

## Consiglio di Stato sez.VI 6/5/2008 n. 2016

### **GARA D'APPALTO - FACOLTA' DI NON AGGIUDICARE IN PRESENZA DI UNA SOLA OFFERTA EX ART. 69 R.D. 827/1924 - NON VA RIFERITA ALL'UNICITA' DELL'OFFERTA A CAUSA DELL'ESCLUSIONE DELLE ALTRE OFFERTE PERVENUTE - PRESUPPOSTI DI APPLICABILITA' - PARTECIPAZIONE ALLA GARA DI UN SOLO CONCORRENTE**

*L'ipotesi prevista dall'art. 69 r.d. 827/23, secondo cui non può procedersi all'aggiudicazione in caso di presentazione di una sola offerta, non può essere assimilata alla diversa ipotesi di gara in cui risulti l'esistenza in concreto di una sola offerta, per essere state le altre escluse a causa di violazioni delle disposizioni attinenti la procedura concorsuale, riguardando essa, esclusivamente, la fattispecie in cui ad una gara sia stata presentata una sola offerta avendovi partecipato un solo concorrente, sicchè soltanto in questa ipotesi non è possibile l'aggiudicazione, a meno che non sia stato preventivamente stabilito il contrario nella prevista disciplina.*

### **REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

#### **DECISIONE**

sui ricorsi riuniti in appello nn. 4724/2007 e 4725/2007 proposti rispettivamente:

1) n. 4724/2007, da Carandente Palma, quale rappresentante legale della ditta individuale I.C.M. Costruzioni di Carandente Palma, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Basile ed elettivamente domiciliata in Roma, presso la sig.ra Antonia De Angelis, in via Portuense n.104;

#### **contro**

- Mediterranea Espurghi s.r.l., in persona del rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ezio Maria Zuppari e Giancarlo Addezio ed elettivamente domiciliata, presso lo studio Abbamonte-Titomanlio, in Roma, via Terenzio n.7;

- Prefettura della provincia di Napoli, in persona del Prefetto p.t., e Ministero dell'interno, in persona del Ministro p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici sono per legge domiciliati in Roma;

- Istituto Autonomo per le Case Popolari (IACP) della provincia di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

2) n. 4725/2007, proposto dall'Istituto Autonomo per le Case Popolari (IACP) della provincia di Napoli, in persona del rappresentante legale p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Cirillo ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Andrea Maisani, in Roma, via di Porta Pinciana n.4;

contro

- Mediterranea Espurghi s.r.l., in persona del rappresentante legale p.t., non costituitasi in giudizio;

- Prefettura della provincia di Napoli, in persona del Prefetto p.t., e Ministero dell'interno, in persona del Ministro p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici sono per legge domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n.12;

- I.C.M. Costruzioni di Carandente Palma, ditta individuale, non costituita in giudizio;  
per l'annullamento,  
previa sospensione dell'esecuzione, della sentenza del Tribunale Amministrativo della Campania, Napoli Sezione I, n. 2533/2007 in data 21 marzo 2007, resa tra le parti;  
visto i ricorsi in appello con i relativi allegati;  
visti gli atti di costituzione delle parti appellate;  
visto l'appello incidentale della Mediterranea Espurghi s.r.l.;  
visti i documenti e le memorie prodotti dalle parti a sostegno delle rispettive difese;  
visti gli atti tutti di causa;  
alla pubblica udienza del 19 febbraio 2008, relatore il consigliere Domenico Cafini, uditi l'avv. Basile, l'avv. Zuppari, l'avv. dello Stato Massarelli, l'avv. Giuffrè per delega dell'avv. Cirillo;

## **FATTO**

1. Con ricorso notificato il 17 e 18.5.2005 e successivamente depositato presso la sede di Napoli del TAR per la Campania, la società Mediterranea Espurghi s.r.l. - che aveva partecipato ad un pubblico incanto bandito dall'IACP di Napoli per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di manutenzione ordinaria quinquennale delle reti fognarie nei rioni appartenenti o gestiti dall'Istituto stesso, restando poi esclusa dalla gara svoltasi in conseguenza di informazioni negative pervenute dalla Prefettura di Napoli ai sensi dell'art. 1-septies del D.L. n. 629/1982 - chiedeva l'annullamento del provvedimento in data 14.4.2005 dell'IACP, di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio anzidetto, riferito al periodo 1.4.2005 al 31.3.2010, nonché della nota prefettizia 30.3.2005 n. 237/PL/IACP e di ogni altro atto connesso; chiedeva, altresì, la ricorrente il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno conseguente alla detta esclusione, ritenuta illegittima.

Con successivi motivi aggiunti la società istante impugnava, inoltre, la nota della Questura di Avellino in data 31.7. 2005 (in base alla quale il Prefetto di Napoli aveva formulato l'informativa antimafia) e, con ulteriori motivi aggiunti, il verbale di gara datato 19.7.2005, relativo alla valutazione delle offerte e all'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta individuale I.C.M. Costruzioni; la determinazione dirigenziale 22.7.2005 n. 96, riguardante l'approvazione degli atti di gara e l'aggiudicazione definitiva e, infine, il contratto di appalto stipulato in data 29.8.2005.

Nel chiedere l'annullamento anche di tali atti, la ricorrente deduceva, a sostegno dell'impugnativa, censure di violazione di legge e di eccesso di potere sotto vari profili; in particolare, prospettava la violazione dell' art.1 septies D.L. n. 629/1982, convertito in L. 726/1982, non avendo congruamente motivato l'Amministrazione il proprio provvedimento di esclusione, peraltro basato su erroneo presupposto, nonché l'insussistenza dei reati di particolare gravità attribuiti al ritenuto direttore tecnico dott. Pastena e, ancora, l'errore in cui sarebbe incorsa la committente nell'aver ritenuto la dott.ssa Bertoli, persona estranea, mentre la medesima era l'effettivo direttore tecnico dell'impresa, come da sue dichiarazioni esistenti agli atti della gara in questione.

Quanto ai motivi aggiunti, la società ricorrente censurava in essi, dapprima, la nota suddetta del prefetto di Avellino e, successivamente, la procedura seguita nella specie, per non avere la stazione appaltante dichiarato deserta la gara, rilevando, in particolare, che né nel bando né nel disciplinare era prevista la possibilità di aggiudicare l'appalto anche in presenza di una sola offerta validamente presentata e che la gara in questione doveva essere, quindi, annullata in quanto illegittima.

Le Amministrazioni intimata e l'impresa controinteressata, aggiudicataria della gara, si costituivano in giudizio resistendo al ricorso e chiedendone la reiezione in quanto inammissibile e infondato..

Con ordinanza 13.7.2005 n.2134 (confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza 27.9.2005 n. 4374) e con ordinanza 9.11.2005 n.3171, l'adito TAR respingeva la domanda incidentale di sospensione.

2. Con la sentenza in epigrafe specificata, il Giudice di prime cure - dopo avere riconosciuto che sussisteva in capo alla ricorrente un interesse strumentale all'annullamento dell'aggiudicazione in questione nonostante la riconosciuta correttezza del provvedimento di esclusione - respingeva il ricorso nella parte volta ad impugnare l'atto che escludeva dalla gara la s.r.l. Mediterranea Espurghi, in quanto risultata inadempiente ad una precisa prescrizione del relativo disciplinare; accoglieva, invece, il ricorso stesso in relazione alla doglianza dei motivi aggiunti con cui si contestava il provvedimento di aggiudicazione dell'unica partecipante rimasta in gara dopo l'esclusione della ricorrente, respingendo, infine, la domanda di risarcimento del danno.

3. Avverso tale sentenza, ritenuta erronea ed ingiusta, sono stati interposti i due appelli sopra specificati.

3.1. Quanto al primo di essi (n.4724/2007), le censure dedotte a sostegno dell'impugnazione da parte della sig.ra Palma Carandente (quale rappresentante legale della ditta individuale I.C.M. Costruzioni), sono le seguenti: violazione e falsa applicazione di legge ed in particolare della L. n.1034/1971; difetto di motivazione; erroneità del presupposto; violazione del procedimento; error in iudicando.

Sostiene, in particolare, l'appellante che avrebbero errato i primi giudici ad accogliere il ricorso nella parte in cui la Mediterranea Espurghi s.r.l. aveva impugnato, con motivi aggiunti, il provvedimento di aggiudicazione in favore nell'unico concorrente rimasto in gara; in particolare la sentenza impugnata sarebbe errata, per l'impresa istante, laddove ha ritenuto che nella specie sussistesse un interesse strumentale all'annullamento dell'aggiudicazione, nonostante lo stesso TAR avesse rilevato che il provvedimento di esclusione della società Mediterranea Espurghi s.r.l. non fosse viziato di illegittimità, e laddove ha ritenuto che Commissione avrebbe violato nella procedura in questione l'art. 69 R.D. n.827/1924; e ciò in quanto la Mediterranea Espurghi s.r.l. sarebbe stata ammessa alla gara (nella fase di prequalificazione) e, solo successivamente, esclusa dalla stessa Commissione, sicché doveva ritenersi soddisfatto nella specie il principio desumibile dall'art. 69 cit., avendo partecipato alla gara due imprese, di cui una legittimamente esclusa nella successiva fase.

3.2. Quanto all'altro appello (n.4725/2007), proposto dall'Istituto autonomo per le case popolari della provincia di Napoli, le censure essenziali, sostanzialmente analoghe a quelle dell'appello n.4724/2007, possono così sintetizzarsi:

- la sentenza impugnata sarebbe basata su presupposti errati, essendo evidente che la carenza di interesse travolgeva la possibilità di esame della censura denunciata dalla ricorrente originaria con i motivi aggiunti (circa la necessità di dichiarare deserta la gara per la mancanza di almeno due offerte e l'inesistenza nel bando di gara di un'espressa deroga al principio ex art.69 R.D. n.827/1924); peraltro, non esisterebbe nemmeno nel caso in esame l'interesse di fatto alla ripetizione della gara che erroneamente il TAR ha individuato nella posizione della società ricorrente,

- l'art.69 del R.D. cit. sarebbe stato interpretato ed applicato in modo erroneo dal TAR che ne avrebbe stravolto la ratio e il senso.

3.3. Successivamente la soc. Mediterranea Espurghi ha depositato, insieme alla memoria di costituzione, anche appello incidentale avverso la stessa sentenza in epigrafe indicata,

deducendo i seguenti motivi di diritto: error in iudicando, errata ed incompleta motivazione in relazione ad un motivo determinante della controversia; presupposto erroneo; travisamento delle circostanze di fatto e di diritto; difetto di motivazione.

Con riguardo, in particolare, alla reiezione, nei sensi sopra precisati, della domanda di risarcimento, da parte dei primi giudici, sono state formulate anche le seguenti censure: error in iudicando; errata valutazione del danno conseguente ad un'illegittima aggiudicazione di una gara di appalto.

L'appellante incidentale, ha, quindi, riproposto i motivi dichiarati assorbiti nella sentenza impugnata, volti a contestare l'informativa prefettizia negativa, riproducendo i seguenti rilievi, già mossi nel ricorso di primo grado: eccesso di potere per difetto di istruttoria; presupposto erroneo e manifesta illogicità; carenza di pubblico interesse.

Infine, con riguardo agli appelli principali come sopra proposti, l'appellante incidentale ha anche dedotto la loro inammissibilità, improcedibilità e infondatezza.

3.4. Nell'attuale fase giudiziale si sono costituite, altresì, le Amministrazioni statali intimete, che hanno concluso per l'assoluta infondatezza della doglianza di cui ai motivi aggiunti proposti in primo grado dalla s.r.l. Mediterranea Espurghi (dovendo la stazione appaltante arrestarsi soltanto quando al bando o alla lettera di invito sia seguita la presentazione di un'unica offerta, mentre non altrettanto doveva dirsi per il caso in cui, come nella specie, fossero state tate più offerte, a soltanto una sia rimasta in gara) e, quindi, per l'annullamento o riforma in parte qua della sentenza impugnata.

Alla camera di consiglio del 10.7.2007 l'esame dell'istanza cautelare è stato rinviato al merito.

Con memorie successivamente depositate le parti hanno ribadito le rispettive tesi e conclusioni.

3.5. Le cause sono state, infine, assunte in decisione alla pubblica udienza del 19 febbraio 2008.

## **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. I ricorsi in appello, come sopra specificati e diretti avverso la medesima sentenza del TAR per la Campania, vanno riuniti, in quanto soggettivamente ed oggettivamente connessi, per essere esaminati congiuntamente ai fini di un'unica decisione.

2. Ritiene la Sezione che, prima di prendere in considerazione i due appelli principali in epigrafe indicati, debba esaminarsi l'appello incidentale della società Mediterranea Espurghi, con cui vengono riproposti, sostanzialmente, i motivi di primo grado e, poi, contestate le statuizioni rese al riguardo dal TAR nel disattenderli.

2.1. Va premesso, in proposito, che, con il ricorso originario la società Mediterranea Espurghi s.r.l. ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara sopra menzionata - motivato dal contenuto negativo della informativa resa dall'Autorità prefettizia con riguardo ai reati risultanti a carico della persona indicata nel provvedimento come direttore tecnico della società interessata (dott. Antonio Pastena) e dal fatto che le dichiarazioni per la partecipazione alla gara sarebbero state presentate da altra persona, che non sarebbe risultata incaricata come direttore tecnico della società stessa - deducendo nella sostanza che:

- quanto ai reati predetti il soggetto interessato era risultato soltanto indagato per un reato di carattere ambientale e, quindi, estraneo alla criminalità organizzata, sicchè sarebbe stata ingiustificata l'informativa antimafia resa a carico della società ricorrente, anche perchè lo stesso soggetto era cessato dalla carica di direttore tecnico dal gennaio 2005;

- non risultavano, a carico dell'amministratore della società (sig. Massimo Zambrano), i precedenti indicati erroneamente nella nota della Questura agli atti del procedimento prefettizio e che il direttore tecnico della società era in effetti la dott.ssa Daniela Bertoli, che aveva anche sottoscritto le dichiarazioni presentate per la partecipazione alla gara;
- in ogni caso, il provvedimento di esclusione non conteneva alcuna autonoma valutazione, non era stato preceduto da una comunicazione di avvio del relativo procedimento, né era sorretto dai necessari accertamenti istruttori; sicché l'aggiudicazione e la stipula del contratto erano stati adottati senza un'adeguata motivazione;
- comunque, in via subordinata, la procedura doveva essere dichiarata deserta (come riconosciuto dal TAR), in quanto, a seguito dell'esclusione della ricorrente, era rimasta in gara una sola concorrente.

2.2. Le censure del ricorso originario, avanti descritte, vengono ora rimodulate dall'appellante incidentale che, prima di contestare i motivi di appello ex adverso proposti, evidenzia che l'eventuale accoglimento delle censure stesse "comporterebbe la caducazione dei provvedimenti adottati successivamente all'esclusione dalla gara della Mediterranea Espurghi s.r.l. e che sono stati impugnati con i motivi aggiunti accolti dal giudice di prime cure".

2.3. Passando, comunque, all'esame delle riproposte doglianze così come sopra articolate, va presa in considerazione, innanzitutto, quella con cui si sostiene che avrebbe errato il Giudice di primo grado nel ritenere che il deposito di un certificato storico non aggiornato della Camera di Commercio (nel quale risultava come direttore tecnico il dott. Antonio Pastena) avrebbe, da un lato, comportato lo svolgimento di accertamenti prefettizi incompleti e, dall'altro, l'acquisizione di dichiarazioni rese da un direttore tecnico diverso da quello che risultava agli atti di gara; e ciò in quanto nessuna partecipazione alla gara vi sarebbe stata da parte del predetto, mentre la dott.ssa Bertoli sarebbe stata l'effettivo direttore tecnico dell'impresa dal 5.1.2005 (oltre che responsabile tecnico per la categoria 4 classe c) già dal 10.10.2001) e, come tale, avrebbe sottoscritto tutti gli atti di gara in tale sua qualità. Dal che sarebbe scaturito - sempre secondo l'appellante incidentale - "l'equivoco" determinato dal certificato storico camerale predetto, esistente agli atti della gara in questione, "poiché tale documento non era ancora aggiornato con il subentro della Bertoli nella carica di direttore tecnico".

Tale doglianza non può essere condivisa.

Ritiene, infatti, la Sezione che - mentre il bando ed il disciplinare che concernono la procedura di gara in parola, indicano chiaramente, tra i documenti necessari da depositare per partecipare alla gara stessa, un certificato camerale storico "necessario per poter richiedere alla Prefettura di Napoli le informazioni di cui al protocollo di legalità", la cui presentazione viene "richiesta a pena di esclusione dalla gara" da apposita disposizione del disciplinare (ove è previsto, appunto, che nella busta "A - Documentazione" devono essere contenuti, oltre alla domanda di partecipazione, una serie di documenti, tra cui, appunto, il certificato camerale storico della CCIA di appartenenza, necessario per poter richiedere alla prefettura di Napoli l'informazione di cui al protocollo di legalità sottoscritto tra l'IACP e la Prefettura di Napoli in data 25.9.2003) - la società Mediterranea Espurghi s.r.l, agli atti della gara di cui trattasi, ha allegato, invece, a corredo della propria offerta, una certificazione camerale non aggiornata con riguardo al proprio direttore tecnico e, poiché detta certificazione è stata inviata alla competente Prefettura, questa non ha potuto che fornire, in risposta, un'informativa riferita alla società stessa e agli organi ivi indicati, tra cui il direttore tecnico, pur se cessato dalla sue funzioni, senza riferimento alcuno, quindi, al nuovo direttore tecnico (non indicato nella certificazione come sopra trasmessa) .

L'aver allegato l'anzidetto documento non aggiornato ha consentito, peraltro, di rilevare l'ulteriore irregolarità, ai fini dell'ammissione alla procedura concorsuale in questione, delle dichiarazioni, accluse nei relativi atti, di soggetto diverso da quello risultante dalle specifiche certificazioni della società suddetta in ordine all'identità del direttore tecnico in carica.

Da quanto precede deriva, dunque, che la dovuta esclusione determinatasi nel caso in esame non poteva che imputarsi alla medesima società ricorrente, risultata inadempiente ad apposita disposizione del disciplinare di gara, non avendo rispettato nella specie, come osservato dal TAR, la formalità imposta ai concorrenti circa la presentazione del necessario certificato camerale, e non avendo tenuto la medesima nel procedimento in questione un comportamento volto a soddisfare l'interesse dell'amministrazione.

Si deve concludere sul punto, quindi, nel senso che il disciplinare di gara esige nel caso in esame la presentazione del certificato storico della CCIAA, in base al quale richiedere poi all'autorità prefettizia l'informativa di competenza, e che, comunque, la società interessata avrebbe dovuto portare a conoscenza tempestivamente ogni eventuale modificazione e aggiornamento dei dati ai quali detto certificato faceva riferimento.

Pertanto, sotto il profilo considerato, i reiterati rilievi contro il provvedimento di esclusione volti a criticare l'incompletezza della istruttoria sono privi di fondamento, atteso che dal deposito di un certificato camerale non aggiornato gli accertamenti prefettizi non potevano ritenersi nel caso in esame incompleti, come erroneamente dedotto dalla ricorrente, ora appellante incidentale..

Deve convenirsi, quindi, con i primi giudici che, in presenza di un valido presupposto, idoneo a sorreggere la determinazione impugnata, hanno ritenuto inammissibili le altre doglianze volte a contestare l'informazione prefettizia, non avendo quest'ultima una autonoma efficacia lesiva, per non comportare effetti preclusivi immediatamente incidenti nella sfera giuridica della ricorrente, ma solo l'effetto di fornire alla committente indicazioni utili alla valutazione - nell'ambito della discrezionalità e nell'esercizio dei poteri di autotutela previsti dalla legge - dei requisiti soggettivi per l'adozione di determinazioni a vari fini, comprese quelle concernenti l'affidamento di lavori pubblici.

Peraltro, come gli stessi giudici hanno osservato, nessun interesse avrebbe tratto la ricorrente dall'annullamento dell'impugnata informativa prefettizia, essendo evidente che la competente autorità sarebbe tenuta, comunque, a rinnovare, in futuro, i propri accertamenti avendo riguardo all'avvicendamento nella carica di direttore tecnico verificatosi nella specie.

Appare, in conclusione, corretta la statuizione della gravata pronuncia di reiezione dell'impugnativa contro il suddetto provvedimento di esclusione.

2.4 . Con riguardo al rigetto da parte dei primi giudici, nei sensi sopra precisati, della domanda di risarcimento, l'appellante incidentale ha riproposto le specifiche doglianze di: "error in iudicando; errata valutazione del danno conseguente ad un'illegittima aggiudicazione di una gara di appalto", ribadendo la richiesta di risarcimento e sostenendo che la rinnovazione della gara impedirebbe, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, il riconoscimento della tutela risarcitoria in favore della Mediterranea Espurghi s.r.l., che subirebbe, anzi, un'evidente perdita di chance..

Anche tale doglianza, peraltro non sorretta da specifici elementi dimostrativi, non può essere positivamente apprezzata per le ragioni avanti esposte e dovendo ritenersi, comunque, adeguate e sufficienti le argomentazioni dei primi giudici, secondo cui, in conseguenza dell'annullamento dell'atto conclusivo della procedura concorsuale (dagli stessi dichiarata deserta), si sarebbe dovuto procedere "alla rinnovazione delle operazioni

concorsuali", il che, allo stato, avrebbe escluso la necessità altra specifica misura risarcitoria.

2.5. Per quanto sopra considerato, vanno disattese pure le censure volte a criticare la statuizione del TAR che ha dichiarato inammissibili le doglianze avverso l'informativa prefettizia negativa, riproposte nell'attuale sede sotto i profili dell' eccesso di potere per difetto di istruttoria; presupposto erroneo e manifesta illogicità; carenza di pubblico interesse.

Le considerazioni svolte nel punto 2.3. che precede, che hanno escluso l'inattendibilità delle informazioni contenute nei documenti della Prefettura di Napoli e della Questura di Avellino e "l'approssimazione" dell'istruttoria svolta, appaiono, infatti, sufficienti a dimostrare l'irrelevanza delle censure anzidette.

2.6. Infine, con riguardo ai ricorsi in appello come sopra proposti, ritenuti inammissibili, improcedibili e infondati, l'appellante incidentale sostiene, in sintesi, che, fermo restando quanto già dedotto ai fini dell'appello stesso, la sentenza impugnata andava confermata nella parte in cui ha accolto le doglianze di cui ai motivi aggiunti e ribadisce, in definitiva, la tesi che la gara in questione (come statuito dal TAR) doveva essere dichiarata deserta, essendo mancata nel procedimento relativo una vera competizione tra concorrenti.

Ritiene il Collegio che, per respingere tale tesi, possano valere le stesse considerazioni di seguito esposte nell'esaminare gli appelli principali e che si riferiscono alla medesima questione, sicché ad tali considerazioni va fatto ora rinvio.

2.7 Sulla base di quanto sopra rilevato e considerato, il ricorso incidentale all'esame deve essere, dunque, respinto, con conseguente conferma della sentenza in epigrafe nella parte impugnata.

3. Passando all'esame dei due ricorsi principali, come sopra riuniti, essi si fondano sostanzialmente, su due ordini di rilievi, così sintetizzabili:

a) la sentenza impugnata sarebbe errata, essendo evidente che la carenza di interesse travolgeva nelgiudizio di primo grado la possibilità di esaminare la censura denunciata con i motivi aggiunti (circa la necessità di dichiarare deserta la gara per la mancanza di almeno due offerte); peraltro, la legittimità dell'esclusione della Mediterranea Espurghi s.r.l. affermata dal TAR non avrebbe consentito l'esame dell'anzidetta censura, non essendovi, da parte della società anzidetta, alcun interesse giuridicamente meritevole di tutela; non esisterebbe, comunque, nel caso in esame, nemmeno, da parte della stessa, un interesse di fatto alla ripetizione della gara;

b) avrebbero errato i primi giudici nel ritenere che l'IACP aveva violato nella procedura concorsuale in questione l'art. 69 del R.D. n.827/1924, non avendo dichiarato deserta la gara.

3.1. Quanto al primo ordine di rilievi, ritiene il Collegio che essi non siano condivisibili.

In proposito, deve osservarsi, infatti, che nel giudizio di primo grado sussisteva di certo nella originaria ricorrente un interesse all'annullamento dell'aggiudicazione di cui trattasi, in conseguenza dell'approvazione dell'atto, per sé lesivo, di aggiudicazione definitiva in favore della ditta I.C.M. di Carandente Palma e che la detta ricorrente avesse, comunque, anche se estromessa dalla gara in parola con il provvedimento di esclusione precedentemente impugnato, un interesse di tipo strumentale, così come ritenuto dal TAR, all'annullamento dell'aggiudicazione stessa, al fine di determinare una ripetizione dell'intera procedura, una volta dichiarata deserta la gara eseguita. E ciò in quanto, era indubbio nella specie che, pur se l'atto di esclusione risultava immune dai vizi dedotti nel ricorso originario per quanto sopra considerato, non sussistevano, tuttavia, nei confronti della s.r.l. Mediterranea Espurghi, ragioni che le avrebbero impedito di aspirare ad una

rinnovazione delle operazioni di gara (e anche, come avanti accennato, delle valutazioni di competenza dell'autorità prefettizia).

Deve essere, pertanto, disatteso l'assunto delle odierne società appellanti, secondo cui nei confronti della s.r.l. Mediterranea Espurghi si sarebbe dovuta dichiarare da parte di primi giudici, non potendo risultare aggiudicataria della gara in questione, la carenza di interesse circa la decisione del ricorso proposto contro l'atto di aggiudicazione predetto.

3.2. Quanto agli altri rilievi degli appelli principali, indicati al punto 3 b) che precede, la Sezione ritiene che essi siano, invece, fondati.

Ed invero, secondo l'art. 69 del Regio Decreto 23.5.1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato), "l'asta deve rimanere aperta un'ora per la presentazione delle offerte ed è dichiarata deserta ove non ne siano presentate almeno due", a meno che l'avviso d'asta non preveda espressamente che si procederà all'aggiudicazione anche nel caso di presentazione di una sola offerta.

Tale norma - che, peraltro, nulla dispone per la ipotesi in cui, presentate due offerte, una venga poi esclusa - costituisce certamente espressione di un principio generale delle procedure di evidenza pubblica ed è stata evidentemente dettata per consentire alle stazioni appaltanti la selezione del migliore contraente attraverso un effettivo confronto concorrenziale delle offerte, possibile soltanto in presenza di una pluralità di partecipanti alla gara.

Tale principio stabilisce che le offerte "presentate" siano, dunque, almeno più di una, a meno che l'Amministrazione non abbia ritenuto di autolimitarsi, considerando nel bando possibile l'aggiudicazione anche in presenza di una unica offerta.

Se è vero, quindi, che la volontà del Legislatore esternata nella norma citata è nel senso di garantire la libera concorrenza con le relative conseguenze, è pur vero, comunque, che lo stesso Legislatore ritiene soddisfatto il principio anzidetto ove si sia verificata una partecipazione alla gara di più ditte.

Del resto la norma citata, nel suo testo letterale, non può far sorgere dubbi interpretativi, considerando essa deserta la gara qualora di offerte non ne siano "presentate almeno due".

La ratio legis è, pertanto, nel senso di garantire una pluralità di partecipanti alla gara soltanto nel momento della presentazione delle offerte e non anche la futura sorte di tali offerte, a causa di eventuali vizi, non imputabili, come nella specie, all'unico concorrente rimasto in gara, che potrebbero determinare poi l'esclusione dalla gara stessa nella fase finale della valutazione.

D'altronde, in proposito, questa Sezione ha avuto già occasione di affermare, con condivisibile decisione, che ai sensi dell'art. 69 cit. una gara di appalto deve ritenersi deserta solo "ove non siano state presentate almeno due offerte" e che tale norma non è comunque applicabile laddove "una delle offerte presentate sia poi stata ritenuta anomala e quindi esclusa" (cfr. Cons. St., Sez. VI 21.7.2003, n.4210).

L'ipotesi prevista dall'art. 69 cit., secondo cui non può procedersi all'aggiudicazione in caso di presentazione di una sola offerta, pertanto, non può essere assimilata (come erroneamente ritenuto dal TAR) alla diversa ipotesi di gara in cui risulti l'esistenza in concreto di una sola offerta, per essere state le altre escluse a causa di violazioni delle disposizioni attinenti la procedura concorsuale, riguardando essa, esclusivamente, la fattispecie in cui ad una gara sia stata presentata una sola offerta avendovi partecipato un solo concorrente, sicché soltanto in questa ipotesi non è possibile l'aggiudicazione, a meno che non sia stato preventivamente stabilito il contrario nella prevista disciplina.

Ora, nel caso in esame, la società Mediterranea Espurghi è stata in un primo momento ammessa alla gara in questione (in fase di prequalificazione) e, soltanto successivamente,

è stata esclusa dalla stessa, secondo quanto disposto appunto nei verbali datati 12.2.2005 e 12.4.2005 dell'apposita Commissione, con la conseguenza che il principio generale avanti richiamato è stato certamente soddisfatto nella specie, avendo alla gara predetta partecipato due imprese concorrenti di cui una poi esclusa legittimamente nella fase successiva, dopo l'acquisizione e la valutazione della documentazione prefettizia avanti menzionata.

Del resto, se si ritenesse diversamente, si giungerebbe ad escludere ingiustamente, nel caso di cui si tratta, l'unica offerta in astratto ritenuta idonea in conseguenza dell'inadempimento e della non corretta presentazione della domanda di partecipazione proveniente da altri concorrenti che non si sono attenuti alla prevista disciplina riferita alla procedura concorsuale in questione.

Pertanto, non può condividersi, in conclusione, la statuizione del giudice di primo grado, come sopra contestata, che ha accolto, sotto il profilo anzidetto, l'impugnativa proposta contro il provvedimento di aggiudicazione, emanato nella specie in favore della ditta I.C.M. Costruzioni, unico concorrente rimasto in gara.

4. Sulla base delle considerazioni che precedono, la sentenza impugnata, in accoglimento dei riuniti ricorsi in appello, deve essere, dunque, riformata nella parte in cui ha accolto il motivo aggiunto sopra descritto.

Quanto alle spese giudiziali, ritiene il Collegio che nella specie sussistano giustificate ragioni per disporre, tra le parti in causa, la integrale compensazione delle stesse.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe specificati, così dispone:

- riunisce i ricorsi in appello n.4724 e n.4725 del 2007;
- accoglie entrambi gli appelli principali anzidetti;
- respinge il ricorso incidentale proposto dalla s.r.l. Mediterranea Espurghi;
- spese compensate;
- ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 19 febbraio 2008 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

GIUSEPPE BARBAGALLO Presidente

CARMINE VOLPE Consigliere

PAOLO BUONVINO Consigliere

DOMENICO CAFINI Consigliere est.

ALDO SCOLA Consigliere

Presidente

Giuseppe Barbagallo

Consigliere Segretario

Domenico Cafini Domenico Cafini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....06/05/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva