

N. 01701/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00254/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 254 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Italia Net Ingegneria Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Denis Scarmozzino, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Napoli, via Cesario Console, n. 3;

contro

il Comune di Apice, in persona del Sidaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Giacomo Papa, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Raffaele Anatriello in Napoli, Via Fiorito – Parco Labriola;

nei confronti di

Francescangelo Possemato, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) dell'avviso pubblico per l'affidamento dell'incarico di attività di supporto al RUP, pubblicato in data 21 novembre 2011, di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto ovvero consequenziale e per la conseguente

declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato;

nonché, con i motivi aggiunti depositati il 28 febbraio 2012:

b) della determinazione n. 344 del 23 dicembre 2011, avente ad oggetto:

“Approvazione affidamento incarico supporto al RUP per redazione dello studio di fattibilità ex art. 14, comma 2 del D.P.R. n. 207/2010, da porre a base di gara ai sensi dell’art. 153 del citato D.P.R., per il project financing per la riqualificazione urbana del centro storico”;

c) del verbale della seduta di gara, del 21 dicembre 2011, di apertura delle buste contenenti le offerte.

Visto il ricorso introduttivo, il ricorso per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Apice;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2012 la Dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come da verbale d’udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 c.p.a.;

Richiamato in fatto quanto esposto nel ricorso e negli scritti difensivi;

Considerato:

- che merita accoglimento l’eccezione preliminare sollevata alla difesa dell’amministrazione resistente, a motivo dell’omessa tempestiva impugnazione della determinazione di affidamento dell’incarico;

- che, infatti, come emerge dalla documentazione versata in atti, la determina dell’UTC n. 344 del 23 dicembre 2011 è stata pubblicata all’albo pretorio *on line* in data 27 dicembre 2011 e, dunque, nove giorni prima della sottoscrizione del ricorso introduttivo;

- che, dunque, all’atto di proposizione del ricorso la determina di affidamento dell’incarico era stata non solo adottata ma anche pubblicata, peraltro con la stessa forma prevista per la pubblicazione dell’avviso

pubblico di indizione della procedura ed in conformità alla previsione introdotta con l'art. 32 della l. n. 69 del 2009, ed era, quindi, conoscibile dalla ricorrente;

- che alcun rilievo assume la circostanza, dedotta dalla difesa della ricorrente, che l'albo pretorio *on line* non consentisse la visualizzazione integrale del suddetto provvedimento, resa possibile solo a seguito della digitalizzazione del documento, a partire dal 6 febbraio 2012;

- che, infatti, non è in contestazione la visualizzazione, sin dal 27 dicembre 2011, dei seguenti elementi: «numero pubblicazione 825 – oggetto atto *“approvazione affidamento incarico supporto RUP per redazione dello studio di fattibilità ex art. 14, comma 2 del D.P.R. n. 207/2010, da porre a base di gara ai sensi dell'art. 153 del citato D.P.R., per il project financing per la riqualificazione urbana del centro storico”*»;

- che questi elementi di per sé soli erano idonei a manifestare la lesività della determinazione assunta, a prescindere dall'integrale contenuto dell'atto, in specie considerando che il bene della vita anelato dalla ricorrente è proprio l'aggiudicazione, rispetto alla quale la sola impugnazione dell'avviso pubblico di indizione della selezione è meramente strumentale;

- che il Collegio aderisce, infatti, all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale sebbene (v. tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2007 n. 1948; TAR Abruzzo, L'Aquila, 31 gennaio 2008 n. 46) l'annullamento dell'atto presupposto comporta di regola l'automatica caducazione dell'atto consequenziale, a tale regola fanno eccezione le fattispecie nelle quali con l'atto posteriore sia stato conferito un bene o una qualche utilità ad un soggetto non qualificabile come parte necessaria nel giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto; il ricorrente, dunque, è esonerato dall'impugnare anche tutti gli atti strettamente conseguenti rispetto a quello presupposto, a condizione però che con tali atti non vengano in gioco

posizioni di terzi, in quanto tale eventualità implica la necessità di consentire la loro difesa in giudizio non già attraverso il rimedio dell'opposizione di terzo - che costituisce pur sempre una patologia del processo -, ma mediante la notificazione del ricorso da proporre avverso l'atto conseguente nei termini di decadenza. In coerenza con tali principi, si è detto che l'immediata impugnabilità di un bando di gara non esclude che l'invalidità derivata dell'atto finale debba pur sempre essere fatta valere con i rimedi tipici del processo impugnatorio, in quanto alla regola che l'atto autoritativo può essere privato dei suoi effetti unicamente se annullato con pronuncia giudiziale è consentito derogarsi - con riconoscimento dell'effetto "caducante" dall'annullamento dell'atto presupposto - nel solo caso in cui nel giudizio relativo a detto atto siano state intimate le parti necessarie di un eventuale giudizio concernente il provvedimento consequenziale, pena l'indebita produzione degli effetti negativi del giudicato di annullamento a carico di soggetti che mai hanno potuto esercitare il loro diritto di difesa (v. Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2007 n. 3867).;

- che, inoltre, contrariamente a quanto asserito dalla difesa della ricorrente, il ricorso introduttivo contiene solo nell'epigrafe una formula di stile riferita agli atti premessi, connessi e consequenziali nonché alla "*declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato*", del tutto insufficiente al fine di ritenere che l'impugnativa fosse estesa, sin dall'origine, anche alla determinazione di aggiudicazione;

- che non pertinente si palesa, inoltre, il richiamo all'art. 79, comma 5 del codice degli appalti;

- che, infatti, sebbene la prefata disposizione, come modificata dall'art. 2, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 53 del 2010, contempra tra i soggetti destinatari del provvedimento di aggiudicazione definitiva anche coloro che "*hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state*

ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva”, nella fattispecie oggetto di giudizio mancano i presupposti per l’applicazione di tale previsione in quanto al momento dell’adozione del provvedimento di aggiudicazione l’amministrazione non era a conoscenza della proposizione del ricorso introduttivo del presente giudizio (la cui notificazione, eseguita il 5 gennaio 2012, si è perfezionata per l’amministrazione il 9 gennaio successivo) né dell’intenzione della società ricorrente di proporlo (secondo quanto affermato dall’amministrazione resistente e non contestato dalla difesa della ricorrente, infatti, la Italianet Ingegneria S.r.l. ha fatto pervenire all’ente l’avviso ex art. 243 bis del d. lgs. n. 163 del 2006 solo contestualmente alla notificazione del ricorso); ad avviso del Collegio, inoltre, l’amministrazione, che in forza della sopra indicata disposizione è tenuta ad effettuare la comunicazione *“tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni”*, non può ritenersi obbligata, successivamente alla scadenza di tale termine, ad effettuare verifiche ulteriori per appurare se *medio tempore* siano state proposte nuove impugnative (nella fattispecie, peraltro, sono decorsi tredici giorni tra la data di adozione del provvedimento e quella di notificazione del ricorso introduttivo del presente giudizio e ben diciassette dalla data di effettiva ricezione del ricorso medesimo). Dall’art. 79, comma 5 del codice degli appalti – ispirato alla *ratio* di assicurare certezza dei termini anche con una funzione acceleratoria del contenzioso – non è, infatti, desumibile la sussistenza di tale obbligo di verifica successiva, gravando, invece, sugli interessati l’onere di tempestiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione;

- che, pertanto, conformemente all’orientamento giurisprudenziale condiviso dal Collegio, l’impugnazione del bando o dell’atto di esclusione è improcedibile nel caso di mancata impugnazione dell’aggiudicazione, in ragione del carattere inoppugnabile del provvedimento finale, attributivo dell’*utilitas* all’aggiudicatario (cfr. Cons. St. n. 1948/07; n. 2846/2006; n.

4268/2007; n. 785/2002);

- che, infatti, solo il 22 febbraio e, dunque, tardivamente, il ricorrente ha notificato i motivi aggiunti con i quali ha impugnato la suddetta determinazione di approvazione dell'affidamento dell'incarico, sebbene la lesività di tale atto fosse immediatamente percepibile sin dal 27 dicembre 2011, data nella quale gli estremi dell'atto e del suo oggetto, sono stati pubblicati, per quindici giorni, all'albo pretorio *on line* del Comune di Apice; ciò con la conseguenza che, escluso l'obbligo di notificazione individuale della determina di aggiudicazione alla ricorrente che non ha partecipato alla procedura, a mente dell'art. 41, comma 2 c.p.a. il termine di decadenza era ormai irrimediabilmente scaduto l'11 febbraio 2012;

- che, in conclusione, il ricorso introduttivo va dichiarato improcedibile per carenza di interesse mentre il ricorso per motivi aggiunti va dichiarato irricevibile per tardività;

- che sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti, in considerazione delle peculiarità della fattispecie e, segnatamente, delle incertezze interpretative sopra evidenziate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul giudizio in epigrafe indicato, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo ed irricevibile il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo D'Alessandro, Presidente

Leonardo Pasanisi, Consigliere

Brunella Bruno, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2012

IL SEGRETARIO

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