e rigorosa considerazione la autonomia dell'"atto" rispetto al "rapporto".

L'inefficacia è pertanto una qualificazione giuridica di contenuto negativo che l'ordinamento riserva a tutti i casi di inidoneità dell'atto a produrre effetti giuridici che ne realizzino la funzione. Sulla base di tale impostazione, si ritiene di dover prendere le mosse dalla tesi sostenute nelle decisioni di Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332 e Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666. In particolare, mentre nella prima decisione l'efficacia caducante viene ricondotta alla carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, carenza determinata dall'annullamento dell'aggiudicazione, nella seconda l'inefficacia sopravvenuta del contratto viene ricondotta alla mancanza del requisito della legittimazione a contrarre, derivante dall'annullamento degli atti di gara. Al riguardo, in parte diversamente argomentando rispetto agli arresti ora citati, ferma restando l'adesione alla tesi della caducazione automatica, (si reputa) che i termini della questione debbano essere ricostruiti alla luce della categoria dell'inefficacia successiva, che ricorre allorché il negozio pienamente efficace al momento della sua nascita divenga inefficace per il sopravvenire di una ragione nuova di inefficacia, quest'ultima da intendersi come inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza ab externo di interessi giuridici di rango poziore incompatibili con l'interesse interno negoziale. Tale interferenza non implica alcuna alterazione strutturale della fattispecie contrattuale, incidendo unicamente sulla funzione dell'atto ovvero, per meglio dire, sul momento effettuale; in tali casi l'ordinamento è chiamato a risolvere un problema di contrasto fra situazioni effettuali: non viene in rilievo l'atto sotto il profilo genetico (validità o invalidità), bensì la sua efficacia. L'inefficacia successiva, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente ma diversamente dalla seconda incontra il duplice limite delle situazioni soggettive che si siano già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l'inefficacia (arg. ex artt. 1452, 1458, secondo comma, 1467 e 2901 c.c.) e delle prestazioni già eseguite nei negozi di durata.

La fondatezza dell'assunto si coglie considerando che il negozio giuridico, atto di autoregolamento di privati interessi, vincolando le parti alla realizzazione nel tempo dell'obiettivo programmato, rimane esposto al verificarsi di fatti e vicende, inerenti ad altri tipi di interessi delle parti o di terzi, che sopravvenendo interferiscono con il ciclo di efficacia del contratto. Nel caso in esame, inoltre, l'interferenza dell'interesse esterno è mediata da una pronuncia giurisdizionale (di annullamento degli atti di gara) che dà la stura al meccanismo di travolgimento automatico dell'atto della serie privatistica. L'interesse superiore di cui si tratta è consacrato dalle prescrizioni di evidenza pubblica, che una antica ed ormai superata tesi riteneva volte esclusivamente al soddisfacimento dell'interesse particolare della pubblica amministrazione. Invero, è di recente acquisizione che le prescrizioni in tema di procedure di gara, interna o comunitaria, devono essere lette nell'ottica della tutela dell'interesse generale. I principi fondamentali della concorrenza e del mercato - (articoli 2, 3, par. 1, lettera g, e 4 Trattato CE) - (affermati con forza soprattutto in sede comunitaria) nonché del buon andamento e dell'imparzialità (come enunciati dall'art. 97 della Costituzione) sono valori in stretto collegamento fra loro, elevati a canoni fondamentali dell'intera azione amministrativa per la cura e la protezione di interessi pubblici di primario rilievo (assurti, ormai, a veri e propri principi del diritto pubblico dell'economia vivente). Tale prospettiva è decisamente valorizzata dal diritto comunitario che, nella materia che ci occupa, è proteso alla salvaguardia dei valori della concorrenza e, quindi, della libertà competitiva delle singole imprese. L'interesse poziore esterno (alla scelta del legittimo contraente), valorizzato e consacrato dalla sentenza di annullamento dell'atto amministrativo, espone il contratto già stipulato ad una vicenda effettuale di carattere negativo, spiegabile come precarietà ex post di carattere peculiare" (così, puntualmente, Cons. Stato, Sez. V, n. 3465 del 2004).

In ordine alle conseguenze derivanti dall'inefficacia successiva, la decisione di Cons. Stato, Sez. V, n. 3465 del 2004 testè citata per ampi brani, precisa pure "che essa deve formare oggetto di mera declaratoria da parte dello stesso giudice che pronuncia la sentenza costitutiva di demolizione dell'atto gravato (coerentemente alla pienezza di giurisdizione che il legislatore del 1998 e del 2000 ha voluto riconoscere al plesso giurisdizionale amministrativo), ed infine che essa non estende i suoi effetti sulle prestazioni medio tempore eseguite. In punto di giurisdizione la soluzione esposta esclude in radice il sorgere di dubbio alcuno circa la spettanza della potestas decidendi (in ordine alla declaratoria di inefficacia) in capo al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva. È, infatti, evidente che non viene in rilievo una vicenda propria del contratto (come potrebbe essere un suo aspetto patologico), ma (si considerano) degli effetti automaticamente prodottisi sulla fattispecie contrattuale per effetto dell'annullamento della procedura amministrativa di gara (o di un suo segmento). Di qui il corollario, coerente con le esigenze di

concentrazione e pienezza della tutela, che il giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva sulla procedura di affidamento, indagherà anche sugli effetti prodotti dall'annullamento della procedura sul contratto medio tempore stipulato. Diversamente opinando sarebbe reintrodotta, in palese contrasto con le scelte del legislatore del 1998-2000, il dispendioso sistema che costringeva il cittadino alla moltiplicazione dei giudizi, con passaggio dall'una all'altra giurisdizione, per poter conseguire il bene dell'effettività della tutela" (cfr. ibidem).

9.4. Venendo, dunque, al caso di specie –inefficacia del contratto stipulato tra –Istituto Assistenza Anziani e –associazione temporanea di imprese Notarimpresa – Easy Light Impianti S.r.l. va senz'altro dichiarata, in relazione a tutto quanto dianzi esposto, trattandosi di conseguenza necessitata dalla statuizione di annullamento.

Tuttavia risulta altrettanto assodato che la statuizione stessa non può rimuovere gli effetti materiali del contratto anzidetto già prodottisi, ivi compresa dunque la prestazione di fatto comunque effettuata dalla parte controinteressata a favore dell'Istituto e il conseguente suo diritto a percepire il compenso previsto nel pur caducato contratto con riferimento alla parte di prestazione sin qui svolta.

Inoltre, –indubbio stato di avanzamento delle opere (cfr. doc.ti nn. 1, 2 e 3 della parte controinteressata) inducono a ravvisare, nella specie, la sussistenza di motivi di pubblico interesse affinché la medesima controinteressata completi con celerità i lavori residui, avendo riguardo all'esigenza di una rapida consegna dell'opera –Amministrazione committente per la sua altrettanto pronta utilizzazione a beneficio della collettività: risultato questo, che verrebbe - per contro – prevedibilmente impedito da un subingresso della parte ricorrente nell'esecuzione della parte conclusiva, posto che notoriamente in evenienze consimili si determinano rallentamenti –attività lavorativa e difficoltà burocratico-organizzative suscettibili di alimentare ulteriori contenziosi in un contesto comunque non integralmente soddisfacente delle ragioni della parte ricorrente.

Quest'ultima, per contro, in dipendenza dell'accoglimento dell'impugnativa in epigrafe avrà diritto a chiedere e ad ottenere dall'Istituto assistenza anziani il risarcimento del danno subito, con possibilità di adire questo stesso giudice –ipotesi che –Istituto medesimo ne ricusi la corresponsione, ovvero non lo riconosca nel suo giusto ammontare.

A tale proposito, il Collegio sin d'ora specifica che il risarcimento del danno che dovrà essere liquidato in favore di Cellini (la quale, ove non fosse intervenuto il secondo sorteggio contra ius, avrebbe indubbiamente realizzato i lavori in questione) dovrà consistere nel riconoscimento a tale impresa del medesimo utile, al netto delle spese sostenute e al lordo delle imposte, che la parte controinteressata avrà complessivamente tratto in dipendenza della commessa ricevuta dall'Istituto, nonché di un'altrettanto adeguata somma a compensazione della mancata qualificazione: il tutto, ovviamente maggiorato di interessi e di rivalutazione del credito, sino al soddisfo del medesimo.

10. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere, peraltro, integralmente compensati tra le parti in dipendenza della particolarità della questione trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per –effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del 27 aprile 2007.

Il Presidente –Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 14 maggio 2007.