

N. 07872/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02968/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2968 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla:

società Framich s.r.l., in R.T.I. con la società Airtecnica s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonino Barletta, in Roma, piazza Margana n. 29;

contro

Comune di Agrigento, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Gueli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Silvia Volpicelli, in Roma, via Padre G. A. Filippini n 109;

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato presso gli uffici, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Società Infrater s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Muraca, con domicilio eletto presso lo studio dello

stesso, in Roma, via Cesare Battisti n.17;

società Igm s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo

della nota del Comune di Agrigento di cui al prot. n. 1401/i del 24.2.2010, con la quale, in accoglimento del ricorso dal costituendo R.T.I. Infrater s.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della società Framich s.r.l.;

del verbale della gara del Comune di Agrigento del 5.3.2010 con il quale è stata disposta l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore della società Framich s.r.l. e la sua esclusione dalla gara, con conseguente aggiudicazione definitiva in favore del costituendo R.T.I. Infrater s.r.l.;

della successiva aggiudicazione definitiva;

dell'eventuale contratto eventualmente stipulato nelle more del quale si chiede la dichiarazione di nullità e inefficacia;

dei modelli comuni di compilazione G.A.P. approvati dal Ministero dell'Interno;

nonché, ove possa occorrere, di ogni provvedimento presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per la condanna

del Comune di Agrigento al risarcimento del danno in forma specifica, tramite l'aggiudicazione in favore della ricorrente Framich s.r.l. e, in via subordinata, per equivalente secondo la quantificazione indicata in ricorso;

e con il ricorso per motivi aggiunti

della nota del R.U.P. n. 30980 del 24.5.2010, con la quale, dato atto della

tardività del ricorso in opposizione presentato dalla Infrater s.r.l., ha comunicato l'avvio del procedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva in favore della Framich e di riaggiudicazione della gara in favore della Infrater s.r.l. come già disposto con il verbale di gara rep. 743 del 5.2.2010 nonché del conseguente verbale della Commissione di gara del 9.6.2010;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Agrigento, del Ministero dell'Interno e della società Infrater s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2012 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la nota del Comune di Agrigento di cui al prot. n. 1401/i del 24.2.2010 è stato comunicato al Presidente del seggio di gara l'accoglimento del ricorso amministrativo in opposizione presentato dal costituendo R.T.I. Infrater s.r.l. e IGM s.r.l. avverso l'aggiudicazione della gara in favore della società Framich s.r.l., in quanto - sulla base della giurisprudenza sul punto specifico del Consiglio della Giustizia Amministrativa espressamente richiamata - è stato ritenuto che l'offerta della Framich s.r.l. presentasse irregolarità concernenti il modello GAP nella parte in cui è stata omessa, in violazione dell'articolo 9 del disciplinare di gara, la compilazione del campo obbligatorio relativo all'indicazione del tipo d'impresa.

Con il successivo verbale di del 5.3.2010 è stato conseguentemente disposto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore della

società Framich s.r.l. e la sua esclusione dalla gara, con aggiudicazione definitiva in favore del costituendo R.T.I. Infrater s.r.l.

Con il ricorso in trattazione la società Framich s.r.l. (d'ora in poi soltanto Framich) ha impugnato la nota di cui al prot. n. 1401/i del 24.2.2010, il verbale di gara del 5.3.2010, la successiva aggiudicazione definitiva e l'eventuale contratto eventualmente stipulato nelle more del quale si chiede la dichiarazione di nullità e inefficacia nonché i modelli comuni di compilazione G.A.P. approvati dal Ministero dell'Interno.

Ne ha dedotto l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

1- Violazione e falsa applicazione dell'articolo 21 *bis* della legge n. 109 del 1994 ed eccesso di potere per violazione dei principi in materia di autotutela amministrativa, per travisamento dei fatti, per difetto dei presupposti, per difetto di istruttoria e per violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

2- Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione del punto n. 9 del disciplinare di gara e per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

3- Violazione dell'articolo 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità e per illogicità manifesta.

4- Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1, commi 5 e 6, del D.L. n. 629 del 1982 e dell'articolo 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per sviamento di potere e violazione del principio di proporzionalità per l'illegittimità dei modelli comuni di compilazione GAP diramati dal Ministero dell'Interno.

5- Risarcimento dei danni.

Con il decreto presidenziale n. 1520/2010 del 6.4.2010 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati.

Il Ministero dell'Interno si è costituito con comparsa di mera forma in data 12.4.2010.

Il Comune di Agrigento si è costituito in giudizio in data 23.4.2010 depositando memoria, con allegata documentazione, con la quale ha dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso in quanto il ricorso in opposizione avverso l'aggiudicazione provvisoria era da ritenersi tempestivo e il modello G.A.P. deve essere compilato in tutte le sue parti obbligatorie, indipendentemente dalla circostanza che il dato richiesto possa essere acquisito *aliunde* e tenuto, altresì, in considerazione che l'amministrazione potrebbe, comunque, agire in autotutela sulla base della medesima motivazione.

Con memoria del 23.4.2010 la Framich ha ribadito che l'aggiudicazione in proprio favore era divenuta definitiva per decorso del termine di legge, con conseguente violazione dei principi in materia di autotutela tenuto conto della mancata previa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento e ha ulteriormente insistito sulle altre censure di cui al ricorso ai fini dell'accoglimento del ricorso.

Con la memoria del 28.5.2010 il comune ha insistito sulla tempestività del ricorso in opposizione e l'inconfigurabilità di un'aggiudicazione definitiva con le relative conseguenze.

Con il ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 10.6.2010 e depositato in data 15.6.2010, la Framich ha impugnato la nota del R.U.P. n. 30980 del 24.5.2010, con la quale, dato atto della tardività del ricorso in opposizione presentato dalla Infrater s.r.l., ha comunicato l'avvio del procedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva in favore della Framich e di riaggiudicazione della gara in favore della Infrater s.r.l. come già disposto con il verbale di gara rep. 743 del 5.2.2010 nonché il conseguente verbale della Commissione di gara del 9.6.2010.

Ne ha dedotto l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

1- Violazione dei principi in materia di autotutela amministrativa per la mancata indicazione dell'interesse pubblico sotteso.

2- Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione del punto n. 9 del disciplinare di gara e per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

3- Violazione dell'articolo 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, per sviamento di potere e per illogicità manifesta.

4- Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1, commi 5 e 6, del D.L. n. 629 del 1982 e dell'articolo 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per sviamento e violazione del principio di proporzionalità.

Con memoria del 17.6.2010 la Infrater ha diffusamente argomentato l'infondatezza nel merito del ricorso per motivi aggiunti del quale ha chiesto il rigetto, richiamando la consolidata giurisprudenza siciliana sul punto della compilazione del modello GAP.

Il comune ha replicato al detto ricorso per motivi aggiunti con la memoria del 2.7.2010 con la quale ha insistito per il rigetto per le medesime considerazioni già esposte in precedenza ed ha depositato documentazione integrativa in data 16.8.2010 e 4.10.2010.

Con l'ordinanza n. 3320/2010 del 16.7.2010 (riformata in sede di appello con l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4312/2010 del 16.9.2010) è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti in considerazione della circostanza che la revoca e la riaggiudicazione sono state adottate nel dichiarato esercizio del potere di autotutela e che il modello GAP non è stato correttamente compilato in tutte le sue parti.

Con la memoria dell'8.7.2010 la ricorrente ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Con la memoria conclusiva del 9.2.2011 il Comune, anche alla luce dell'ordinanza di accoglimento dell'istanza di sospensiva del Consiglio di Stato, ha argomentatamente insistito per il rigetto di entrambi i ricorsi dei quali ha ribadito e più approfonditamente illustrato l'infondatezza nel

merito.

Infine con la memoria in replica del 18.2.2011 la ricorrente ha controdedotto alle ultime difese avversarie, insistendo a sua volta ai fini dell'accoglimento.

Alla pubblica udienza del 13.7.2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla presenza degli avvocati di parte come da separato verbale di causa.

DIRITTO

La società ricorrente è stata dapprima esclusa dalla gara a seguito dell'accoglimento di un ricorso in opposizione presentato da un'altra partecipante per non avere correttamente compilato il modello G.A.P. in tutti i campi segnalati e, in particolare, per avere omesso l'indicazione del tipo di impresa; in un secondo momento, a seguito all'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare, proposta con il ricorso introduttivo del presente giudizio, che ha riconosciuto, sebbene nella sede sommaria caratteristica della fase cautelare, la fondatezza della censura inerente la tardività della predetta opposizione, la ricorrente è stata, quindi, esclusa dalla gara nell'esercizio dei poteri di autotutela spettanti all'amministrazione comunale per il medesimo motivo.

Il primo provvedimento di esclusione è stato impugnato con il ricorso introduttivo mentre il secondo è stato impugnato con il ricorso per motivi aggiunti; a seguito dell'esercizio dei poteri di autotutela l'interesse alla trattazione nel merito del ricorso introduttivo da parte della ricorrente deve ritenersi essere venuto meno con conseguente dichiarazione di improcedibilità atteso che l'originario provvedimento di esclusione è stato superato e sostanzialmente assorbito nei fatti dal detto provvedimento di autotutela.

Il ricorso per motivi aggiunti è, invece, fondato nel merito e deve quindi essere accolto.

La questione che costituisce il fulcro della presente trattazione è, peraltro, unica (per il ricorso introduttivo ed il successivo ricorso per motivi aggiunti) e consiste nella verifica della legittimità dell'esclusione fondata sulla sola circostanza della mancata corretta compilazione del modello G.A.P. in tutti i campi segnalati, con particolare riguardo al campo relativo all'indicazione del tipo di impresa.

Sul punto la giurisprudenza siciliana in materia, in primo e secondo grado, al momento di presentazione del ricorso introduttivo ed anche al successivo momento di presentazione del ricorso per motivi aggiunti era pressoché granitica nel senso di ritenere la mancata corretta compilazione del modello G.A.P. legittima causa di esclusione anche nel caso in cui la previsione dell'esclusione non fosse specificatamente indicata in sede di *lex specialis* di gara o la stessa si presentasse equivoca al riguardo, come, peraltro, si è verificato nel caso di specie.

Nelle more della definizione del presente giudizio si è invece verificato un mutamento giurisprudenziale, sia in primo che in secondo grado, del quale il Collegio ritiene di dovere tenere conto ai fini della definizione nel merito del ricorso.

Ed infatti con le recentissime pronunce del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana nn. 814/2011 e 76/2012 del 30.1.2012 la questione è stata approfonditamente rimeditata anche alla luce delle sopravvenienze normative in materia ai fini di assicurare il rispetto dei principi di semplicità ed affidamento nelle gare pubbliche.

Nella piena condivisione delle conclusioni raggiunte con le decisioni richiamate, il ricorso deve pertanto essere accolto sotto il predetto assorbente motivo di censura.

Non si ritiene di dovere trattare l'istanza risarcitoria avanzata con il ricorso introduttivo in quanto espressamente proposta in via subordinata all'ordinaria tutela giurisdizionale finalizzata all'annullamento del

provvedimento di esclusione dalla gara: a seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare da parte del Consiglio di Stato, deve ritenersi che tale interesse principale abbia trovato già piena soddisfazione.

Attesa l'evoluzione giurisprudenziale nella materia si ritiene nel caso di specie opportuno disporre tra le parti costituite la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda *Ter*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Francesco Riccio, Consigliere

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/09/2012

IL SEGRETARIO

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