

Aggiudicazione della gara per silenzio?

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 3-11-2017

La proposta di aggiudicazione *ex art.* 33, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, quale atto di natura endoprocedimentale, è impegnativa nei confronti della sola impresa cui è indirizzata e non anche della stazione appaltante che ha bandito la gara cui spetta, comunque, la manifestazione di una volontà espressa per la determinazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5, d.lgs. *cit.*; ragion per cui quest'ultima non si può perfezionare *per silentium*.

Conforme Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2011, n. 2479; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 luglio 2017, n. 1153. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Guida alla lettura

La vicenda in esame concerne l'impugnazione del **diniego di aggiudicazione** disposto nei confronti di un'impresa partecipante a una gara d'appalto indetta da una Provincia (per conto di un Comune) all'esito di una procedura aperta *ex art.* 60, d.lgs. n. 50/2016 avente a oggetto i lavori di realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria per insediamenti di edilizia popolare pubblica.

La stazione appaltante, dopo l'esperimento della gara, adottava la **proposta di aggiudicazione *ex art.* 33, comma 1, d.lgs. n. 50/2016** in favore di una concorrente.

Avviava, poi, la procedura di **soccorso istruttorio** *ex art.* 83, comma 9, d.lgs. *cit.* invitando quest'ultima a precisare le risorse e i mezzi messi a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria con cui aveva stipulato un contratto di avvalimento, per sanare le carenze riscontrate.

Le integrazioni presentate, tuttavia, non superavano le irregolarità del contratto di avvalimento, ragion per cui la P.A. disponeva il **diniego di procedere all'aggiudicazione della gara**.

Avverso questa determinazione, la concorrente ha proposto ricorso dinanzi al T.A.R. di Bari chiedendo di **dichiararsi** l'avvenuta **aggiudicazione**, maturata a suo avviso *per silentium* e, in subordine, l'accertamento della validità del contratto di avvalimento. In particolare, ha sostenuto che il decorso del **termine di trenta giorni** dal ricevimento della proposta di aggiudicazione, avrebbe determinato *ex se* il perfezionamento dell'aggiudicazione a suo favore. Deduceva, altresì, l'illegittimità della richiesta di **ulteriori chiarimenti** sul contratto di avvalimento sulla base di un precedente rigetto, fondato sulle medesime ragioni, dell'istanza di autotutela avanzata da altro o.e..

Hanno preso parte al giudizio sia la stazione appaltante che la controinteressata la quale, tra l'altro, ha proposto ricorso incidentale.

L'adito G.A. ha ritenuto che il decorso del termine di trenta giorni non avesse determinato la formazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 32, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, bensì l'**approvazione per silentium** della (sola) sua **proposta ex art. 33 cit.**

E, infatti, ha sottolineato il Collegio che per il provvedimento finale di gara occorre una **manifestazione di volontà espressa** da parte della stazione appaltante che esercita, oltreché un potere di controllo su eventuali anomalie dell'offerta, soprattutto una **valutazione discrezionale della proposta** suddetta.

Com'è noto, invero, già con la previgente disciplina di cui al **d.lgs. n. 163/2006**, in seguito alla scadenza del termine di trenta giorni dal ricevimento di quella che veniva definita "**aggiudicazione provvisoria**" da parte del concorrente, ovvero dalla mancata pronuncia dell'organo competente, la giurisprudenza aveva ritenuto che, ai sensi dell'**art. 12**, vecchio Codice, risultava approvata per silenzio (solo) l'aggiudicazione provvisoria e non, per quanto testé riferito, quella definitiva.

Orbene, il G.A. barese, nella sentenza qui segnalata, al fine di scollegare la formazione dell'aggiudicazione dal mero decorso dell'indicato termine, ha mutuato l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza, tuttavia, per il regime contrattualistico previgente.

Sicché ha concluso che potesse perfezionarsi per silenzio (solo) la proposta di aggiudicazione.

Tanto, però, poteva aver senso in costanza del **d.lgs. n. 163/2006**, atteso che, sulla sua scorta, all'**aggiudicazione provvisoria** era stata (finanche) inizialmente affidata **natura provvedimentale** (da qui la prima giurisprudenza che ne imponeva la tempestiva impugnazione, dichiarando, per converso, inammissibile il gravame sull'aggiudicazione definitiva ove non preceduto dall'impugnazione di quella provvisoria); non a caso il citato art. 12, comma 1, ancorando l'approvazione dell'aggiudicazione al silenzio, non specificava di quale aggiudicazione si trattasse. L'**interpretazione successiva** – è fatto notorio – ha invece ravvisato in quest'ultima il carattere di **atto endoprocedimentale** con tutte le conseguenze del caso.

Con il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016, invece, la **proposta di aggiudicazione**, com'è noto, non determina **alcun vincolo futuro per la P.A.**, suggellando formalmente l'impegno del solo operatore economico; non a caso la sua emanazione, oltre a non far sorgere **alcun rapporto obbligatorio** fra la s.a. e l'o.e., non genera un **affidamento qualificato** da parte **dei concorrenti**, risultando esposta a revisioni che possono condurre al suo annullamento (Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2011, n. 2479). La proposta, ad avviso di chi scrive, potrebbe anche non possedere i requisiti propri dell'atto endoprocedimentale.

Se tanto è vero, riconoscere il perfezionamento della proposta di aggiudicazione per silenzio, potrebbe non portare **alcuna utilità pratica**, nonostante risulti più che plausibile lo sforzo del T.A.R. di Bari di addurre siffatta esegesi all'art. 33, d.lgs. n. 50/2016 per conferire un qualche

effetto utile alla norma.

E allora non sembra irragionevole, in conclusione, sottolineare come, a quest'ultimo fine, il legislatore potrebbe non escludere la possibilità di **eliminare** dalla disposizione in parola il riferimento all'**approvazione della mera proposta** all'esito del decorso dei trenta giorni, ovvero, al contrario, prevedere espressamente il **perfezionamento dell'aggiudicazione per mero silenzio**.

In ogni caso il T.A.R. ha respinto il ricorso.

Publicato il 17/10/2017

N. 01049/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00674/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 674 del 2017, proposto da:
Giacomo De Palma, impresa individuale in persona dell'omonimo legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuele Tomasicchio, Giacomo Tarantini, con domicilio
eletto presso lo studio Francesco Paolo Avv. Di Modugno in Bari, via Maggiore Turitto, n. 3;

contro

Provincia di Foggia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Nicola Martino, con domicilio eletto presso il suo studio in Foggia, via Telesforo,
n. 25;

Comune di Monte Sant'Angelo non costituito in giudizio;

nei confronti di

Cise Costruzioni, impresa individuale in persona del titolare e legale rappresentante p.t. ing. Michele Santoro, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Violi, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Quintino Sella, n. 40;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota del 4 maggio 2017, protocollo n. 26779 recante mancata approvazione dei verbali di gara e restituzione di essi alla commissione giudicatrice;
- della nota della S.U.A. del 22.5.2017, prot. 30581, di riconvocazione della Commissione giudicatrice e di quella successivo di differimento al giorno 6.6.2017 di detta riconvocazione;
- di ogni altro atto connesso presupposto e/o consequenziale;

nonché per l'accertamento e la declaratoria

- dell'avvenuta aggiudicazione definitiva *per silentium* ex art. 33, co. 1, **D.lgs. 50/2016**, con correlativa condanna delle competenti parti resistenti a procedere alla stipula del contratto de quo;

in via subordinata in caso di rigetto della domanda principale:

- per l'annullamento della nota del 21.3.2017 della S.U.A. di Foggia, delle note del 3.2.2017 e del 7.2.2017, limitatamente alla parte in cui non danno atto della già avvenuta maturazione dell'aggiudicazione definitiva della gara in suo favore;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale, subordinato e condizionato all'accoglimento del motivo sub 2 del ricorso principale, presentato per conto di CISE COSTRUZIONI dall'Ing. Michele Santoro il 24.6.2017:

per l'annullamento

della nota della Provincia di Foggia - Stazione Unica Appaltante prot. n. 17073 del 21.3.2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia della Foggia e dell'Ing. Michele Santoro - Cise Costruzioni, ed il ricorso incidentale di quest'ultimo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2017 la dott.ssa Cesira Casalanguida;

Uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso notificato il 5.6.2017 e depositato il 19.06.2017, il sig. Giacomo De Palma, quale legale rappresentante della omonima impresa edile individuale, impugna gli atti in epigrafe specificati e chiede, inoltre, l'accertamento e la declaratoria dell'avvenuta aggiudicazione definitiva, maturata *per silentium* ex art. 33, co. 1, **D.lgs. n. 50/2016**.

Espone in fatto che:

- in data 13.09.2016, la Provincia di Foggia, quale stazione appaltante unica (di seguito anche S.U.A.), indiceva per conto dell'amministrazione aggiudicatrice Comune di Monte Sant'Angelo, una gara mediante procedura aperta per i "*Lavori di realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria nell'ambito di insediamenti di edilizia popolare pubblica, comparto C 1/2 dell'abitato del Comune di Monte Sant'Angelo*";
- il 14.12.2016, all'esito della procedura, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria in suo favore;
- il 3.2.2017 riceveva, per conoscenza, copia della nota con cui la S.U.A. rigettava un'istanza di autotutela dell'avv. Gianfranco Di Mattia, da cui si evinceva, altresì, che il medesimo disponeva di documenti che, fino a quel momento non avrebbero potuto essere oggetto di ostensione, quali in particolare, il contratto di avvalimento ed il cronoprogramma;
- non ha mai ricevuto alcuna comunicazione di avvenuta presentazione di istanza di accesso;
- in data 7.02.2017 riceveva altra risposta della stazione appaltante inviata ad altra impresa che aveva presentato anch'essa richiesta di annullamento in autotutela e anche tale concorrente risultava in possesso di informazioni ritenute non ostensibili;
- con nota del 21.03.2017, la Provincia di Foggia le ha richiesto precisazioni e documentazione integrativa riferite al contratto di avvalimento, puntualmente riscontrata;
- il 4.05.2017 la S.U.A. notificava la non approvazione dei verbali di gara, il rifiuto di procedere all'aggiudicazione e la restituzione degli atti alla commissione, affinché si riunisse nuovamente per confermare la decisione dell'ufficio;

- con atto di diffida evidenziava la ritenuta illegittimità dell'operato della S.U.A.;

- i concorrenti venivano convocati dalla commissione per il 26 maggio, incontro successivamente differito al 6 giugno.

2. - Costituiscono motivi di ricorso:

2.1. - Violazione di legge, in particolare, dell'art. 33 **D.lgs. n. 50/2016** e degli artt. 2 e 3 L. n. 241/1990, oltre che del Regolamento interno della S.U.A. art. 3 lett. o), q) ed r). Eccesso di potere sotto vari profili.

La ricorrente richiama la previsione di cui all'art. 33 comma 1 del Codice appalti laddove prevede che, decorso il termine di trenta giorni dalla proposta di aggiudicazione definitiva formulata dalla Commissione, detta proposta si intende approvata.

Sostiene che, essendo la proposta di aggiudicazione definitiva del 14.12.2016, i termini per provvedere sarebbero scaduti il 13.01.2017, tanto che ogni successiva attività risulterebbe effettuata in carenza assoluta di potere e difetto dei presupposti. Aggiunge che l'unico potere che permane in capo alla S.U.A. anche dopo la scadenza del termine suindicato è quello della eventuale autotutela di cui non vi sarebbe traccia negli atti del procedimento relativi alla gara in questione.

Lamenta, inoltre, la contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione, desumibile dal diverso atteggiamento tenuto, dapprima, con le due note di riscontro alle istanze di due imprese concorrenti (intese ad evidenziare la ritualità dell'aggiudicazione) e, dopo, con l'adozione delle note gravate, di segno opposto.

Deduce, altresì, la violazione del Regolamento interno della S.U.A., in particolare, delle previsioni di cui alle lett. o), q) ed r). Più specificamente censura l'operato della stazione appaltante per non aver adottato nei termini il provvedimento di aggiudicazione definitiva, per non essersi limitata al controllo di sua competenza, tanto da arrivare a rimettere gli atti alla Commissione affinché *"in seduta pubblica, confermi la decisione espressa da questo Ufficio"*.

2.2. - Nel caso di mancato accoglimento dei vizi di cui al primo motivo di ricorso, deduce la violazione dell'art. 89 **D.lgs. 50/2016** ed art. 88 **D.P.R. 207/2010**. Eccesso di potere sotto vari profili. Incompetenza.

Contesta, in via subordinata, la richiesta di documentazione integrativa da parte della S.U.A., inviata a poteri già consumati e in modo contraddittorio rispetto a quanto prima evidenziato nelle note inviate alle due concorrenti. Rileva l'incompetenza della S.U.A., dovendosi essa limitare (tramite il RUP) solo ad un controllo formale sugli atti e alla verifica dei requisiti.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla S.U.A. nega che l'impresa ausiliaria si sarebbe impegnata a mettere a disposizione n. 9 unità di personale, essendosi limitata a dichiarare di avere un organico pari a n. 9 unità lavorative (n. 4 sarebbero quelle messe a disposizione).

Contesta gli ulteriori rilievi mossi dalla S.U.A., come quelle riferite ad automezzi e possesso delle attrezzature e alla presunta violazione dell'art 89 del codice appalti.

3. – Si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, la CISE Costruzioni dell'ing. Santoro.

La controinteressata ha puntualizzato in fatto che:

- la pubblicazione della graduatoria provvisoria e la stessa proposta di aggiudicazione a favore della ditta De Palma Giacomo, avvenute in data 14.12.2016, non sono state precedute dalla pubblicazione, a termini dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., dell'elenco dei concorrenti ammessi alla gara all'esito della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali previsti dalla relativa *lex specialis*;
- solo in seguito alla presentazione (il 21.12.2016) di istanza di accesso per “*prendere visione della documentazione di gara dell'aggiudicatario provvisorio*” (accesso esercitato il 5.1.2017), essa ha avuto modo di acquisire copia del contratto di avvalimento prodotto in sede di gara dalla ditta De Palma Giacomo e intercorso tra quest'ultima e la società Edilbat S.r.l.;
- rilevata la genericità, indeterminatezza ed insufficienza del contratto di avvalimento, ha sollecitato con due istanze la S.U.A. a ritirare in autotutela il provvedimento di ammissione delle ditte risultata aggiudicataria provvisoria;
- solo con la notificazione del ricorso del presente giudizio ha appreso del procedimento avviato dalla Provincia di Foggia il 21.3.2017.

Resiste, pertanto, al ricorso eccependo la sua inammissibilità per tardività dell'impugnazione della suddetta nota del 21.3.2017

Ritiene, in ogni caso, infondato il ricorso nel merito:

- 3.1. - con riferimento al primo motivo, nega che il decorso del termine di cui all'art. 33, comma 1, del **D.lgs. n. 50/2016**, avrebbe ex se determinato il perfezionamento *per silentium* dell'aggiudicazione definitiva, non essendo stata la proposta di aggiudicazione “approvata”.

Afferma al riguardo che l'inutile decorso del termine di trenta giorni di cui all'art. 12, comma 1, del **D.lgs. n. 163/2006** (oggi, art. 33, comma 1, del **D.lgs. n. 163/2006**) comporta non già l'aggiudicazione definitiva, ma soltanto l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria della gara (oggi, proposta di aggiudicazione). Richiama la competenza alla stessa S.U.A. riconosciuta sia *ex lege* che *ex art. 3, lett. q)*, del rispettivo Regolamento (a termini del quale la S.U.A. “*adotta la determinazione di aggiudicazione definitiva...*”) e sostiene che il potere ad essa attribuito – quello di verificare gli atti della Commissione di gara – non si sarebbe affatto consumato. Nega che alcuna comunicazione di aggiudicazione definitiva sia stata effettuata dalla S.U.A. ex art. 76 del **D.lgs. n. 50/2016**.

- 3.2. - Deduce, altresì, sull'infondatezza del secondo motivo di ricorso riferito alle doglianze

avverso la nota con cui la S.U.A., a seguito del procedimento di verifica dei requisiti, ha ritenuto il contratto di avvalimento non conforme a quanto previsto dall'art.

89 del **D.lgs. 50/2016** e dall'art. 88 del **D.P.R. n. 207 del 5.10.2010**, rimarcando l'indeterminatezza e genericità dei requisiti e delle risorse messe a disposizione, tale da non consentire neppure l'esercizio del potere di controllo di cui al comma 9 dell'articolo citato.

Contesta, in proposito, la documentazione integrativa prodotta il 27.3.2017 dalla ricorrente, mettendo in dubbio, innanzitutto, la legittimità dell'esercizio del soccorso istruttorio, e ritenendo, comunque, che la ricorrente non si sia limitata a giustificare/specificare nel dettaglio le risorse messe a disposizione della stessa dall'ausiliaria in ragione del contratto di avvalimento, provvedendo piuttosto ad un'inammissibile (anche in fase di soccorso istruttorio) integrazione delle risorse indicate nel medesimo contratto.

4. - La controinteressata ha proposto, altresì, ricorso incidentale, notificato il 22.6.2017 e depositato il 24.06.2017, subordinato e condizionato all'ipotesi di accoglimento del secondo motivo di ricorso principale.

Più specificamente ha impugnato la nota della stazione appaltante, prot. n. 17073 del 21.3.2017, sostenendo di averne avuto conoscenza solo a seguito della notificazione dell'avverso ricorso, nella parte in cui il Dirigente della S.U.A., dopo avere dato atto della genericità e indeterminatezza della documentazione esibita ai fini dell'avvalimento, ha ritenuto di esercitare il potere di soccorso istruttorio, consentendo alla ricorrente di integrare *ex post* un requisito di partecipazione alla gara, anziché denegare immediatamente l'aggiudicazione definitiva e rimettere gli atti alla Commissione di gara. Nega che, in sede di gara pubblica, le riscontrate lacune dei contratti di avvalimento possano essere colmate mediante soccorso istruttorio.

5. La ricorrente, con memoria depositata il 26.6.2017, ha chiesto, in via preliminare la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica per violazione dell'art. 53 commi 2 e 4 **D.lgs. 50/2016**, sul differimento del diritto di accesso e sul reato ex art. 326 c.p. per i casi di violazioni delle previsioni di cui ai commi 2 e 3, come previsto dal comma 4 della medesima norma.

Sostiene in proposito che la S.U.A., non solo, avrebbe consentito l'accesso, ma che lo avrebbe fatto senza darne comunicazione.

Replica in rito all'eccezione di tardività dell'impugnazione della nota 21.03.2017, sostenendo che la lesività della medesima si è concretizzata solo a seguito della nota del 4.5.2017, quando la S.U.A. si è rifiutata di approvare i verbali di gara, ritenendo ritenendolo illegittimo l'avvalimento.

Nel merito ha replicato alla difesa della controinteressata.

5.1. - Quanto al ricorso incidentale ne ha eccepito la tardività, ritenendo che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione tacita formatasi in capo alla controinteressata sia spirato, proprio in forza dell'avvenuto accesso agli atti, avvenuto il 5.1.2017. Sostiene che da tale data

la controinteressata era a conoscenza di tutti i documenti presentati dalla ditta odierna ricorrente in sede di gara e, pertanto, laddove ne avesse ritenuto illegittima l'ammissione avrebbe dovuto impugnare l'ammissione stessa nei termini di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.

Nega che la nota del 4 maggio, avente ad oggetto "*precisazione e documentazione integrativa*" possa ritenersi espressione del procedimento di soccorso istruttorio che non risulterebbe mai attivato e, in ogni caso, sarebbe comunque viziato per violazione dell'art. 83 comma 9 del **d.lgs. 50/2016**.

Argomenta sull'infondatezza nel merito del ricorso incidentale ritenendo che quanto prodotto in sede di offerta sia idoneo a superare le contestazioni sollevate dalla controinteressata e riferite, in particolare: alla idoneità dei mezzi e delle risorse oggetto di avvalimento rispetto ai lavori da eseguire; alla dimostrazione del possesso o della disponibilità dei mezzi da parte dell'impresa ausiliaria, esibendo idonea documentazione; alla indicazione di qualifica e tipo di contratto da applicare al personale.

Richiama a sostegno della propria tesi quanto statuito dalla recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23 del 4 novembre 2016.

6. - In data 5.7.2017 si è costituita in giudizio la Provincia di Foggia.

Nel resistere al ricorso principale ha affermato che la nota gravata costituisce arresto del procedimento di aggiudicazione e revoca dell'aggiudicazione provvisoria. Ha insistito nel merito sulla carenza dei requisiti richiesti per poter validamente considerare il contratto di avvalimento, che l'ha indotta alla non approvazione dei verbali di gara, ritenendo che la ricorrente non dovesse neanche essere ammessa alla gara. Sostiene che quand'anche si volesse ritenere sussistente l'approvazione tacita, essa non è comunque idonea a trasformare l'aggiudicazione provvisoria in definitiva. Aggiunge che nella nota del 4.5.2017, all'esito delle verifiche effettuate, è stato espressamente comunicata alla ricorrente la mancata dimostrazione dei requisiti richiesti, tanto da doversi ritenere superata l'aggiudicazione provvisoria. Ritiene che la stessa ricorrente abbia ammesso l'inadeguatezza dei mezzi messi a disposizione dell'impresa ausiliata, inserendo nuovi mezzi rispetto a quelli indicati in sede di presentazione della domanda.

7. - La controinteressata, in data 7.7.2017, ha depositato ulteriore memoria.

8. - Con ordinanza n. 3999 del 21.9.2017, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello avverso l'ordinanza n. 270 del 13.7.2017 di questa Sezione che aveva respinto l'istanza cautelare.

9. - Con memoria del 23.9.2017 la controinteressata ha ulteriormente argomentato a favore dell'infondatezza del ricorso, soffermandosi nuovamente sulle eccezioni di inammissibilità del ricorso principale e, in via subordinata e condizionata all'accoglimento del secondo motivo del ricorso principale, sulla fondatezza del ricorso incidentale.

9.1 - La ricorrente ha ribadito le proprie pretese, con memoria del 29.9.2017, soffermandosi, in

modo particolare, sulla conformità del contratto di avvalimento alla normativa di riferimento.

10. – All’udienza pubblica dell’11.10.2017, su espressa richiesta del Collegio, la ricorrente ha depositato copia dell’allegato n. 2 del contratto di avvalimento e, all’esito della discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. - Con il ricorso in esame è proposta azione impugnatoria avverso la determinazione della stazione appaltante di non procedere all’approvazione dei verbali di gara e all’aggiudicazione definitiva della gara n. 29/2016, indetta dalla Provincia di Foggia il 13.9.2016, relativa all’affidamento dei lavori per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria nell’ambito di insediamenti di edilizia popolare pubblica, Comparto C1/2 “Niviera”, dell’ambito del Comune di Monte Sant’Angelo.

12. – Il ricorso principale, per le considerazioni che si andranno ad illustrare, non può trovare esito favorevole, il che consente di prescindere, per esigenze di economia processuale e di giustizia sostanziale, dall’esame delle eccezioni preliminari, ivi comprese quelle di tardività.

13. – Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione dell’art. 33, comma 1, del **D.lgs. 50/2016**, ritenendo che sulla proposta di aggiudicazione del 14.12.2016 si sia formato il silenzio assenso, per decorso dei termini di trenta giorni, essendosi la stazione appaltante attivata solo il 21.3.2017, inviando la richiesta di chiarimenti e adottando il 4.5.2017 la nota oggetto di impugnazione in via principale.

Ritiene che con la previsione di cui all’art. 33, il nuovo codice degli appalti abbia codificato l’istituto dell’aggiudicazione definitiva “*per silentium*”.

Aggiunge che in questi casi in capo alla S.U.A. residui unicamente il potere di agire in autotutela, ipotesi che nel caso in esame non si sarebbe verificata.

13.1 - Il Collegio non ritiene condivisibile l’interpretazione della norma in questione fornita dalla ricorrente.

L’art. 33, comma 1, del **D.lgs. 50/2016** prevede che “*La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell’organo competente secondo l’ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell’organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all’organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata*”.

Già prima dell’entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, la giurisprudenza aveva ricondotto all’inutile decorso del termine la formazione del silenzio assenso sull’approvazione dell’aggiudicazione provvisoria (12 del **D.lgs.** 12 aprile 2006 n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e

2004/18/Ce), ma non il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva, per la quale si è sempre puntualizzato che occorre una manifestazione di volontà espressa della pubblica amministrazione.

In proposito consolidato è il principio per cui la stazione appaltante, pur a fronte dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, conserva comunque il potere discrezionale di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva (*ex multis*, T.A.R. Umbria n. 172 del 16.6.2011, T.A.R. Lazio, Sez. I, 28 febbraio 2011, n. 1809).

L'aggiudicazione provvisoria, infatti, è stata pacificamente ritenuta quale atto di natura endoprocedimentale, ad effetti instabili ed interinali, soggetta, ai sensi dell'art. 12 **D.lgs.** 12 aprile 2006, n. 163, all'approvazione dell'organo competente, che non può dubitarsi essere la stazione appaltante (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 13/06/2013, n. 3310).

Tale impostazione, fatta propria dalla giurisprudenza nel vigore del vecchio codice degli appalti, è stata ribadita anche con il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al **D. lgs.** n. **50/2016** con una disciplina sostanzialmente simile: l'art. 32, comma 5, prevede che la "*stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione*", a cui segue la previsione di cui all'art. 33, comma 1, sopra richiamata.

La disposizione dimostra che ciò che si forma tacitamente è l'approvazione della proposta di aggiudicazione, non anche l'aggiudicazione.

Come affermato in una recente pronuncia condivisa dal Collegio "*L'art. 33, co. 1, si riferisce solo all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, non anche alla formazione (tacita) dell'aggiudicazione definitiva, che, invece, trova la sua disciplina nell'art. 32, co. 5; norma che dimostra la necessità che l'aggiudicazione, per i complessi interessi sottesi e le esigenze che intende soddisfare, non può che rivestire le forme del provvedimento espresso*" (Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, sent. n. 1153 del 12.7.2017).

Dal tenore del testo normativo emerge che dalla mera inerzia della stazione appaltante non può desumersi il perfezionamento dell'aggiudicazione che richiede comunque una manifestazione di volontà espressa dell'Amministrazione, ossia un provvedimento, a conclusione dell'esercizio dei poteri generali di controllo spettanti alla stazione appaltante.

La "proposta di aggiudicazione" si qualifica come atto infraprocedimentale, privo della forza di poter ledere le posizioni giuridiche dei concorrenti e come tale, ritenuto pacificamente non autonomamente impugnabile (Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sent. n. 1153/2017, cit.).

Quella che era "aggiudicazione definitiva" è divenuta *tout court* "aggiudicazione", atto, invece, da cui può discendere la lesione degli interessi legittimi delle ditte partecipanti alla gara.

Occorre rimarcare ancora che, in ogni caso, sia la proposta di aggiudicazione, che l'aggiudicazione non producono l'effetto di far insorgere il rapporto obbligatorio tra ente appaltante ed operatore economico, bensì solo di concludere formalmente la procedura di

gara con l'individuazione del miglior offerente. Il rapporto obbligatorio tra amministrazione appaltante ed appaltatore nasce solo ed esclusivamente a seguito della stipulazione del contratto.

13.2. - Alla luce del quadro delineato, si desume che il verbale contenente la proposta di aggiudicazione è impegnativo nei soli confronti della società aggiudicataria e non anche dell'amministrazione che ha bandito la gara, la quale è, comunque, tenuta a svolgere una ulteriore valutazione di opportunità dell'offerta indicata nel verbale, cui consegue l'aggiudicazione (definitiva), che presuppone un'attività di verifica dell'amministrazione in ordine alla regolarità della procedura.

Ne consegue che quand'anche si ritenga fondata la tesi della ricorrente circa la formazione tacita dell'approvazione della proposta di aggiudicazione, essa in ogni caso non può estendersi fino a comprendere anche l'aggiudicazione (definitiva) che richiede comunque un provvedimento espresso della stazione appaltante.

La proposta di aggiudicazione di un contratto con l'Amministrazione non genera alcun affidamento qualificato e risulta esposta a revisioni che possono anche condurre al suo annullamento, che non trova ostacoli insuperabili, salvo l'obbligo di motivazione (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2011, n. 2479).

Nel caso in esame il provvedimento gravato deve definirsi come diniego di emissione del provvedimento di aggiudicazione, sulla cui competenza della stazione appaltante non residuano margini di dubbio.

13.3. - Deve escludersi, pertanto, che alla stazione appaltante sia precluso di adottare un diniego di aggiudicazione quand'anche si ritenga intervenuto su di un'aggiudicazione provvisoria tacitamente formatasi, con conseguente infondatezza del primo motivo di ricorso.

13.4. - A rafforzare le suesposte considerazioni si aggiungono quelle derivanti dalla ricostruzione dell'iter procedimentale relativo alla gara in questione.

Il disciplinare di gara, nella Parte II relativa alla procedura di aggiudicazione, nella parte finale prevede che l'aggiudicazione provvisoria è *“subordinata agli accertamenti di legge ed all'approvazione del verbale stesso da parte dell'organo competente della stazione appaltante.”*

In ogni caso l'aggiudicazione definitiva diverrà efficace solo dopo la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale, sull'aggiudicatario e sul concorrente che segue in graduatoria.

La stipulazione del contratto è, comunque, subordinata al positivo esito delle procedure previste dalla normativa vigente in materia di lotta alla mafia”.

Come documento attestante l'aggiudicazione provvisoria la ricorrente ha prodotto un prospetto relativo all'esito della gara relativi ai punteggi delle offerte delle partecipanti e nella

riga relativa ai totali, in quello riferito alla ditta De Palma Giacomo, odierna ricorrente, si indica proposta di aggiudicazione. Il prospetto, pur essendo munito di protocollo n. 2016/0080275 del 14.12.2016 della Provincia di Foggia, reca unicamente il riferimento al funzionario Dott.

Salvatore D'Agostino, senza alcuna sottoscrizione. Non viene prodotto alcun ulteriore atto della Commissione di gara.

13.5.- Prescindendo da tali profili relativi alla formalizzazione della proposta di aggiudicazione (peraltro non contestati dalle parti in causa), occorre rilevare che l'iter procedimentale relativo allo svolgimento della gara, successivamente alla proposta di aggiudicazione risulta caratterizzato da:

- a) una prima istanza di accesso il 21.12.2017, a cui sono seguiti una serie di adempimenti da parte dell'amministrazione quali il riscontro alla suddetta istanza di accesso in data 5.1.2017;
- b) due richieste di provvedimento di ritiro o di annullamento in autotutela, riscontrate il 3.2.2017 e il 7.2.2017;
- c) la richiesta di precisazioni della S.U.A. inviata alla ditta ricorrente del 21.3.2017, riscontrata in data 28.3.2017, fino ad arrivare al provvedimento di mancata approvazione dei verbali (atto gravato) del 4.5.2017.

Ne consegue che, pur a fronte dell'operato dell'amministrazione caratterizzato da un mutamento di orientamento circa la regolarità del contratto di avvalimento, debba comunque escludersi la sussistenza della prolungata inerzia della stazione appaltante, tanto da potersi dubitare persino dell'avvenuta formazione del silenzio assenso sulla proposta di aggiudicazione, attesi i fatti che hanno caratterizzato l'iter procedimentale e attinenti, in particolare, a profili riconducibili alla verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale della ditta destinataria della proposta di aggiudicazione.

13.6. - Per tutto quanto esposto il primo motivo di ricorso deve essere respinto.

14. – Il diniego di aggiudicazione resiste anche alle ulteriori censure dedotte dalla ditta ricorrente principale.

Come anticipato, all'esito di un articolato iter procedimentale, caratterizzato da una rivalutazione del contratto di avvalimento della ricorrente, la stazione appaltante ha espresso il diniego di emissione del provvedimento di aggiudicazione, non approvando i verbali di gara.

Dirimente diviene allora stabilire la regolarità del contratto di avvalimento depositato dalla ricorrente all'atto di presentazione dell'offerta, rispetto a cui valutare anche il successivo segmento procedimentale relativo alla richiesta di chiarimenti ed integrazioni.

Come già affermato da questo T.A.R. *“Secondo consolidati principi giurisprudenziali espressi in subiecta materia, da cui il Collegio non intende decampare, la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa ausiliata, tuttavia, non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti*

chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare non solo il requisito astrattamente considerato, bensì le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti) (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264). Ragionando diversamente, il contributo dell'ausiliario si risolverebbe nel prestare una sorta di garanzia per eventuali insufficienze nello svolgimento delle prestazioni, senza fornire alcun contributo oggettivo, affinché l'opera dell'ausiliato sia migliorata in virtù del concreto apporto dei requisiti di capacità tecnica considerati rilevanti dal bando di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384)".

E ancora che "non è sufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti; né tantomeno il richiamo alla sola "attestazione SOA", perché verrebbe frustrata l'esigenza sostanziale della dimostrazione della "effettiva utilizzabilità" delle risorse e dei "mezzi" messi a disposizione dall'ausiliaria a favore dell'ausiliata, cui risponderebbe la specifica previsione di cui all'art. 88 D.P.R. n. 207 del 2010 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384; 22 gennaio 2015, n. 275, 23 ottobre 2014, n. 5244; 24 luglio 2014; 3949; sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386)" (Così T.A.R. Bari, sez. I, sent. 190 del 30.8.2016).

Sulla determinatezza dell'oggetto contrattuale, inteso come prestazione a cui la stessa ausiliaria è obbligata, la pronuncia dell'A.P. n. 23 del 2016 si è espressa in ordine alla determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento in base agli ordinari canoni di interpretazione contrattuale, interpretando le disposizioni in tema di avvalimento nel senso di imporre all'impresa ausiliaria di porre a disposizione della concorrente le risorse di cui essa è carente, in base a un canone di effettività.

La giurisprudenza successiva all'Adunanza Plenaria ha specificato che «*posto che il contratto di avvalimento ha carattere atipico, "il livello di "specificità" dell'oggetto del contratto (ovvero della indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa concorrente dall'impresa ausiliaria), specificità per cui, notoriamente, si rinvia al principio di determinatezza imposto dall'art. 1346 c.c. va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, che è quella di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito, allo scopo di consentire alla medesima stazione appaltante, in caso di patologia del rapporto contrattuale oggetto di appalto, di far leva sulla diretta responsabilità solidale (T.A.R. Lazio, sez. I, 6 maggio 2015 n. 6479; Cons. di St., sez. V, 25 gennaio 2016, 242)» (T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. II, sent. n. 62 del 1 febbraio 2017, n. 62).*

Il livello di specificità dell'oggetto del contratto di avvalimento va, dunque, modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, che è quella di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito (in tal senso anche l'ANAC, delibera n. 797 del 19 luglio 2017).

Per completezza - seppure non applicabile *ratione temporis* al caso in esame - giova rilevare

come il **D.lgs. 56/2017**, in vigore dal 20.5.2017, abbia modificato l'art. 89 del **D.lgs. n. 50/2016** stabilendo che *“il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*.

14.1. – Nel caso in esame il disciplinare di gara al punto III n. 3) ha dettato “prescrizioni particolari inerenti l'istituto dell'avvalimento”, prevedendo, tra l'altro che *“il contratto di cui all'art. 89 del **D.lgs. n. 50/2016** deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto, le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico (...).”*

La Ditta De Palma ha depositato copia del contratto di avvalimento, del 18.10.2016, nel quale per la parte relativa al *“numero degli addetti necessari per le varie tipologie di lavoro”* e *“le attrezzature”* e *“i mezzi”* *“necessari all'esecuzione dell'opera”* si rinvia all'Allegato n. 2.

Tale Allegato, depositato solo nel corso dell'udienza pubblica di trattazione del merito, su espressa richiesta del Collegio, rinvia al contratto di avvalimento per *“le risorse economiche o garanzie le attrezzature, mezzi, macchinari, beni finiti e materiali, il personale”*, senza specificare nulla sul punto. A questa documentazione si aggiunge la dichiarazione cumulativa del candidato e dell'impresa ausiliaria del 18.10.2016, in cui viene fornito il nominativo del Direttore Tecnico, vengono elencati i mezzi prestati per tutta la durata dell'appalto (Fiat Daily, imbracatura anticaduta, compressore, tagliapiastrelle, quadro elettrico da cantiere, carrucola di sicurezza, martello demolitore elettrico, betoniera bicchiere, avvitatore, trapano, smerigliatrice, impastatrice, scalpello, molazza, ponteggi modello Capredil) e nella parte finale si indica *“numero degli addetti messi a disposizione, facenti parte dell'organico dell'ausiliaria, composto da n. 9 dipendenti, i cui nominativi dovranno essere comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto”*.

Nella dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 89 **D. lgs. 50/2016** resa dall'impresa ausiliata, anch'essa datata 18.10.2016, rispetto a quanto riportato nella dichiarazione congiunta, al punto 5 si indicano ulteriori mezzi quali *“Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, furgoni attrezzati, ecc”*.

14.2. - Dall'esame della suddetta documentazione (in particolare dalla parte trascritta rilevante ai fini della questione di cui si controverte) emerge in modo evidente come il contratto di avvalimento presentasse un oggetto privo delle necessarie caratteristiche di determinatezza o determinabilità, atteso che dal complesso del regolamento pattizio non è possibile ricavare quali fossero mezzi e personale messi a disposizione.

La prestazione dell'ausiliaria non risulta puntualmente dettagliata e l'impegno contrattuale da essa assunto non appare determinabile neanche *“per relationem”*, emergendo piuttosto discrasie tra quanto dichiarato dalle parti congiuntamente e quanto dichiarato dall'impresa ausiliata nella dichiarazione sostitutiva resa ai sensi dell'art. 89 **D.lgs. 50/2016**.

Né le riscontrate lacune del contratto di avvalimento potevano essere colmate attraverso il soccorso istruttorio, dovendo esso, per consentire la partecipazione alla gara, essere valido fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume (Cons. Stato, Sez. III, 29/1/2016, n. 346 e 22/1/2014, n. 294).

Ne consegue l'irrelevanza della successiva integrazione documentale, che come ammesso dalla medesima ricorrente contiene l'indicazione di "ulteriori mezzi" (v. memoria del 29.9.2017 pag. 4) da cui potrebbe al più desumersi ulteriore conferma sulle lacune del contratto di avvalimento presentato unitamente alla documentazione per la partecipazione alla gara.

14.3. - In definitiva l'indimostrato possesso dei requisiti di partecipazione della ricorrente (per la tutela della *par condicio*, della certezza e determinatezza dei requisiti di partecipazione) non poteva non condurre che al diniego di aggiudicazione.

15. - Resta da esaminare la richiesta della ricorrente principale, di cui alla memoria depositata il 26.6.2017, di trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica per violazione da parte della stazione appaltante dell'art. 53 commi 2 e 4 **D.lgs. 50/2016**, sul differimento del diritto di accesso e sul reato ex art. 326 c.p. per i casi di violazioni delle previsioni di cui ai commi 2 e 3, come previsto dal comma 4 della medesima norma.

Parte ricorrente censura, più specificamente, l'avvenuta ostensione del contratto di avvalimento. Come si desume dal disciplinare di gara, nella Parte I sub punto 3), riferito alla Busta A – Documenti Amministrativi, l'ultima parte, già citata, è riferita alle "*prescrizioni particolari inerenti l'istituto dell'avvalimento*" in cui si fa riferimento all'oggetto del contratto di avvalimento.

Il Collegio ritiene che la richiesta non possa trovare accoglimento, in quanto il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del **D.lgs** n. 50 del 2016 deve ritenersi limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche.

La norma citata – che prevede il differimento dell'accesso "*in relazione alle offerte fino all'aggiudicazione*" – , come sostenuto dalla giurisprudenza condivisa dal Collegio, "*concerne esclusivamente il contenuto delle offerte, ed è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa contenuta normalmente nella busta A, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni (TAR Veneto, sentenza n. 512/2017; TAR Lazio, Roma, sentenza n. 3971/2017).*

*In tal senso depongono l'art. 29 del **D.lgs. 50/2016**, il quale detta i principi generali sulla trasparenza e impone la pubblicità di tutti gli atti delle procedure di affidamento sul sito delle stazioni appaltanti, e il comma 3 dell'art. 76 (nel testo ante correttivo attualmente vigente) che in aggiunta alle pubblicazioni previste dall'art. 29, stabilisce che debba essere dato "avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti"; laddove per "atti" si devono intendere, i verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti e la documentazione amministrativa di cui si è detto sopra utile al*

fine della verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi dei concorrenti.”(T.A.R. Lazio, Roma, sez. Prima ter n. 8944 del 25.7.2017).

16. - Per tutto quanto esposto il ricorso principale deve essere, quindi, respinto, con la conseguente improcedibilità del ricorso incidentale per sopravvenuta carenza d'interesse.

17. – Le spese di giudizio possono essere compensate, in considerazione della complessità del procedimento e della novità di alcune questioni giuridiche sollevate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara il ricorso incidentale improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Cesira Casalanguida, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Cesira Casalanguida

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO