

N. 09908/2014 REG.PROV.COLL.
N. 06905/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6905 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

B.P.D. Lavori Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Silvia Felicetti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 25;

contro

Comune di Artena, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Abbate, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via della Maratona, 56;

per l'annullamento,

quanto al ricorso introduttivo,

- della nota prot. 7420 del 15.04.2014 a firma del Responsabile del Servizio 6 del Comune di Artena, con la quale si è comunicato che

con Determinazione R.G. n. 120 del 3.3.2014 si era provveduto in autotutela all'annullamento della Determina n. 5/2014 avente ad oggetto "Restauro Arco Borghese - Approvazione verbale di gara - approvazione e ridefinizione del Q.T.E. - approvazione schema di contratto", e che si stava procedendo all'espletamento della nuova gara;

- della Determinazione del 3.3.2014 R.G. n. 120 del Servizio 6 del Comune di Artena con oggetto "Annullamento Determina n. 5/2014 ad oggetto Restauro Arco Borghese - Approvazione verbale di gara - approvazione e ridefinizione del Q.T.E. - approvazione schema di contratto", motivata con la riscontrata mancanza di approvazione del progetto esecutivo posto a base di gara;

- della successiva Determinazione n. 158 del 27.3.2014 con oggetto "Approvazione del progetto esecutivo Restauro Arco Borghese", pubblicata mediante affissione all'Albo Pretorio del Comune di Artena in data 31.3.2014, se e nella misura in cui risulta preordinata all'indizione della nuova gara;

- della successiva Determinazione n. 222 del 5.5.2014 con oggetto "Individuazione degli elementi del contratto e dei criteri di selezione (cottimo fiduciario) approvazione lettera invito e istanza per l'affidamento dei lavori di: Restauro Arco Borghese";

- della successiva Determinazione n. 236 dell'8.5.2014 con oggetto "Approvazione schema di contratto allo Studio Montuori Associati per la progettazione - D.L. - contabilità e

misura - coordinamento in fase di progettazione ed esecuzione C.R.E. dell'oo.pp. Restauro Arco Borghese", se e nella misura in cui risulta preordinata all'indizione della nuova gara;

e per l'annullamento, altresì,

quanto ai motivi aggiunti,

- della Determinazione n. 298 del 10.6.2014 di "Annullamento Determina n. 222/2014 ad oggetto Individuazione degli elementi del contratto e dei criteri di selezione - approvazione lettera di invito e istanza per l'affidamento dei lavori di restauro dell'Arco Borghese" in quanto espressamente preordinata all'indizione dell'ennesima procedura di gara;

- della Determinazione n. 322 del 17.6.2014 con oggetto "Restauro Arco Borghese - Determinazione a contrarre ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. 163/2006 - Scelta del sistema di gara - Appalto ai sensi dell'art. 163/2014 e s.m.i. - Procedura aperta - CUP F98I13000200006 e impegno e liquidazione pubblicazione sulla G.U.;

- degli allegati alla predetta Determinazione n. 322 del 17.6.2014, e quindi del bando di gara, del disciplinare, dell'istanza di ammissione alla gara e dichiarazione unica (all A), delle altre dichiarazioni (all. A bis., All. B, All. B bis, All. C, All. C bis, All. D) e modello G.A.P.;

- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria e definitiva dei lavori di restauro

dell'Arco Borghese, se nel frattempo intervenute;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Artena;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per la camera di consiglio del giorno 3 settembre 2014 il cons. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che il ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe, venuti in trattazione per l'esame cautelare all'odierna Camera di Consiglio, possano essere decisi direttamente nel merito, come era stato del resto preannunciato ai difensori presenti in Camera di Consiglio stessa, in quanto palesemente fondati e da accogliere, ad avviso del Collegio, alla stregua delle seguenti considerazioni:

1) Costituiscono oggetto d'impugnativa, con il ricorso e i successivi motivi aggiunti depositati il 17.7.2014, gli atti specificati in epigrafe, tra i quali assume rilievo prioritario la Determinazione del 3.3.2014 R.G. n. 120 del Servizio 6 del Comune di Artena avente ad oggetto <<Annullamento Determina N° 5/2014 ad oggetto "Restauro Arco Borghese - Approvazione verbale di gara - approvazione e ridefinizione del Q.T.E. - approvazione schema di contratto">>, motivata con la riscontrata mancanza di approvazione, per errore

materiale, del progetto esecutivo posto a base di gara;

2) Sostanzialmente, per i motivi suddetti, si è proceduto in autotutela, con il provvedimento di cui sopra, nei confronti dell'aggiudicataria (attuale ricorrente) della gara indetta dal Comune di Artena e di cui a lettera di invito del 24.12.2013, per i lavori di Restauro dell'”Arco Borghese” (importo previsto di euro 306.980,15, di cui euro 62.038,48 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), rilevandosi che l'annullamento interveniva in un termine ragionevole e che per esso sussistevano concrete ragioni di pubblico interesse;

3) Successivamente, la determina suddetta è stata comunicata alla ricorrente con nota comunale, spedita via fax, del 15.4.2014, nella quale è stato anche fatto presente “che si sta procedendo all'espletamento della nuova gara”;

4) Al riguardo, in effetti, dopo l'approvazione (27.3.2014) del progetto esecutivo dei lavori in questione, sono intervenuti ulteriori atti, specificati in epigrafe, tra i quali quello (determina del 5.5.2014) di indizione di nuova gara con relativa lettera di invito e criteri di selezione; tali ulteriori atti sono anch'essi impugnati dall'istante, nel ricorso introduttivo, se e nella misura in cui sono appunto preordinati a nuova procedura di appalto; i provvedimenti, invece, n. 298 del 10.6.2014 e n. 322 del 17.6.2014, riguardano, previo annullamento della precedente gara indetta il 5.5.2014, l'ulteriore indizione di una nuova gara (la terza) a procedura aperta (sempre per i medesimi lavori), la relativa determina a contrarre, gli allegati

costituenti atti di disciplina della gara medesima, ed anch'essi sono contestati con motivi aggiunti da ultimo depositati il 17.7.2014;

5) Stante quanto sopra, deve essere condiviso il primo motivo del ricorso introduttivo nella parte in cui si lamenta che l'Amministrazione ben avrebbe potuto, anziché annullare subito l'aggiudicazione e l'intera procedura di gara, procedere alla convalida degli atti viziati, ai sensi dell'art. 21 nonies comma 2 della legge n. 241/1990, mediante approvazione del progetto esecutivo (cui la P.A. ha invece proceduto il 27.3.2014, peraltro senza alcuna modifica del progetto stesso, che difatti, ben prima dell'indizione della gara in data 20.12.2013, era già stato consegnato il 7.10.2013 dal professionista incaricato) anche se dopo l'aggiudicazione, in tal modo emendando un proprio errore senza farne ricadere le conseguenze sull'aggiudicatario, in ossequio, tra l'altro, ai principi di economia e buon andamento dell'azione amministrativa;

6) Il potere di convalida costituisce, in effetti, se (come nella specie) è possibile esercitarlo, opzione prioritaria, particolarmente quando l'amministrazione deve emendare vizi dell'atto derivanti da un proprio comportamento colpevole (omessa verifica e vigilanza a scapito delle regole di correttezza e buona fede da osservarsi nei rapporti con i soggetti con i quali essa viene in contatto). E d'altra parte, nel caso di cui trattasi, certamente non ostava a tale possibilità di convalida la circostanza che l'Amministrazione non poteva sapere ex ante se e come il progetto esecutivo sarebbe stato approvato, dal

momento che l'annullamento dell'aggiudicazione ben poteva eventualmente essere effettuato, in caso di modifiche sostanziali del progetto esecutivo stesso (che poi non vi sono state) o in caso di sua mancata approvazione, dopo le relative determinazioni;

7) Il profilo suddetto assume poi rilievo ancor più pregnante, nel senso preteso dalla parte ricorrente, se si considera, ulteriormente, che l'Amministrazione, anziché procedere, come avrebbe potuto, alla regolarizzazione della procedura, si è affrettata ad intervenire in autotutela con provvedimento carente di motivazione sulla sussistenza ed individuazione di un interesse pubblico comparativamente tale da giustificare l'incisione dell'interesse del privato (cui nella specie poi nemmeno è stato comunicato l'avvio procedimentale ex art. 7 L. n. 241/90), tenuto anche conto in proposito che alla ditta ricorrente era già stata comunicata l'aggiudicazione ex art. 79, comma 5 lettera a) del D.Lgs. n. 163/2006 (norma prevista per le comunicazioni all'aggiudicatario definitivo) e ad essa ditta erano già stati in un primo tempo consegnati i lavori sotto le riserve di legge "nelle more della firma del contratto" in data 10.1.2014;

8) I vizi di cui sopra inficiano poi, in via derivata (come dedotto appunto dall'istante), anche le determinazioni di indizione della nuova gara e i relativi atti procedimentali (quelli contestati con il ricorso introduttivo e quelli da ultimo impugnati con i motivi aggiunti), eccezion fatta per le determine di approvazione del

progetto esecutivo (158/2014) e di approvazione degli accordi con l'arch. Montuori (236/2014), trattandosi, per queste specifiche determine, di atti solo condizionatamente impugnati dall'istante (nei limiti della loro preordinazione a nuova gara) ed atteso che comunque essi ben potranno conservare la loro validità anche ai fini e nell'ambito della riedizione degli atti in ottemperanza della presente sentenza;

9) Quanto alle eccezioni di inammissibilità mosse dall'Amministrazione resistente nella memoria depositata il 29.8.2014, le stesse sono prive di pregio e devono essere disattese. Anzitutto, invero, va riconosciuto l'indubbio interesse dell'istante (negato invece nella prospettazione della P.A.) ad ottenere l'annullamento anche della terza procedura di gara (essendo stata annullata la seconda dalla stessa Amministrazione), non rilevando in contrario la mancata partecipazione dell'istante medesima a tale procedura così come alla seconda, poiché l'interesse della vita che la ricorrente legittimante e prioritariamente persegue è quello di ottenere l'annullamento dell'intervento in autotutela operato sulla prima gara (di cui era risultata aggiudicataria) ai fini della riviviscenza quindi (mediante gli atti da assumere in sede di ottemperanza) di una situazione soddisfattiva di tale stesso interesse, conformemente al dictum della presente sentenza. Né rilevano, ai fini pretesi dall'Amministrazione, le modalità e i differenti criteri della nuova gara, atteso che non erano ad essi correlati i motivi dell'originario

provvedimento di autotutela impugnato e considerato che l'interessata persegue l'annullamento in radice della gara stessa, la cui indizione è stata del resto, prima di tutto, determinata (o consentita) proprio dall'intervenuto annullamento della prima procedura (ed è evidente quindi che i vizi, come sopra riconosciuti, di tale annullamento, si riflettono inevitabilmente sulle nuove gare indette dalla P.A. sempre per l'affidamento dei lavori in questione);

10) Per ciò che attiene poi al profilo di ulteriore inammissibilità per mancata notifica dei motivi aggiunti all'aggiudicataria della gara indetta con la determinazione n. 332/2014 (impresa Mazzaferri), è anch'esso non condivisibile, dato che la stessa Amministrazione, sia nell'atto n. 440 del 26.8.2014, sia nella memoria difensiva (cfr. pag. 6) depositata in atti il 29.8.2014, sia oralmente in sede di Camera di Consiglio, ha prospettato trattarsi di "aggiudicazione provvisoria" (non tale quindi da costituire una posizione qualificabile al livello di un vero e proprio controinteressato).

E d'altra parte, in caso di contestazione in radice della procedura di gara, il rapporto tra gli atti di inizio della gara ritualmente impugnati e l'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva si pone nel senso di un rapporto di consequenzialità immediata, diretta e necessaria; in sostanza l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono da compiere nuove e ulteriori valutazioni discrezionali in merito alla scelta di affidare il servizio mediante quella gara, con la conseguenza che non occorre impugnare

gli atti di aggiudicazione (e notificare di conseguenza l'impugnativa agli aggiudicatari) ove siano impugnati quelli di indizione del procedimento di gara, in quanto l'annullamento del bando di gara travolge il provvedimento di aggiudicazione, sicché la mancata impugnazione di quest'ultima non determina l'improcedibilità del ricorso originario (v. al riguardo Consiglio di Stato, sez. V , 27 marzo 2013 n. 1828; T.A.R. Perugia, Umbria, I, 06/06/2012, n. 204; Consiglio di Stato, sez. III, 11/03/2011, n. 1581; T.A.R. Lecce, sez. III, 20 febbraio 2010, n. 576; CdS n. 5384/2008; n. 2482/2011, n. 4207/2005);

Ritenuto, dunque, che il ricorso e i motivi aggiunti, sulla base delle superiori considerazioni e con assorbimento di ogni profilo di censura non esaminato, debbano essere accolti, con annullamento, per l'effetto, della Determinazione del 3.3.2014, relativa comunicazione del 15.4.2014 e di tutti gli atti successivi, relative a nuove gare, specificati in epigrafe (nei limiti dell'interesse e di quanto risultante dalla parte motiva) con caducazione, altresì, degli ulteriori atti intervenuti in conseguenza di tali nuove gare (cfr. determina n. 440/26.8.2014);

Ritenuto altresì che la riedizione degli atti in esecuzione della presente sentenza costituisca sufficiente risarcimento in forma specifica (secondo la richiesta dell'istante, avendo quest'ultima del resto solo in via subordinata chiesto il risarcimento per equivalente e per responsabilità precontrattuale);

Ritenuto, infine, quanto alle spese, che le stesse, data la particolarità delle questioni trattate, possano essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe, ed annulla per l'effetto gli atti impugnati, nei termini e nei limiti specificati in epigrafe stessa, con caducazione altresì degli ulteriori atti come sopra indicati.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Carlo Polidori, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/09/2014

IL SEGRETARIO

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