

Nella prudente ponderazione dei costi e dei benefici che una radicale revoca (nella specie, trattasi, però, di vero e proprio annullamento con effetto ex tunc) d'un procedimento amministrativo e nel suo integrale rifacimento, la P.A. deve tener conto anche della maggior celerità che il nuovo procedimento possa assicurare ad una più efficace cura dell'interesse: la rinnovazione del procedimento deve limitarsi a quella parte della gara, nella specie successiva alla regolare acquisizione delle offerte tecniche, su cui v'è certezza d' illegittimità, ogni diversa e totalitaria soluzione, se non accompagnata da evidenti ragioni d' inutilizzabilità del materiale istruttorio già acquisito, essendo in contrasto con le regole d' economicità e d' efficacia dell' azione amministrativa e con il divieto d' aggravare illegittimamente la procedura

In tema di legittimo esercizio del potere di autotutela di cambiamento dei criteri di aggiudicazione di una procedura di gara, merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 2766 del 29 marzo 2007:

<In particolare, la stazione appaltante, per un verso, richiamò vicende reputate illegittime o tali comunque da aver inficiato la regolarità della gara originaria e, per altro verso, fece riferimento ad esigenze d'opportunità in ordine al mutato contesto, sì da rendere più efficace, oggettivo e celere il rifacimento della gara stessa con il criterio del prezzo più basso, ma così dimenticando il principio per cui non si può procedere all'annullamento d'una gara per meri motivi d'opportunità>

ma vi è di più

< la revoca della gara, fin quando non sia intervenuta l'aggiudicazione dell'appalto pubblico — momento, questo, che segna, con l'incontro della volontà delle parti, il sorgere d'una posizione di diritto soggettivo perfetto in capo all'impresa aggiudicataria—, rientra certo, anche quando riguardi la modifica delle regole di scelta del contraente, nella potestà discrezionale della stazione appaltante

Tuttavia, ciò deve pur sempre avvenire secondo gli ordinari canoni dell'autotutela e, quindi, qualora vi siano concreti motivi d'interesse pubblico tali da rendere effettivamente inopportuna o illegittima la prosecuzione della gara nella sua originaria dimensione

Peraltro, l'obbligo di motivazione della revoca dell'indizione d'una gara d'appalto può essere assolto in modo meno rigido, soltanto se detta revoca avvenga quand'ancora nessuna impresa abbia presentato la propria offerta .>

Appare inoltre importante riportare il seguente passaggio:

< la stazione appaltante teme per i diritti delle imprese partecipanti, dimenticando d'aver affermato, per giustificare l'annullamento della prima gara disposto con la determinazione n. 124/2005, che non v'erano posizioni (di solo interesse legittimo, peraltro) consolidate in capo a quelle che avevano proposto offerta.

Né ha gran senso parlare delle possibili reazioni delle imprese che oggi avrebbero i requisiti per la partecipazione, perché:

A) – il ripristino della precedente gara implica l'immodificabilità, per un verso, delle offerte già proposte nella gara ripristinata e, per altro verso, dei requisiti di partecipazione;

B) – non v'è alcun interesse qualificato in capo a chi, terzo rispetto alle imprese che furono coinvolte nella vecchia procedura e dall' avviso d'avvio della revoca di questa, non era legittimato ad impugnare il bando o non lo fece

; C) – è irrilevante la doglianza del terzo non partecipante per l'omessa revoca d'una gara cui non poté partecipare sol perché adesso avrebbe raggiunto i requisiti per esservi ammesso, per la duplice ragione che a quella gara avrebbe potuto tentare di partecipare in forma associata e che, comunque, il bando della nuova gara non necessariamente deve recare re-quisiti atti a soddisfare tale terzo.>

in merito inoltre alla scelta fra i due criteri di aggiudicazione, l'adito giudice romano sottolinea che:

< Tanto non volendo considerare che, in disparte l'abbassamento della soglia di valore introdotta dal Dlg 163/2006, è jus receptum nella giurisprudenza comunitaria che, pure per gli appalti c.d. "sotto soglia", spetta alle amministrazioni aggiudicatrici la libertà di scelta in merito al criterio d'aggiudicazione da utilizzare, in tutti i casi in cui esse lo ritengano opportuno.

**In al-tri termini, e ciò il Dlg 163/2006 recepisce nell'ordinamento positivo, è in facoltà delle predette amministrazioni optare liberamente tra il criterio del massimo ribasso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per mezzo del quale è possibile dar importanza, ove ciò serva agli interessi specifici dell'ente aggiudicatore, ai fattori tecnico e temporale, anziché al mero dato del prezzo.>**

Per quanto concerne la richiesta di risarcimento del danno, l'adito giudice ci insegna che, il risarcimento in forma specifica è l'annullamento delle determinazioni impugnate restaura la chance che si assume pregiudicata:

< Per quanto attiene alla domanda risarcitoria, considerato che si deve ancora completare il quadro delle offerte tecniche e la definitiva valutazione di quelle economiche, l'annullamento delle determinazioni impugnate restaura la chance che si assume pregiudicata e funge da strumento di tutela in forma specifica, allo stato soddisfacente in assenza dell'accertamento amministrativo sulla spettanza alla ricorrente del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione definitiva ).>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE  
AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO, SEZ. II  
ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 8327/2006, proposto dalla \*\*\*, corrente in Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo BARBERIS ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via A. del Pollaiuolo n. 3;

**CONTRO**

il COMUNE DI ROMA, in persona del sig. Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio GRAZIOSI ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via del Tempio di Giove n. 21

**E NEI CONFRONTI**

- della \*\*\* s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, controinteressata, rappresentata e difesa dall'avv. Benedetto Giovanni CARBONE ed elettivamente domiciliata in Roma, al viale di Villa Grazioli n. 13,
- dell'arch. Lucia \*\*\*, intervenitrice ad opponendum, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro FUSILLO ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Cicerone n. 66 e
- della Impresa \*\*\* Ing. Giancarlo s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, intervenitrice ad opponendum, rappresentata e difesa dall'avv. Benedetto Giovanni CARBONE ed elettivamente domiciliata in Roma, al viale di Villa Grazioli n. 13;

#### PER L'ANNULLAMENTO

A) – della determinazione dirigenziale n. 864 del 14 luglio 2006, con cui il Comune intimato ha annullato la gara per l'affidamento dei lavori di re-stauro degli edifici all'interno di Villa Torlonia in Roma (restauro del teatro) e ha indetto un nuovo procedimento concorsuale per le stesse opere; B) – della determinazione dirigenziale n. 124 del 4 ottobre 2005, ivi richiamata ed anch'essa conosciuta solo il 24 luglio 2006 a seguito di pubblicazione di avviso su alcuni giornali quotidiani nazionali; C) – d'ogni altro atto pre-supposto, connesso o consequenziale e, in particolare, del bando d'indizione della nuova gara, pubblicato nella G.U. del 4 agosto 2006 e della relativa aggiudicazione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimato;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 10 gennaio 2007 il Cons. dott. Silvestro Maria RUSSO e uditi altresì, per le parti, gli avvocati BARBERIS, CEC-CARELLI (per delega dell'avv. GRAZIOSI), CARBONE e FUSILLO;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato in GUCE, nella G.U. ed all'Albo comunale dal 20 settembre al 22 novembre 2004, il Comune di Roma indisse un pubblico in-canto esecutivo per l'intervento di restauro sul teatro di Villa Torlonia in Roma, da aggiudicarsi appunto con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in base agli elementi del prezzo [40% del peso ponderale dell'appalto] e del valore dell'offerta tecnica [60%]), per un importo a base d'asta pari a € 5.750.579,39.

A tal procedura assume d'aver partecipato, tra le altre imprese, pure la \*\*\*, corrente in Roma, proponendo rituale offerta. Tuttavia, a causa di eventuali incompatibilità in capo al Presidente del seggio di gara ed altre vicissitudini, la procedura di gara non fu portata a termine, fintanto che la stazione appaltante, con nota prot. n. 13881 del 12 agosto 2005, non comunicò l'avvio del procedimento di revoca della gara stessa. Nonostante l'atto d'opposizione e diffida della \*\*\*, la stazione appaltante, con determinazione dirigenziale n. 124 del 4 ottobre 2005, dispose la revoca della gara stessa e ne indisse un'altra, da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso percentuale sul prezzo offerto rispetto all'importo complessivo dei lavori a base di gara, al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza, determinato a prezzi unitari.

La \*\*\*, che dichiara di non aver nulla saputo al riguardo fino al momento del proprio accesso agli atti della complessa procedura, fa altresì presente che la nuova gara non ebbe alcuna esecuzione, a causa di vari interventi del Segretario generale del Comune di Roma e dell'Avvocatura comunale, tesi a far constare la necessità della conservazione degli atti della procedura originaria. Dal canto suo, l'Autorità di vigilanza sui ll.pp. – AVLP, a suo tempo investita della questione, con propria deliberazione n. 26 del 9 maggio 2006, ha concluso per la conservazione degli atti giuridici e per la necessità che la stazione appaltante provveda, senza ulteriori ritardi, al riavvio della procedura stessa per l'affidamento e l'inizio dei lavori in questione. Sennonché è intervenuta la determinazione dirigenziale n. 864 del 14 luglio 2006, con cui il Comune di Roma, nel riprendere ed integrare la precedente determinazione n. 124/2005, ha definitivamente annullato l'originaria

gara per l'affidamento dei lavori di restauro degli edifici all'interno di Villa Torlonia in Roma e ha indetto un nuovo procedimento concorsuale per le stesse opere.

Avverso tali provvedimenti insorge allora la \*\*\*. innanzi a que-sto Giudice, con il ricorso in epigrafe, deducendo in punto di diritto due ar-ticolati motivi d'impugnazione. Resiste in giudizio l'intimato Comune di Roma, il quale conclude per l'infondatezza della pretesa attorea. S'è costituita nel presente giudizio pure la controinteressata \*\*\* s.p.a., corrente in Roma, la quale eccepisce preliminarmente la tardività del gravame av-verso la determinazione n. 124/2005 e, nel merito, l'infondatezza del ricor-so in epigrafe, conclusioni, queste, cui perviene anche l'Impresa \*\*\* Ing. Giancarlo s.p.a., corrente in Roma, quale interventrice ad opponendum in questo giudizio. Interviene ad opponendum pure l'arch. Lucia \*\*\*, dirigente pro tempore dell'U.O. del Comune di Roma che ha svolto le fun-zioni di stazione appaltante nella procedura per cui è causa, eccependo l'irricevibilità del ricorso in epigrafe e, nel merito, l'infondatezza della pre-tesa qui azionata.

Alla pubblica udienza del 10 gennaio 2007, su conforme richiesta dei patroni di parte, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

#### DIRITTO

1. – Viene all'odierno esame del Collegio la complessa vicenda, costella-ta da varie statuizioni e ripensamenti circa il metodo stesso d'aggiudica-zione ed inerente alla gara ad evidenza pubblica per i lavori di restauro del teatro di Villa Torlonia in Roma, il cui progetto esecutivo fu a suo tempo approvato in forza della deliberazione della Giunta comunale di Roma n. 686 dell'11 novembre 2003.

2.1. – Per una miglior comprensione delle assai articolate vicende che, in varia guisa, hanno riguardato la procedura d'appalto in questione, il Collegio ritiene opportuna una descrizione, secondo la scansione temporale in cui avvennero, dei relativi fatti, a loro volta caratterizzati da o manife-stati attraverso una fittissima trama di corrispondenze tra vari organi del Comune aggiudicatore, la stazione appaltante e le imprese partecipanti al-la gara, in particolare l'odierna ricorrente \*\*\*.

2.2. – Ebbene, in relazione all'approvazione di tal progetto esecutivo per l'intervento di restauro sul teatro di Villa Torlonia, con determinazione di-rigenziale n. 88 del 7 luglio 2004, il Dipartimento XII, U.O. IV del Comune di Roma assunse le funzioni di stazione appaltante ed approvò la relativa asta pubblica a'sensi dell'art. 21, c. 1-ter della l. 11 febbraio 1994 n. 109 e dell'allora vigente art. 9, c. 2, lett. b) del Dlgs 22 gennaio 2004 n. 30. Sicché, con bando pubblicato in GUCE, nella G.U. ed all'Albo comunale dal 20 set-tembre al 22 novembre 2004, il Comune di Roma indisse tale pubblico in-canto, da aggiudicarsi appunto con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in base agli elementi del prezzo [40% del peso ponderale dell'appalto] e del valore dell'offerta tecnica [60%]), per un importo a base d'asta pari a € 5.750.579,39. Si tratta, come meglio si vedrà appresso, della procedura cui assume d'aver partecipato, tra le altre imprese, pure l'odierna ricorrente, proponendo rituale offerta.

Nelle more dell'aggiudicazione, si verificò la ripetizione dei sorteggi per la nomina del seggio di gara e, dopo varie vicissitudini, a Presidente di que-sto fu nominato il Direttore del Dipartimento XII, arch. Maria Lucia \*\*\*, nonché, tra gli altri, pure l'arch. Livio \*\*\*, il quale risultò es-ser vicino di casa dell'assessore pro tempore ai ll.pp. del Comune di Roma on.le Giancarlo \*\*\*.

Da ciò l'esposto in data 13 maggio 2005 della \*\*\* LAVORI s.r. l., corrente in Roma, rivolto al Segretario generale del predetto Comune ed all'Autorità di vigilanza sui ll.pp.–AVLP, ove si stigmatizzarono l'indebita ripetizione del sorteggio per il seggio di gara, la sospetta incompatibilità dell'arch. \*\*\* in base all'art. 21, c. 5 della l. 109/1994 ed il sospetto col-legamento tra l'arch. \*\*\* e l'ass. \*\*\*.

Avuto riguardo a tali eventi, il Segretario generale del Comune, con propria nota prot. n. 12712 del 24 maggio 2005, invitò allora l'arch. \*\*\* a rassegnare le dimissioni dal seggio di gara. Inoltre, anche a seguito del ci-tato esposto, il Servizio ispettivo dell'AVLP, con nota prot. n. 23874/ 05 del 15 giugno 2005, aprì una procedura di verifica sul sorteggio della Commis-sione giudicatrice e sulla nomina del relativo Presidente.

2.3. – Dal canto suo, la stazione appaltante, nel frattempo trasferita alle dipendenze della Sovrintendenza comunale ai bb.cc. e ridenominata U.O. «Edilizia monumentale», chiese, con nota prot. n. 12728 del 25 luglio 2005, un parere al Segretario generale ed all'Avvocatura comunale sull'intera questione dell'appalto.

L'Avvocatura, con nota prot. n. 44963 del 10 agosto 2005, concluse: A) – per il dubbio circa l'incompatibilità del Presidente del seggio di gara; B) – nel senso di condividere il rifacimento della gara, stavolta con il metodo del prezzo più basso; C) – per l'assenza di posizioni consolidate, non essendo state ancora aperte le buste contenenti l'offerta tecnica, in capo alle imprese concorrenti per quanto atteneva all'esercizio dell'autotutela. Il citato parere si premurò anche d'avvertire la stazione appaltante, in relazione all'indagine avviata dall'AVLP, di verificare lo stato di quest'ultima prima di provvedere in qualunque senso.

Quindi, con nota prot. n. 13881 del 12 agosto 2005, la stazione appaltante comunicò ai vari soggetti coinvolti nella gara di qua l'avvio del procedimento d'annullamento in autotutela dell'asta pubblica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo «... venute meno le ragioni di opportunità e convenienza dell'Amministrazione in quanto è prevalente l'interesse al sollecito inizio dei lavori...». In particolare, l'avviso giustificò il futuro annullamento perché: A) – «... la valutazione tecnica delle offerte fino ad oggi operata non è più utile dovendosi procedere alla nomina di nuova commissione...», per la presunta incompatibilità del Presidente e per l'ammissione cautelare, disposta dal Consiglio di Stato, di un'impresa, la cui offerta non è ancora stata valutata; B) – «... è venuta meno l'apprezzabilità dei tempi di esecuzione ...»; C) – «... la facoltà dei partecipanti di proporre soluzioni tecnologiche migliorative (punti 15/ 100) può ingenerare difficoltà (e protrazione ulteriore dei tempi per l'aggiudicazione) a causa delle necessarie verifiche e confronti di compatibilità con il progetto esecutivo a base di gara e il progettista...»; D) – «... l'ap-prezzamento (punti 15/100) della ingegnerizzazione dei lavori può essere trascurata...», perché il progetto a base d'asta era già esecutivo e vi fu la rivalutazione d'un prevalente interesse al sollecito inizio dei lavori.

La \*\*\*, con missiva del 31 agosto 2005, per vero avanzò rilievi nei riguardi del procedimento d'autotutela, osservando l'assenza nella specie d'un interesse pubblico al riesame della gara e diffidando la P.A. a non provvedervi.

Al riguardo, con nota prot. n. 52720 del 3 ottobre 2005, l'Avvocatura comunale, interpellata dalla stazione appaltante su siffatta missiva con la nota n. 12728/2005 e rammentando il parere di cui alla precedente nota n. 44693/2005, fece presente che «...l'autotutela decisoria è atto che involge la discrezionalità tecnica del Dirigente, subordinata (per la sua legittimità) a regole costantemente affermate dalla Giurisprudenza: a) obbligo di motivazione; b) la presenza di concrete ragioni di pubblico interesse non riducibili alla mera esigenza del ripristino della legalità; c) la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto del riesame, ...; d) il rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale...; e) l'adeguata istruttoria...». L'Avvocatura comunale tese, peraltro, a ribadire che, ferma la competenza esclusiva della stazione appaltante a provvedere in riesame, che, se ritenute condivisibili le osservazioni della SAC, si sarebbe dovuto proseguire nella procedura con la sola eliminazione dei vizi effettivamente riscontrati o, nel caso contrario, si sarebbe dovuto provvedere sì in autotutela, ma dando idonea contezza delle ragioni di non condivisione di dette osservazioni. In quest'ultimo caso, l'Avvocatura rese noto alla stazione appaltante il principio, fermo in giurisprudenza, che l'esercizio dell'autotutela deve tener conto del canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici, con riguardo alle specifiche regole d'economicità dell'azione amministrativa e di non aggravamento del procedimento.

Anche il Segretario generale del Comune di Roma, con propria nota prot. n. 22971 del 3 ottobre 2005, nel rispondere alla lettera della stazione appaltante n. 12728/2005 e dopo aver brevemente riassunto lo stato della procedura di gara e le osservazioni della \*\*\*, reputò che l'esercizio dell'autotutela nella specie avrebbe esposto «... l'Amministrazione a censure di legittimità e provocare l'emergere di richieste di risarcimento da parte delle imprese concorrenti...». Sicché egli

ritenne di «... sostenere l'opportunità di riattivare la procedura di gara interrotta, procedendo alla nomina della nuova Commissione tecnica e alla conseguente rivalutazione delle offerte tecniche, ... compresa quella della concorrente ammessa dal Consiglio di Stato...». Tanto nella considerazione che «... tale soluzione, oltre a salvaguardare il legittimo affidamento dei soggetti partecipanti alla procedura di gara già attivata, rispetterebbe altresì le regole del contraddittorio procedimentale...». Già alla luce della corrispondenza testé citata e con ciò volendo accogliere sul punto la pretesa attorea, il Collegio non può esimersi dall'osservare, appieno condividendo tutti i pareri dell'Avvocatura comunale e del Segretario generale, l'esistenza d'una seria e sostanziale dissociazione logico-giuridica tra questi ultimi e l'attività in concreto esercitata dalla stazione appaltante.

Per vero, già ab initio, ossia fin dalla nota n. 44963/2005 fu ritenuto dubbio il presupposto della pretesa incompatibilità del Presidente del seggio di gara, ad avviso del Collegio inconsistente alla luce del chiarissimo dato testuale ritraibile dall'art. 21, c. 5, III per. della l. 109/1994, in virtù del quale i componenti del seggio, tra l'altro, non possono far parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza o di controllo rispetto ai lavori oggetto d'appalto. Non consta, né è comunque seriamente dimostrato che l'arch. \*\*\* avrebbe poi esercitato poteri di controllo sull'esecuzione dell'opera, la stazione appaltante ed il responsabile del procedimento avendo competenza piena sul punto, non diversamente che sulla revoca della gara, di talché la sostituzione era di per sé inutile e, comunque, una volta effettuata, non era causa d'illegittimità dell'intera gara, invece emendabile solo in parte qua. Peraltro, neppure sussisteva il timore che, in materia, vi sarebbe potuta essere una qualche intromissione giuridicamente rilevante di terzi in detta competenza, non essendovi appunto alcuna condivisione di responsabilità con altri organi dell'ente, né tampoco alcuna funzione di co-decisione tra la stazione stessa e l'Avvocatura comunale, il Segretario generale o quant'altri.

Sicché opportunità e prudenza, peraltro più volte segnalate dagli altri organi comunali ai fini del corretto esercizio delle potestà discrezionali sottese all'autotutela, avrebbero dovuto suggerire alla stazione appaltante di non assumere tal aspetto della vicenda quale uno dei presupposti per giustificare la revoca. La ragione è evidente: essendo dubbio, tale parametro non era utilizzabile quale argomento decisivo e s'è nei fatti risolto, soprattutto a cagione delle schermaglie procedurali che coinvolsero gli organi comunali, in un inutile aggravamento del procedimento e, in ultima analisi, proprio in quella perdita di tempo poi assunta dalla stazione appaltante come incompatibile al «... prevalente... interesse (del Comune aggiudicatore – n.d.e.) al sollecito inizio dei lavori...».

2.4. – In ogni caso, con determinazione dirigenziale n. 124 del 4/10 ottobre 2005, la stazione appaltante dispose la revoca (rectius, l'annullamento in toto) della precedente determinazione n. 88/2004 e l'indizione d'una nuova gara da aggiudicare, stavolta, col criterio del massimo ribasso percentuale sul prezzo offerto rispetto all'importo complessivo dei lavori a base di gara, al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza, determinato a prezzi unitari a sensi dell'art. 9, c. 2 del Dlg 30/2004, con esclusione automatica delle offerte anomale.

Ma anche con riguardo a tal provvedimento, delle cui vicissitudini si dirà infra, il Collegio deve censurarne non poche anomalie, pur non essendo in linea di mero principio inibita alla stazione appaltante la revoca totale dell'originaria procedura di gara. Invero essa non solo non diede seria contezza delle ragioni di non condivisione delle osservazioni dell'odierna ricorrente, ma soprattutto sorvolò sulle pur ripetute esigenze di conservazione degli atti della gara stessa. Il Collegio contesta che tali aspetti, ben lungi dallo sveltire l'aggiudicazione —accelerazione, questa, ictu oculi non discendente certo dal rifacimento ab imis della gara—, si sono poi risolti nella temuta sottovalutazione delle regole d'economicità dell'azione amministrativa e di non aggravamento del procedimento.

Non sfugge certo al Collegio, che nella prudente ponderazione dei costi e dei benefici che una radicale revoca (nella specie, trattasi, però, di vero e proprio annullamento con effetto ex tunc) d'un procedimento amministrativo e nel suo integrale rifacimento, la P.A. debba tener conto anche della maggior celerità che il nuovo procedimento possa assicurare ad una più efficace cura dell'interesse. Tuttavia, non può la P.A. adoperare il ritardo determinatosi non da errori a monte della procedura o

a causa dei privati, bensì da proprie ondivaghe o non chiare determinazioni endoprocedimentali per giustificare l'esigenza di un'accelerazione e, quindi, dell'abbandono dell'originario procedimento. È materialmente vero il ritardo nella specie accumulatosi, ma ciò, oltre che per ragioni endogene alla gestione del procedimento, non avrebbe di per sé giustificato la revoca, se non a fronte di altri e corposi argomenti, che, però, pur se adottati nella determinazione n. 124/2005 in realtà si rivelano o spuri o fallaci.

In particolare, la stazione appaltante, per un verso, richiamò vicende reputate illegittime o tali comunque da aver inficiato la regolarità della gara originaria e, per altro verso, fece riferimento ad esigenze d'opportunità in ordine al mutato contesto, sì da rendere più efficace, oggettivo e celere il rifacimento della gara stessa con il criterio del prezzo più basso, ma così dimenticando il principio per cui non si può procedere all'annullamento d'una gara per meri motivi d'opportunità (cfr., da ultimo, Cons. St., VI, 7 novembre 2006 n. 6559). Inoltre, le sollecitazioni della \*\*\* CULTURA s.p.a. o i contrasti eventualmente insorgenti tra i progettisti che essa paventò in caso di proposta di varianti migliorative al progetto concernono o vicende indotte non dalla gara in sé o dalle imprese partecipanti, ma dal comportamento del Comune, oppure situazioni meramente ipotetiche. La critica della stazione appaltante al parametro di valutazione dell'offerta tecnica circa la riduzione dei tempi d'esecuzione dell'appalto nulla ha a che vedere con la protrazione dei tempi della gara, riguardando appunto la capacità dell'impresa d'eseguire il contratto, dopo l'aggiudicazione, in modo più rapido. La sopravvenuta irrilevanza del progetto d'ingegnerizzazione delle fasi costruttive, prevista invece dal bando per ridurre al massimo «...i riflessi sulla finibilità di Villa Torlonia...», s'appalesa se non una petizione di principio, certo un dato non congruamente motivato. Erano connaturati al bando ed al procedimento di gara, secondo quanto fu a suo tempo statuito dal Comune aggiudicatore, la facoltà d'introdurre proposte migliorative al progetto esecutivo e la consequenziale, ma eventuale, acquisizione di nuovi nulla-osta.

Infine, è materialmente vera la circostanza che, nella specie, ancora non fossero state aperte le offerte economiche e non fosse stato individuato l'aggiudicatario, onde mancò il consolidamento di posizioni in capo alle imprese partecipanti. Ora, la revoca della gara, fin quando non sia intervenuta l'aggiudicazione dell'appalto pubblico —momento, questo, che segna, con l'incontro della volontà delle parti, il sorgere d'una posizione di diritto soggettivo perfetto in capo all'impresa aggiudicataria—, rientra certo, anche quando riguardi la modifica delle regole di scelta del contraente, nella potestà discrezionale della stazione appaltante (cfr. Cons. St., VI, 23 giugno 2006 n. 3989). Tuttavia, ciò deve pur sempre avvenire secondo gli ordinari canoni dell'autotutela e, quindi, qualora vi siano concreti motivi d'interesse pubblico tali da rendere effettivamente inopportuna o illegittima la prosecuzione della gara nella sua originaria dimensione (cfr. Cons. St., V, 19 maggio 1998 n. 633). Peraltro, l'obbligo di motivazione della revoca dell'indizione d'una gara d'appalto può essere assolto in modo meno rigoroso, soltanto se detta revoca avvenga quand'ancora nessuna impresa abbia presentato la propria offerta (cfr. Cons. St., V, 13 gennaio 2004 n. 56).

3. – Per vero, già non appena emanata, la determinazione n. 124/2005 scontò subito non pochi problemi applicativi, come evincesi dalla nota prot. n. 57242 del 25 ottobre 2005, indirizzata alla stazione appaltante ed al Segretario generale. In essa, l'Avvocatura comunale precisò chiaramente, ribadendo quanto già scritto con la nota n. 52720/2005 e addirittura con la precedente nota n. 44963/2005 e con l'evidenziazione di principi che il Collegio non ha motivo di ritenere erronei, che non ad essa, ma soltanto al Dirigente dell'U.O. era attribuita in via esclusiva la scelta del criterio d'aggiudicazione e la competenza sulle conseguenti statuizioni. Spettando quindi all'Avvocatura il rendimento di pareri per sciogliere dubbi interpretativi o applicativi, le integrazioni da essa apportate alla bozza della determinazione n. 124/2005 si limitarono «... al contributo tecnico-giuridico e redazionale (non volitivo) di un atto particolarmente complesso...», non certo alla codecisione sul punto.

Seguì, quindi, la redazione della nota prot. n. 20363 del 30 novembre 2005, a firma congiunta del Sovrintendente ai bb.cc. del Comune di Roma e del Dirigente pro tempore dell'U.O. «Edilizia

monumentale» arch. Lucia \*\*\*. Con tale atto, la stazione appaltante, di seguito al precedente avviso d'avvio del procedimento di cui alla nota prot. n. 13881/2005 e ri-chiamando il citato parere dell'Avvocatura di cui alla sua nota n. 52720, comunicò alle imprese partecipanti l'avvio del procedimento di revoca della determinazione n. 124/2005 e di ripristino della precedente gara di cui alla determinazione n. 88/2004.

Consta, però, in atti (cfr. la di lei lettera al Sovrintendente in data 19 gennaio 2006) che l'arch. \*\*\* sospese l'emanazione di tal nota, per-ché, a suo dire, lo stesso giorno le pervenne una missiva del precedente giorno 7, protocollata agli atti del Comune il giorno 9 e sottoscritta dall' arch. Enrico \*\*\*. Questi, come redattore dei progetti e della proposta migliorativa della \*\*\*, s'era rivolto al sig. Sindaco di Roma per la riattivazione dell'originaria procedura di gara e, nel censurare l'attività tendente alla revoca di quest'ultima, affermò che «... questa arrogante ini-ziativa (testimoniata da lettera dell'arch. Lucia \*\*\* dell'11 agosto 2005) è stata recentemente fermata con la minaccia del risarcimento dei danni a cui sarebbe stato costretto il Comune nei confronti del vincitore della regolare gara...». L'arch. \*\*\* addusse a giustificazione di detta sospensione proprio la circostanza che l'arch. \*\*\* aveva formulato tal censura e, quindi, si rivolse all'avv. Alessandro FUSILLO, del Foro di Roma, il qua-le, a sua volta e con missiva del 1° dicembre 2005, indirizzata al Segretario generale ed all'Avvocatura comunale e sottoscritta pure dalla stessa arch. \*\*\*, rappresentò un quadro giuridico a suo dire inquietante, inten-dendo querelarsi contro l'arch. \*\*\* e chiedere all'Avvocatura un pare-re sui risvolti amministrativi e penali della questione.

Anche per questa scansione degli eventi fin d'ora il Collegio deve ri-marcare, in una con l'illegittimità di tal presupposto di revoca, l'evidente equivoco in cui cadde l'arch. \*\*\*, con ciò determinando un ulteriore, inutile aggravio del procedimento. In sostanza, tal funzionaria ritenne di leggere nella frase «... questa ... iniziativa (tendente alla revoca dell'origi-naria gara – n.d.e.)... è stata recentemente fermata con la minaccia del ri-sarcimento dei danni a cui sarebbe stato costretto il Comune nei confronti del vincitore della regolare gara...», adoperata dall'arch. \*\*\* nella sua lettera del 7 novembre 2005, quale indizio da cui inferire, come leggesi nel-la citata missiva dell'avv. FUSILLO, «... il sospetto che notizie riservate re-lative alla procedura di gara siano trapelate e giunte a conoscenza della SAC...». Dal che si ritenne che «... ciò costituisca grave irregolarità della vecchia procedura...», donde il timore per cui «... la diversa soluzione, suggerita dal nuovo parere dell'Avvocatura Comunale, rischi di generare un contenzioso ancora maggiore di quello preannunciato dalla SAC...». Eppure detta funzionaria era ben consapevole che la gara originaria non solo non era conclusa, ma occorreva ancora esaminare l'offerta proposta dall'impresa riammessa dal Consiglio di Stato e poi le offerte economiche, sicché la citata supposizione era con ogni evidenza una mera ipotesi, di per sé non idonea a determinare un ulteriore ritardo nel provvedere. In dispar-te ciò, ad una serena lettura della lettera dell'arch. \*\*\*, non è chi non veda come il contenuto della missiva, da cui, si badi, non è lecito inferire alcuna piena conoscenza neppure dell'esistenza della determinazione n. 124/2005, concerne non già la posizione personale della \*\*\*. quale sicura aggiudicataria dell'appalto de quo, bensì gli effetti che il ritardo a-vrebbe potuto determinare, responsabile essendone il Comune, nei riguardi di qualunque impresa avrebbe poi ottenuto l'aggiudicazione stessa.

Dal canto suo l'Avvocatura comunale, con nota prot. n. 75517 del 20 dicembre 2005, formulò risposata alla nota sovrintendentizia prot. n. 21078 del 9 dicembre ed all'analogha nota dell'U.O. «Edilizia Monumentale» prot. n. 20754 del precedente giorno 5. In quella sede, l'Avvocatura, oltre a riba-dire i precedenti pareri, ebbe modo d'osservare la singolarità del contenuto della missiva dell'arch. \*\*\*, ribadendo l'esclusiva competenza di det-to Dirigente all'assunzione dei provvedimenti in soggetta materia ed all'in-formazione all'AGO sui fatti da lei reputati penalmente rilevanti. Tale nota fu ritrasmessa, con sua nota prot. n. 22167 del 23/27 dicembre 2005 (poi replicata con la nota prot. n. 573 del 13 gennaio 2006), dal Sovrintendente ai bb.cc. all'U.O. «Edilizia Monumentale», che fu sollecitata da quest'ultimo, in coerenza agli ormai innumerevoli pareri del Segretario ge-nerale e dell'Avvocatura, a riattivare la procedura di gara interrotta. Per tutta risposta, detta U.O., con lettera del 19 gennaio 2006, rispose al Sovrin-tendente d'aver più



volte richiesto all'Avvocatura un parere a seguito della missiva dell'arch. \*\*\*, ritenuto essenziale, a causa del contestato con-tenuto di quest'ultima, prima del ripristino della precedente gara. Con nota prot. n. 7058 del 3 febbraio 2006, l'Avvocatura, nel ribadire l'inutilità del sollecito da parte dell'U.O. per avervi già dato ampia risposta con la precedente nota n. 77517/2005, unica ed indirizzata pure alla Sovrintendenza, ribadì i precedenti pareri, ma soprattutto comunicò, con riguardo alla so-spendione della nota del 30 novembre 2005 da parte dell'U.O. stessa per le frasi dell'arch. \*\*\*, l'arresto giurisprudenziale per cui non v'è norma o principio generale che imponga alla P.A., allorché vi sia un giudizio penale su fatti rilevati in un procedimento amministrativo, di sospendere le proprie determinazioni in attesa che detto giudizio sia concluso.

4. – Invitata, quindi, dalla Sovrintendenza a dar corso agli adempimenti in coerenza con tutti i citati pareri, la stazione appaltante, con nota del 17 febbraio 2006 e pur asserendo la poca chiarezza di questi ultimi, ha inviato i cronoprogrammi dei due tipi di gara in questione.

Dopo altre vicissitudini, con nota prot. n. 4544 del 6 marzo 2006 e facendo seguito alla comunicazione del precedente 12 agosto, la stazione appaltante ha diramato l'avviso d'avvio del procedimento di revoca della determinazione n. 124/2005, ai fini del ripristino della gara originaria ed «... in osservanza ai nuovi pareri e indicazioni espressi dall'Avvocatura e dal Segretario Generale...». Con nota prot. n. 1438 del 30 marzo 2006, la Sovrintendenza ha trasmesso alla stazione appaltante la bozza di revoca della determinazione n. 124/2005 e l'invito alla contestuale e rapida nomina del nuovo Presidente del seggio di gara.

Con successiva nota prot. 7003 del 5 aprile 2006, la Sovrintendenza ha trasmesso all'Avvocatura gli atti di diffida della Impresa \*\*\* Ing. Giancarlo s.p.a. e della \*\*\* s.p.a., entrambe correnti in Roma, intese a far constare l'atteggiamento ondivago del Comune aggiudicatore ed a contestare il riavvio dell'originaria procedura a causa sia del fatto che il periodo di validità delle offerte è già da tempo scaduto, sia dell'ulteriore degrado dell'immobile oggetto d'appalto, sì da determinare l'inattendibilità degli elementi dell'offerta tecnica. In data 14 aprile 2006, l'Avvocatura comunale, occupandosi propriamente del secondo rilievo formulato da tali due imprese, ha precisato: A) – in ordine alla scadenza della garanzia delle offerte, si sarebbe potuto ovviare chiedendo alle imprese di tener fede alla propria offerta, «... con una rinnovata cauzione provvisoria per un periodo entro il quale la procedura potrebbe ragionevolmente concludersi...»; B) – circa il degrado dell'edificio de quo, la necessità di «...un'attenta verifica sul piano tecnico da parte della Amministrazione...».

Dal che il parere tecnico reso dalla stazione appaltante con nota prot. n. 8961 dell'8 maggio 2006, da cui evincesi anzitutto l'impossibilità di richiedere alle imprese un rinnovato impegno cauzionale, per una duplice ragione. Da un lato, ciò vorrebbe dire «... chiedere in pratica una nuova offerta nemmeno rimodulata su base inflattiva, che equivale ad un velato ulteriore ribasso... (tale da)... essere interpretata come la trasformazione di un' asta pubblica in una procedura ristretta...». Dall'altro lato, siffatta richiesta «... verrebbe a ledere i diritti di tutte le imprese che potenzialmente siano in grado attualmente di partecipare alla gara, senza dimenticare quelle imprese che... non possedevano le caratteristiche che le mettevano in grado di partecipare e che oggi ne hanno acquisito le iscrizioni SOA e le capacità finanziarie... Una qualunque impresa, avente oggi diritto, che convenisse oggi l'Amministrazione presso le sedi opportune costringerebbe la stessa a rispondere delle ragioni che hanno indotto... al mancato rispetto... della normativa vigente... ed in sede europea del mancato rispetto della massima concorrenzialità...». Un'immediata osservazione su tali assunti è d'obbligo per il Collegio: la stazione appaltante teme per i diritti delle imprese partecipanti, dimenticando d'aver affermato, per giustificare l'annullamento della prima gara disposto con la determinazione n. 124/2005, che non v'erano posizioni (di solo interesse legittimo, peraltro) consolidate in capo a quelle che avevano proposto offerta. Né ha gran senso parlare delle possibili reazioni delle imprese che oggi avrebbero i requisiti per la partecipazione, perché: A) – il ripristino della precedente gara implica l'immodificabilità, per un verso, delle offerte già proposte nella gara ripristinata e, per altro verso, dei requisiti di partecipazione; B) – non v'è alcun interesse qualificato in capo a chi, terzo rispetto alle imprese che furono coinvolte nella vecchia procedura e dall' avviso d'avvio della revoca di questa, non era

legittimato ad impugnare il bando o non lo fece (cfr., p. es. Cons. St., IV, 15 giugno 2004 n. 3987, in tema sull'insussistenza d'un tal interesse in capo all'impresa non partecipante ad una gara; id., VI, 7 set-tembre 2006 n. 5186); C) – è irrilevante la doglianza del terzo non partecipante per l'omessa revoca d'una gara cui non poté partecipare sol perché adesso avrebbe raggiunto i requisiti per esservi ammesso, per la duplice ragione che a quella gara avrebbe potuto tentare di partecipare in forma associata (sul relativo interesse in caso di mancanza dei requisiti, cfr. i rigorosi presupposti legittimanti in Cons. St., IV, 10 gennaio 2006 n. 27) e che, comunque, il bando della nuova gara non necessariamente deve recare requisiti atti a soddisfare tale terzo.

La stazione appaltante \*\*\*nua poi, in ordine alla verifica tecnica richiesta, tenendo conto ed al contempo criticando puntigliosamente, reputandola contraddittoria, il monitoraggio effettuato dall'arch. \*\*\* sulle condizioni delle murature e delle volte dell'edificio e conclude affermando che le considerazioni di detto tecnico e tutti gli atti della gara originaria, cosa, questa, già in precedenza ammonita, «... procurano un evidente danno erariale...». Inoltre, nel frattempo si sono conclusi i lavori di restauro delle pitture parietali e degli apparati decorativi del Teatro di Villa Torlonia, nonché quelli, limitrofi, inerenti al Villino medievale ed alla Limonaia, con conseguente apertura al pubblico, non considerando le opere che il Servizio giardini sta effettuando per la sistemazione generale della Villa, dati, questi, non conosciuti al momento dell'indizione della gara originaria. Sicché la stazione appaltante, anche alla luce ed in perfetta coerenza con il contenuto del parere dell'Avvocatura comunale del 10 agosto 2005, conclude, per evitare l'insorgenza di contenziosi e di responsabilità per il Comune aggiudicatore, per la revisione della procedura e per l'aggiudicazione, a fronte d'un progetto esecutivo, cantierabile, redatto da emeriti professionisti esterni all'Amministrazione e validato e considerato adeguato per la formulazione delle offerte dal RUP con verbale prot. n. 3695 del 28 ottobre 2003, con il criterio del prezzo più basso. Tanto nella considerazione che, ferma l'approvazione di tal progetto da parte della deliberazione giuntale n. 686/2003, la gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa fu indetta con la determinazione n. 88/2004, a firma del RUP e con l'approvazione del Direttore del Dipartimento XII, in assenza del Direttore dell'U.O. «Edilizia Monumentale».

È intervenuta nel frattempo la citata deliberazione n. 26/2006, con cui l'AVLP, dopo aver minuziosamente ripercorso il faticoso iter della procedura ed aver dato conto delle posizioni contrapposte al riguardo, anzitutto non ha rilevato, pur a fronte d'un progetto esecutivo, specifiche anomalie sul prescelto criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione alla specificità del bene monumentale ed alla complessità dell'esecuzione, sì da indurre l'ente aggiudicatore ad acquisire soluzioni migliorati-ve. L'AVLP, senza escludere la plausibilità di motivi tecnici che, a causa del lungo tempo trascorso, possano aver ridimensionato la validità delle proposte migliorative, ha rimesso, fermo il principio di conservazione degli atti, alla discrezionalità della stazione appaltante di procedere ad approfondimenti per verificare se tali modificazioni giustifichino un nuovo interesse all'integrale rinnovazione della gara.

Tale parere è stato trasmesso alla stazione appaltante con nota del Segretario generale prot. n. 16559 del 6 giugno 2006, secondo cui, tra l'altro e «... sulla base dei fatti conosciuti e degli atti a disposizione, non emergono concrete ed adeguate motivazioni di pubblico interesse che consentano una legittima integrale rinnovazione della procedura...», donde la necessità della sollecita nomina d'un nuovo seggio di gara e dell'invito alle imprese a rilasciare nuove garanzie fideiussorie ex art. 75 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163.

Tuttavia, con nota prot. n. 13297 del 6 luglio 2006, la stazione appaltante, facendo riferimento sia alla deliberazione AVLP n. 26/2006, sia al pro-prio parere tecnico del precedente 8 maggio, conclude di non voler revocare la determinazione n. 124/2005. Interviene, in risposta a ciò, la lettera dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture-AVCP prot. n. 30519 del successivo 12 luglio, con cui il Direttore generale del Servizio ispettivo precisa: A) – che, diversamente da quanto affermato dalla stazione appaltante, l'AVLP non ha affatto inteso preferito il criterio del prezzo più basso; B) – l'assenza d'anomalie nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; C) – la possibilità dell'integrale rifacimento della gara solo

«...nel caso di convincimento motivato che il pubblico interesse è meglio perseguito con una nuova procedura...».

Infine, con determinazione dirigenziale n. 864 del 14 luglio 2006, la stazione appaltante, richiamate in breve le complesse vicende della procedura in questione ed i pareri dei vari organi colà coinvolti, e dato atto della so-spensione della procedura (recte, della determinazione n. 124/2005), ha di-sposto l'integrazione e la modificazione di quest'ultima e ne ha avviato una nuova, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso. In particolare, considerate altresì l'entrata in vigore del Dlg 163/2006, la conseguenziale fissazione della nuova e più bassa soglia per le gare europee e la pre-visione del contributo a favore dell'AVLP a'sensi dell'art. 1, commi 65 e 67 della l. 23 dicembre 2005 n. 266, la stazione appaltante: A) – revoca la nomina del RUP e ne assume le funzioni nella persona del Dirigente pro tempore dell'U.O. «Edilizia Monumentale»; B) – modifica la determinazione n. 124/2005 alla luce del Dlg 163/2006 e del predetto contributo; C) – approva il nuovo quadro economico dell'appalto e riapprova il relativo capitolato speciale.

Dal che la presente impugnazione, spiegata con il ricorso in epigrafe, da parte della \*\*\*, congiuntamente avverso entrambe le determinazioni della stazione appaltante.

5.1. – Così chiarito per sommi capi il tormentato cammino di tal procedura, vanno disattese le eccezioni d'inammissibilità per tardività del ricorso in epigrafe, in varia guisa sollevate dalle parti resistenti in relazione all'intempestiva impugnazione della determinazione n. 124/2005, integrata e non superata dalla determinazione n. 864/2006.

Ora, ancorché direttamente (ed in modo negativo) incidente sulla posizione di tutte le imprese pleno jure ammesse alla gara originaria, non consta, né tampoco è seriamente dimostrato che la determinazione n. 124 /2005, aldilà della sua evidente inefficacia fino all'emanazione della determinazione n. 864/2006, sia stata mai portata alla conoscenza di dette imprese, tra cui la ricorrente, secondo l'ordinaria modalità recata dall'art. 21-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, a ciò non ostando certo l'alto numero dei destinatari (già raggiunti da svariati atti e da due avvisi d'avvio di cui al precedente art. 7, c. 1) o la particolare gravosità di siffatto adempimento. Al riguardo, non ha gran senso il richiamo alla (eventuale, e non dimostrata) pubblicazione della determinazione n. 124/2005, in quanto trattasi di provvedimento d'un dirigente di prima fascia d'un ente locale, ossia d'un atto non soggetto per legge a forme predefinite di pubblicità. Neppure s'appalesa particolarmente significativo, ai fini della prova della piena conoscenza, il fatto che alla ricorrente pervenne l'avviso d'avvio del procedimento di revoca di cui alla nota prot. n. 13881/2005, in quanto trattasi di mero atto endoprocedimentale, di per sé inidoneo a dimostrare qualunque conclusione della procedura, in un senso, piuttosto che in un altro.

Non a diversa conclusione deve il Collegio pervenire con riguardo all'avviso di cui alla nota prot. n. 4544/2006, con cui la stazione appaltante, facendo seguito alla comunicazione del precedente 12 agosto, ha diramato l'avvio del procedimento di revoca della determinazione n. 124/2005, ai fini del ripristino della gara originaria.

È materialmente vero che in quell'atto si menziona l'impugnata determinazione n. 124/2005, ma è altrettanto indubbio che tal provvedimento è sempre rimasto inefficace, a causa dei numerosi e già esaminati ripensamenti da parte del Comune aggiudicatore e non è stato mai portato a conoscenza delle imprese mediante la pubblicazione del relativo bando. Anzi, non è vero che la determinazione n. 864 sia meramente confermativa della precedente, in quanto, oltre a statuirne alcune non secondarie integrazioni, ne riprende e ne modifica alcuni gli aspetti finanziari essenziali e, soprattutto, la rende conoscibile attraverso la pubblicazione del bando (nella specie dal 4 agosto al 3 ottobre 2006) e la diramazione delle lettere d'invito. Essa dà tra l'altro contezza della sospensione, da intendersi secondo le regole dell'art. 21-quater, c. 2 della l. 241/1990, della determinazione n. 124/2005 e del relativo bando, in relazione ai citati avvisi del Segretario generale e dell'Avvocatura comunale. Di ciò sono tanto consapevoli le imprese resistenti, che non a caso individuano nella determinazione n. 864/2006 il provvedimento conclusivo del procedimento di revoca della determinazione n. 124/2005, nel senso, però e diversamente da ciò che esse opinano, che nella specie s'è trattato dell'attivazione d'un procedimento di secondo grado, alla luce di un'istruttoria

lunga e articolata e con esito di conferma e, quindi, solo con la statuizione confermativa è stato fornito, con efficacia costitutiva, il definitivo assetto degli interessi circa la gara de qua ed il superamento della procedura originaria.

Pertanto rettamente la ricorrente ha adesso impugnato entrambe le determinazioni, sia perché solo con la seconda s'è definita la nuova gara e l'abolizione della precedente, sia perché, essendo ciò *jus receptum*, il privato non è onerato ad impugnare immediatamente un atto inefficace, non avendo questo portata lesiva se non nel momento, come nella specie, esso inizi o torni a governare la fattispecie (cfr., p. es., Cons. St., VI, 6 ottobre 1986 n. 778, in tema di provvedimenti della giunta delle CCIAA in attesa dell'obbligatorio visto ministeriale; id., IV, 21 novembre 2005 n. 6467, in tema di accordo di programma per le varianti urbanistiche sottoscritto dal Sindaco, che è valido ma inefficace e non esecutivo, se non approvato dal Consiglio comunale nel termine di decadenza di trenta giorni ex art. 34 del Dlg 18 agosto 2000 n. 267, nel qual caso il termine per l'impugnazione della relativa delibera e dell'accordo decorre, ove non sia necessaria la notifica individuale, dalla pubblicazione di quella).

5.2. – È appena da osservare che quanto fin qui detto non muta, neppure a voler qualificare, com'è più corretto, la procedura instaurata con l'avviso di cui alla nota prot. n. 4544/2006 come tendente non alla revoca, bensì al ritiro dell'inefficace e mai eseguita determinazione n. 124/2005.

Invero, la giurisprudenza ha sempre distinto, nell'ambito dei poteri d'autotutela, il mero ritiro di atti inefficaci dalle altre fattispecie demolitorie di atti efficaci (per revoca o annullamento), il quale, nel consentire l'eliminazione di un atto inefficace dal mondo giuridico, può essere giustificato sia da motivi di legittimità, sia da ragioni di opportunità, sia da fatti sopravvenuti (cfr. Cons. St., VI, 7 agosto 2002 n. 4141). Incidendo su un atto inefficace o non eseguito, il ritiro certo non necessita della verifica rigorosa della sussistenza d'un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto stesso o della valutazione delle posizioni soggettive coinvolte nella vicenda, come invece è richiesto per l'autotutela decisoria (cfr. Cons. St., IV, 15 maggio 2000 n. 2724). Tuttavia, anche per il ritiro dell'atto inefficace si configura (anzi, è necessario) un procedimento di secondo grado, volto ad eliminare dal mondo giuridico l'atto medesimo, onde pure l'atto d'autotutela dev'esser basato su motivi di legittimità o d'opportunità o su fatti sopravvenuti e ben motivato su tali aspetti (cfr. Cons. St., VI, 13 febbraio 2004 n. 569). Sicché e indipendentemente dalle erronee scelte di merito della stazione appaltante, corretti sono stati, sotto il profilo dell'adempimento delle obbligatorie formalità partecipative, l'instaurazione del procedimento di ritiro e il conseguente avviso del relativo avvio.

In tal caso, a più forte ragione, con ciò condividendo gli assunti della ricorrente, deve il Collegio rimarcare, da un lato, l'assenza d'un onere di questa all'impugnazione dell'inefficace atto ritirando e, dall'altro, l'omessa comunicazione ex art. 7 della l. 241/1990 allorché tale U.O., in contrario avviso ai pregressi pareri e modificando radicalmente l'oggetto del procedimento di secondo grado, è pervenuta da sola all'emanazione della determinazione n. 864/2006, che conferma e rende definitivamente (ma per la prima volta) efficace la determinazione n. 124/2005.

5.3. – È invece manifestamente inammissibile l'intervento ad opponendum qui spiegato dall'arch. \*\*\* in persona, ancorché titolare pro tempore dell'U.O. che ha svolto le funzioni di stazione appaltante.

In tema d'intervento, da ultimo la Sezione (cfr. TAR Lazio, II, 22 dicembre 2006 n. 15609) ha avuto modo di ribadire come sia *jus receptum* la facoltà d'intervenire ad adiuvandum o ad opponendum nel processo amministrativo anche da parte di soggetti aventi un mero interesse di fatto all'acoglimento o, rispettivamente, al rigetto dell'impugnativa proposta con il ricorso principale, ma a condizione che la posizione soggettiva dell'intervenitore sia dipendente, secondaria o accessoria rispetto a quella della parte principale.

Nella specie, l'arch. \*\*\*, quale soggetto di diritti, ha operato nella complessa vicenda in esame non già come singolo, ma come organo del Comune di Roma e titolare pleno jure ad officium delle funzioni amministrative (di diritto pubblico, cioè) di stazione appaltante. Sicché la sua particolare posizione è quella propria della P.A. resistente in soggetta materia e, come tale, non è ad essa

secondaria o accessoria. L'organo del Comune, at-teso che il medesimo Comune è costituito regolarmente nel presente giudi-zio a mezzo di suoi specifici procuratori, non può chiedere a questo Giudice, neppure attraverso l'escamotage dell'intervento, l'accertamento inciden-tale della legittimità dei propri atti o comportamenti e ciò per un duplice ordine di ragioni. Per un verso, il Giudice amministrativo è giudice non già del controllo oggettivo dell'azione amministrativa o della responsabilità nell'esercizio delle potestà pubbliche —se non ai soli, per quanto importan-ti, fini del risarcimento dei danni nei casi previsti dalla legge—, bensì (e nei limiti della domanda) delle posizioni soggettive eventualmente lese da vizi rilevanti della manifestazione espressa o dell'inerzia dell'attività dei sog-getti investiti di dette potestà. Per altro e più significativo verso, una siffat-ta domanda contrasta, costituendone un'indebita inversione logica, con il chiaro disposto dell'art. 103, I c., Cost., in virtù del quale il Consiglio di Sta-to e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della P.A. degli interessi legittimi e, ove la legge lo pre-veda per casi specifici, pure dei diritti soggettivi, principio, questo, poi ri-badito dal successivo art. 113, I c.

6.1. – Passando al merito della questione, il ricorso in epigrafe è fondato e, come tale, è meritevole d'accoglimento, nei limiti e per le considerazioni qui di seguito indicati.

6.2. – È da accogliere anzitutto, come s'è già dianzi accennato, la do-glianza attorea sull'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento che poi è sfociato nell'emanazione della determinazione n. 864/2006.

A tal formalità partecipativa non può certo supplire la nota prot. n. 13881/2005, in quanto essa, pur se preordinata alla determinazione n. 124 /2005, è stata superata poi da tal provvedimento — ancorché rimasto inef-ficace e sconosciuto—, nonché dal successivo avviso prot. n. 55493/2006. Né quest'ultimo è in grado d'assolvere a siffatto scopo, per l'evidente ra-gione che, in corso di procedimento, è mutato radicalmente, nonostante ogni diverso e contrario parere dell'Avvocatura, del Segretario generale e della Sovrintendenza, l'oggetto della futura statuizione, di cui, però, la stazione appaltante, pur predicando in ogni sua missiva la trasparenza e la buona fede della P.A. precedente, non ha fornito alcuna contezza, nono-stante il chiaro disposto dell'art. 8, c. 2, lett. b) della l. 241/1990.

È appena da far presente l'inapplicabilità nella specie del rimedio di cui al successivo art. 21-octies, c. 2, II per., in virtù del quale non è comunque annullabile il provvedimento amministrativo per mancato avviso dell'av-vio del procedimento. Invero, nella specie non è stata soddisfatta la condi-zione cui la norma subordina detto vizio non caducante, ossia la dimostra-zione in giudizio, da parte della P.A., che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Al con-trario, la mole della documentazione in atti, dianzi riassunta, avrebbe do-vuto far concludendo la P.A. per un esito addirittura contrario a quanto poi statuito con la determinazione n. 864/2006.

6.3. – Parimenti fondata s'appalesa la censura sull'assenza nella specie dei presupposti per la revoca dell'originaria gara da aggiudicare con il cri-terio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non risultando quelle concrete e nuove ragioni di pubblico interesse che siano sopravvenute a mutare il quadro delle esigenze sottese alla procedura così strutturata (cfr. Cons. St., V, 28 febbraio 2002 n. 1224).

Al contrario, come evincesi tra l'altro dalla citata deliberazione n. 26/ 2006, che il Collegio interamente condivide e con la quale l'AVLP, dopo aver minuziosamente ripercorso il faticoso iter della procedura ed aver da-to conto delle posizioni contrapposte al riguardo, non ha rilevato, anche a fronte d'un progetto esecutivo, «... specifiche anomalie con riferimento al-la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto la stazio-ne appaltante, considerata la specificità del bene monumentale e la com-plexità dell'esecuzione, ha ritenuto più adeguato alle proprie esigenze ac-quisire soluzioni migliorative coinvolgendo il futuro esecutore nella scelta progettuale ed attribuendo una specifica importanza sia al valore econo-mico che a quello tecnico dell'opera...». In realtà, siffatta scelta fu a suo tempo ed ab origine apprezzata dal Comune, d'intesa con il progettista at-tesa la complessità del progetto, ancorché esecutivo e, quindi, la necessità di valutare

soluzioni tecniche migliorative. Né è seriamente dimostrato il venir meno della validità attuale dei criteri inerenti alla riduzione dei tempi d'esecuzione, della minimizzazione dell'impatto per le opere impianti-stiche e dell'ingegnerizzazione, i quali, ben lungi dall'esser superati dall'ostruzionismo della stazione appaltante, s'appalesano, ad una serena lettura degli eventi, tuttora utili per ottenere la realizzazione più rapida possibile dell'opera.

Non nega il Collegio che, come d'altronde per la composizione del seggio di gara, si son verificate ampie e incompabili divergenze tra la stazione appaltante e l'ente aggiudicatore, soprattutto in ordine alla predetta scelta. Questa, come evincesi dalla relazione tecnica dell'8 maggio 2006, fu effettuata senza l'accordo del Dirigente dell'U.O. «Edilizia Monumentale» ed è stata osteggiata anche dopo l'emanazione della decisione dell'AVLP n. 26/2006, laddove la stazione appaltante v'ha voluto leggere, stavolta sì senza presupposto logico-ermeneutico alcuno, la preferenza accordata da detta Autorità al sistema d'aggiudicazione al massimo ribasso. Non a caso, l'AVCP, con la citata nota n. 30519/2006, ha dovuto precisare che la deliberazione n. 26/2006 non ha affatto inteso dar priorità a tal criterio, ribadendo l'assenza d'anomalie nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, soprattutto, la prevalenza invece del principio di conservazione degli atti della gara originaria svolta in base a quest'ultimo metodo. Non è allora chi non veda come tal situazione, poi addotta come esigenza di pubblico interesse e d'elisione d'un (ipotetico) danno erariale, in realtà preesista alla e non sia sopravvenuta nel corso della procedura, discendendo piuttosto dalla persistente avversione dell'U.O. verso il criterio d'aggiudicazione di cui alla determinazione n. 88/2004.

Del pari, il lungo tempo trascorso, che può giustificare alcuni motivi tecnici per ridimensionare la validità delle proposte migliorative, deriva non dalla complessità in sé della gara originaria, bensì dai \*\*\*nui ritardi ed aggravamenti procedurali da parte di tale U.O. per ragioni a volte capziose, a volte pretestuose (cfr., per tutti, il contenuto della missiva del 1° dicembre 2005 a seguito dell'esposto dell'arch. \*\*\*, o la nota prot. n. 13297/2006, dianzi citati).

Scolorano allora le varie obiezioni della stazione appaltante sull'uso del citato criterio, a fronte di quello del prezzo più basso, ritenuto più acconcio per l'appalto de quo, in quanto, a suo tempo, di valore c.d. "sotto soglia". In particolare, il richiamo della stazione appaltante all'art. 21 della l. 109/1994, per giustificare la revoca del criterio originariamente assunto, non ha senso alcuno, in quanto, essendo i lavori appaltandi rivolti ad un bene del patrimonio culturale, la possibilità dell'offerta economicamente più vantaggiosa è comunque ammessa dall'art. 9, c. 2 del Dlg 30/2004. Tanto non volendo considerare che, in disparte l'abbassamento della soglia di valore introdotta dal Dlg 163/2006, è jus receptum nella giurisprudenza comunitaria che, pure per gli appalti c.d. "sotto soglia", spetta alle amministrazioni aggiudicatrici la libertà di scelta in merito al criterio d'aggiudicazione da utilizzare, in tutti i casi in cui esse lo ritengano opportuno. In altri termini, e ciò il Dlg 163/2006 recepisce nell'ordinamento positivo, è in facoltà delle predette amministrazioni optare liberamente tra il criterio del massimo ribasso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per mezzo del quale è possibile dar importanza, ove ciò serva agli interessi specifici dell'ente aggiudicatore, ai fattori tecnico e temporale, anziché al mero dato del prezzo.

6.4. – Da condividere sono poi le doglianze che la ricorrente muove ai presupposti indicati dalla stazione appaltante per giustificare l'impugnata revoca della determinazione n. 88/2004.

Come s'è visto, il richiamo alla ripetuta deliberazione dell'AVLP è in tutta franchezza specioso, perché il contenuto di quest'ultima è tutt'altro che coerente con la statuizione revocatoria, la quale, a sua volta, disattende completamente i pareri degli organi comunali coinvolti che, invece, si sono basati appunto su tale deliberazione. Il riferimento all'entrata in vigore del Dlg 163/2006 ed al contributo sugli appalti pubblici, anche ad ammetterne l'applicabilità alla procedura in questione, al più ne avrebbe comportato la mera integrazione alla luce delle nuove norme. È di tutt'evidenza che le ragioni d'urgenza non sono state certo meglio soddisfatte dai \*\*\*nui aggravamenti procedurali o, peggio, dal rifacimento della gara, la revoca di quella originaria contraddittoriamente basandosi, tra l'altro, sull'eccessivo, a detta della stazione appaltante,

punteggio assegnato al fattore tempo. È irrilevante, se non pretestuoso, il problema derivante dalla facoltà attribuita alle imprese d'apportare migliorie, in quanto ciò era con-naturato al tipo d'aggiudicazione prescelto nel 2004 e la sua attuale validità non è stata seriamente finora revocata in dubbio. L'ammissione cautelare di un'altra impresa alla gara originaria, essendo imm modificabile l'offerta di questa, di per sé non è in grado d'alterare la par condicio o di creare problemi comparativi con le offerte già presentate.

Parimenti da accogliere è l'assunto attoreo inteso a far constare come la stazione appaltante abbia sostanzialmente sottovalutato la possibilità della conservazione rebus sic stantibus degli atti di gara già legittimamente acquisiti, anziché procedere tout court alla revoca di questa. Al riguardo, è jus receptum che, in applicazione del predetto canone di conservazione, l'effetto d'annullamento degli atti di gara dev'esser rigorosamente circoscritto ai soli atti realmente inficiati ed a quelli consequenziali, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi. Pertanto, la rinnovazione del procedimento deve limitarsi a quella parte della gara, nella specie successiva alla regolare acquisizione delle offerte tecniche, su cui v'è certezza d'illegittimità, ogni diversa e totalitaria soluzione, se non accompagnata da evidenti ragioni d'inutilizzabilità del materiale istruttorio già acquisito, essendo in contrasto con le regole d'economicità e d'efficacia dell'azione amministrativa e con il divieto d'aggravare illegittimamente la procedura.

7. – In definitiva, il ricorso in epigrafe va accolto nei termini fin qui esaminati. Per quanto attiene alla domanda risarcitoria, considerato che si deve ancora completare il quadro delle offerte tecniche e la definitiva valutazione di quelle economiche, l'annullamento delle determinazioni impugnate restaura la chance che si assume pregiudicata e funge da strumento di tutela in forma specifica, allo stato satisfattivo in assenza dell'accertamento amministrativo sulla spettanza alla ricorrente \*\*\*. del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione definitiva (cfr., da ultimo, Cons. St., VI, 30 gennaio 2007 n. 362).

La complessità della questione e giusti motivi suggeriscono l'integrale compensazione, tra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

PQM

il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. 2°, accoglie il ricorso n. 8327/2006 in epigrafe e per l'effetto annulla, per quanto di ragione e nei sensi di cui in motivazione, i provvedimenti meglio indicati in premessa.

Spese compensate.

Ordina all'Autorità amministrativa d'eseguire la presente sentenza.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 10 gennaio 2007, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Domenico LA MEDICA, PRESIDENTE,

Silvestro Maria RUSSO, CONSIGLIERE, ESTENSORE,

Giuseppe SAPONE, CONSIGLIERE.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE