



REPUBBLICA ITALIANA

N. 945/07

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Reg. Sent.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA

N.

Sede di Bari - Sezione Prima

Reg. Ric.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1337 del 2002, proposto da Pagliarulo Mario, titolare dell'omonima impresa, in proprio ed in qualità di impresa capogruppo dell'Ati Pagliarulo Mario, rappresentato e difeso dall'avv. Alessio Lazazzera e domicilio eletto presso la Segreteria dell'adito Tar Bari;

C O N T R O

Il Comune di Monteleone di Puglia (Fg) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mescia e domicilio eletto in Bari alla via Piccinni n. 220 presso lo studio dell'avv. Vincenzo Resta;

per l'annullamento

- 1) della determina del Responsabile del Servizio Tecnico del 17.6.02 recante il n.25/02 del Registro di Settore ed il n. 92/02 del Registro Generale ed ad oggetto: Lavori di consolidamento della strada in località Aia del Caruso –Strada vicinale valle Mancini –Costo interevento £ 1.200.000.000- Annullamento degli atti di gara e degli atti propedeutici individuati in:

*determina n. 67 del 9.10.01 di approvazione del progetto esecutivo dei lavori; *determina n. 72 del 16.10.01 di approvazione del bando di gara e relativo disciplinare; *determina n. 88 del 4.12.01 di presa d'atto delle risultanze del bando di gara; *contratto rep. N. 206 del 5.12.01 per l'esecuzione dei lavori; *determina n. 94 del 12.12.01 di liquidazione di anticipazione sui lavori;

- 2) della delibera di G.C. n. 47 del 15.5.02 ad oggetto: “ Revoca delibera n. 28 del 6.3.02 - Nomina del responsabile del procedimento arch. Lucio Rutica”;
- 3) di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o conseguente:

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 7 febbraio 2007, relatore il consigliere Presidente f.f. Vito Mangialardi, udite per le parti gli avv.ti presenti come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con determina del 17.6.01 n. 25/02 di registro di Settore e n. 92/02 di registro Generale il (nuovo) Responsabile del servizio- Settore U.T.- del Comune di Monteleone di Puglia provvedeva all'annullamento degli atti di gara riguardante l'appalto dei lavori di consolidamento

idrogeologico in località Aia del Caruso, strada vicinale valle Mancini. A supporto del suo provvedimento evidenziava il Responsabile del procedimento: a) mancata validazione del progetto esecutivo; b) errata formulazione del bando di gara e relativo disciplinare; c) errata individuazione della natura delle opere in appalto; d) discrepanza tra le regole di qualificazione e di aggiudicazione fissate nel bando di gara e nel relativo disciplinare e quelle utilizzate in sede di gara; e) aggiudicazione dei lavori sulla base documentazione incerta e priva di legale validità. Il dirigente comunale nel disporre ai fini del ripristino della legittimità dell'azione amministrativa per l'annullamento di tutta una serie di determine e dello stesso contratto stipulato (come analiticamente riportato in epigrafe) osservava pure che l'ATI capogruppo l'impresa Pagliarulo Mario era rimasta illegittimamente aggiudicataria dei lavori in quanto comunque priva dei requisiti tecnici richiesti dal bando di gara e dal relativo disciplinare per l'aggiudicazione dei lavori di appalto.

Avverso il suddetto provvedimento di autotutela nonché avverso la nomina del nuovo responsabile del procedimento nella persona dell'arch. Rutica (delibera di G.C. n. 47 del 15.5.2002 in cui si provvedeva contestualmente alla revoca della precedente delibera di G.C. n. 28 del 6.3.2002 con cui si era nominato il geom. Michele Camanzo responsabile unico del procedimento), insorge l'impresa Pagliarulo Mario con ricorso notificato il 6 agosto 2002 e depositato il successivo 5 sett., ricorso affidato ai seguenti cinque motivi:

- 1) Violazione di legge- Violazione art. 97 Cost.- Violazione principio buon andamento della p.a. In particolare violazione art. 1 co.1 della legge 241/90; art. 1 co. 1 della legge 109/94; art. 8 co.2 d.lgs. 267/00; art. 2 co.1 a) e d) d.lgs. 165/01.
- Rappresenta la parte che l'atto gravato si fonda su cinque profili di illegittimità (vedi elencazione riportata nella parte in fatto) dei quali i primi quattro niente hanno a che vedere con i requisiti dell'impresa e sua partecipazione alla gara di appalto, siccome riconducibili strettamente alla attività posta in essere dalla p.a. attraverso sue autonome ed insindacabili valutazioni. C'è stato un abusato potere di autotutela, esercitato in modo sommario dalla p.a. e che non si è data carico di contemperare gli interessi consolidati di contro parte interessata; tra l'altro era stato già formalizzato il contratto di appalto e posti in essere atti di esecuzione riconducibili ad esso vincolo sinallagmatico. In recente sentenza del Tar Bari riguardante le stesse parti, la n. 2082 del 23 aprile 2002, di definizione di altro procedimento di annullamento nei confronti della stessa ricorrente, si esplicita a chiare lettere che l'annullamento d'ufficio delle risultanze di gara non aveva un effetto automaticamente caducante nei confronti dello stipulato contratto e delle obbligazioni con esso assunte dalle parti in causa. Inoltre prima di procedere all'annullamento ora sospinto, in ben due occasioni il (precedente) responsabile del procedimento si era pronunciato negativamente quanto all'annullamento sottolineando essere

l'impresa in regola con le norme di selezione (determina n. 20 del 21.2.2002) e successivamente esprimendo ragioni ostative all'annullamento vuoi per la tutela dell'affidamento dell'impresa, vuoi per la tutela dello stesso Comune all'esecuzione delle opere, vuoi per il rispetto dei principi regolatori della procedura per essere state garantite alla concorrenti pari opportunità ed analogo trattamento, rispetto della legge stante l'erroneità del bando, mancanza di opposizione da parte delle imprese partecipanti. Osserva poi parte ricorrente ed in riferimento alla motivazione sub a) di omessa verifica e validazione del progetto che sorregge il provvedimento di autotutela che essi vizi sono estranei all'aggiudicazione dei lavori ed ininfluenti rispetto al perseguimento del pubblico interesse mediante la realizzazione possibile dell'opera programmata. Sulle altre motivazioni che sorreggono l'autotutela, e cioè b) l'errata formulazione del bando di gara che indica quale categoria prevalente OG3 (opere stradali) ed OG1 (edifici civili ed industriali) c) l'errata individuazione della natura delle opere in appalto, d) discrepanza tra regole di qualificazione ed aggiudicazione fissate nel bando e quelle utilizzate in sede di gara (l'espletamento è avvenuto con l'applicazione dei requisiti previsti dall'art. 31 del dPR n. 34/2000 e non già con l'applicazione dell'art. 28 (errato) inserito nel bando, si duole la ricorrente esprimendo le seguenti considerazioni:1) La

identificazione della (nuova) categoria -OS21- ritenuta prevalente avviene ex post con finalità strumentali all'illegittimo provvedimento adottato; il precedente responsabile del procedimento (rispetto al quale l'attuale è stato di contrario avviso) aveva sottolineato che trattavasi di lavori interessanti il rifacimento del manto stradale, drenaggi e cunette per cui l'impresa ATI Pagliarulo possedeva i requisiti.

2) L'applicazione dell'art. 28 del DPR 34/2000 che riguarda i lavori non superiori a 150.000 euro comporta indiscutibilmente l'applicazione di un criterio meno gravoso rispetto all'art. 31 stesso DPR. Trattandosi di lavori superiori ai 150.000 euro era caduto in errore il Comune che aveva fatto riferimento all'art. 28 e non già all'art. 31; comunque di fatto tutte le imprese partecipanti hanno dimostrato il possesso dei requisiti di cui all'art. 31. 3) A motivazione del disposto annullamento si parla infine di non regolarità dei certificati dei lavori presentati per illegittima inclusione di due categorie nel medesimo certificato, attestazione di regolarità di esecuzione per lavori non ultimati e collaudati, sottoscrizione ad opera della D.L. e non della stazione appaltante; trattasi, si osserva dalla ricorrente, di mere irregolarità formali, sanabili con richiesta di chiarimenti ed integrazioni.

2) Violazione del giusto procedimento: art. 7 e seguenti legge 241. Alla comunicazione di avvio del procedimento l'impresa ora ricorrente aveva ritenuto di non interloquire in quanto in quanto

le ragioni ivi spiegate non si discostavano da quanto già opposto in precedenza con l'avvio della prima procedura conclusasi con l'accoglimento delle sue ragioni (determina n. 20/02). Nella nuova comunicazione di avvio del procedimento non si fa alcun riferimento all'intenzione del Comune di procedere anche all'annullamento dello stipulato contratto; se ciò fosse avvenuto la ricorrente avrebbe interloquito.

- 3) Violazione art. 3 legge 241/90 soprattutto quanto alla carenza di motivazione in ordine all'interesse attuale e concreto che deve presiedere ad un atto di ritiro.
- 4) Incompetenza del responsabile del servizio e nuovo responsabile del procedimento all'annullamento del contratto. L'arch. Rutica è stato assunto senza una procedura di selezione; è da ritenere che sia ancora il geom. Camanzo il responsabile dell'UTC oltre che responsabile unico del procedimento. Il contratto stipulato stante la sua natura patrizia non rientra nel novero degli atti formalmente amministrativi e passibili di atti di ritiro.
- 5) Eccesso di potere. Si sono posto in essere atti di dubbia indole pubblicistica siccome invadono campi regolati da norme di natura privatistica.

Nella parte finale dell'atto introduttivo la ricorrente svolge domanda di danno che viene quantificato in €10.836,10 al mese, significando che già prima dell'avvio del procedimento di annullamento la D.L. aveva sospeso cautelativamente i lavori.

Si è costituito in giudizio il Comune che puntualmente contro deducendo ha concluso per il rigetto dell'avverso gravame.

L'istanza di sospensione degli effetti dell'atto gravato, avanzata nel contesto dell'atto introduttivo, è stata respinta con motivata Ordinanza di questa Sezione n. 691 del 125 sett. 2002 in cui quel Collegio, in forma necessariamente sintetica propria della fase cautelare, si dava carico di esaminare i vari profili di censura.

In corso di causa e nell'imminenza della data dell'udienza pubblica, la difesa del Comune ha provveduto a depositare memoria conclusionale in cui ribadisce le proprie tesi difensive.

DIRITTO

Il ricorso non è fondato.

Nel primo ed articolato motivo si contesta da parte ricorrente la legittimità dell'esercitato potere di autotutela per tutta una serie di considerazioni a carico della p.a.; viene evidenziata, in particolare, la circostanza che nella specie fosse già stato stipulato il contratto tra aggiudicataria e p.a. e quindi gli atti di esecuzione erano riconducibili ad esso vincolo sinallagmatico, ostativo di per sé –secondo la tesi di parte ricorrente- all'atto di ritiro da parte della stazione appaltante nella specie rappresentata dal (nuovo) responsabile del procedimento.

A riguardo, e disattendendo la particolare censura, osserva il Collegio che la questione che impinge nei rapporti tra provvedimenti amministrativi ed atti negoziali ponendosi sulla linea di confine tra il diritto pubblico e quello privato va risolta alla luce della giurisprudenza amministrativa da ritenersi consolidata (*ex plurimis*

CdS sez. VI,14.1.2000 n. 244; 24.10.2000; n. 5708) che riconosce all'Amministrazione il potere di "ritirare" l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto, in presenza ovviamente di adeguate esigenze di interesse pubblico; in detta evenienza ed in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto l'annullamento giurisdizionale ovvero, come nella specie, l'annullamento a seguito di autotutela degli atti della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale (*id est* legame esterno) tra essi atti.

Ciò detto, e passando alle altre censure, pon mente osservare che l'esercitata autotutela recante l'annullamento della procedura concorsuale, si regge su di una serie di motivi indicati nella determina dirigenziale e nella relazione del (nuovo) responsabile del servizio alla stessa allegata quale parte integrante e sostanziale.

A riguardo ritiene subito il Collegio di richiamare principio giuridico da ritenersi consolidato per cui, qualora il provvedimento si regga su di una serie di motivazioni, è sufficiente la validità di una di esse a supportare l'intero provvedimento.

Nella specie una delle considerazioni che ha mosso all'annullamento è la ravvisata, e nella determina e nella relazione di cui sopra si è detto, erronea individuazione delle categorie dei lavori in OG3 ed OG1 rispettivamente strade ed edifici civili ed industriali, anziché OS21 e cioè opere strutturali speciali.

Va premesso, ed in via generale, che ai fini dei bandi di gara per l'appalto di opere pubbliche e della qualificazione delle imprese partecipanti deve farsi riferimento alla disposizione di cui all'art. 72 del dPR 554/1999 che è il Regolamento di attuazione delle legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 e successive modificazioni: esso art. 72 distingue le opere a farsi in **generali** definendole *le opere o i lavori caratterizzati da una pluralità di lavorazioni indispensabili per consegnare l'opera o il lavoro finito in ogni sua parte* (2^a comma esso art.) e **specializzate** e cioè (vedi 3^a co.) *le lavorazioni che nell'ambito del processo realizzativo dell'opera o lavoro necessitano di una particolare specializzazione e professionalità.* Nell'ambito poi delle opere specializzate si distinguono poi le **speciali** che vengono elencate nel 4^a co., elencazione che individua alla lettera g) **i consolidamenti di terreni.** Alle opere a farsi corrispondono le qualificazioni nelle relative categorie che vengono individuate con l'acronimo OG per le opere generali e con quello OS per le specializzate, qualificazioni che debbono essere possedute dalle imprese partecipanti alla gara, il tutto come dettagliatamente indicato nel dPR 25.1.2000 n. 34 che è il regolamento recante la istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici.

Nella specie i lavori a farsi erano di consolidamento in località Aia del Caruso compresi nel piano triennale di lavori pubblici approvati con delibera di C.C. n. 8/2001 che a sua volta era stata adottata in attuazione del Piano straordinario regionale di interventi urgenti diretti

alla riduzione del rischio idrogeologico , piano finanziato con i fondi di cui al D.L. n. 180/98. Orbene nel bando di gara venivano richiamate ai fini in questione le categorie OG3 ed OG1, in realtà errate rispetto ai lavori a farsi come giustamente fatto rilevare dal dirigente comunale nel suo provvedimento di annullamento. Ed infatti la OG3 riguarda giusta definizione datane nel citato DPR n. 34/2000- la costruzione di strade e la OG1 edifici civili ed industriali, non particolarmente attinenti alle opere a farsi per cui, come puntualizzato e motivato nell'atto di ritiro all'esame, l'ordinamento offriva la categoria attinente da ravvisarsi nella categoria speciale ed a qualificazione obbligatoria OS21. Essa categoria, infatti, riguarda le opere strutturali speciali in cui sono incluse –giusta elencazione fattane nel “sistema di qualificazione” la *esecuzione di .. sottofondazioni, di palificate e muri di sostegno speciali, di opere per ripristinare la funzionalità statica delle strutture, l'esecuzione di indagini ed esplorazioni del sottosuolo,...di prove di carico,... di opere per garantire la stabilità dei pendii e di lavorazioni speciali per il prosciugamento, l'impermeabilizzazione ed il consolidamento dei terreni.*

Va aggiunto che, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, la individuazione della categoria cui si appartengono le opere da appaltare non è rimessa ad una mera discrezionalità della stazione appaltante siccome le categorie sono analiticamente prestabilite in riferimento ai lavori da eseguire, e la categoria prevalente cui ascrivere l'opera dovrà essere solo una senza possibilità di scelte discrezionali.

Naturalmente dall'errata indicazione della categoria prevalente ne è derivato che si sono chiesti requisiti tecnici finanziari con riferimento ad opere "diverse" da quella a realizzarsi e che in capo alla aggiudicataria manchi la qualificazione per poter eseguire le lavorazioni in cui si compone l'opera pubblica a farsi, il che ben sostanzia l'interesse pubblico ad un atto di ritiro rispetto alla disposta aggiudicazione.

La ricorrente eccepisce poi che la errata indicazione della categoria prevalente non comprova di per sé che nel caso concreto non sia stata effettivamente individuata una impresa con attrezzature insufficienti ed inidonee per eseguire l'opera; anche detta eccezione va disattesa perché la impresa Pagliarulo, pur dopo aver ricevuto la comunicazione dell'avvio del procedimento di annullamento in autotutela, non ha dato dimostrazione di essere in possesso della speciale categoria OS 21 che, va ricordato, è a qualificazione obbligatoria (vale a dire per l'esecuzione dei lavori interessati sono previste specifiche abilitazioni tecniche alla cui carenza non può sopperirsi da parte della impresa col possesso di altra categoria qualificatoria). L'interesse pubblico concreto, infine, è *in re ipsa* e ravvisabile nella necessità che l'opera pubblica di consolidamento sia continuata e terminata, anche per intuibili ragioni di pubblica incolumità, da impresa a ciò attrezzata ed abilitata.

Atteso che la motivazione dell'atto di ritiro che dianzi si è esaminata è legittima o quanto meno immune dalla prospettate censure, essa è sufficiente a reggere l'intero atto amministrativo impugnato pur in

caso di fondatezza di altri profili di doglianza espressi nell'articolato motivo. Ciò alla luce di consolidata giurisprudenza (cfr. ex multis sentenza di questa Sezione n. 4167/00) per cui in caso in cui l'atto amministrativo si fonda su una pluralità di motivi, è sufficiente la validità di uno di essi a supportare la legittimità del provvedimento.

Sul secondo motivo -vizio procedimentale per mancata manifestazione nella comunicazione di avvio del procedimento in autotutela della volontà della stazione appaltante di disporre anche per l'annullamento del contratto- richiama brevemente il Collegio quanto esposto nella narrativa che precede in ordine alla caducazione automatica degli effetti negoziali a seguito dell'annullamento della gara; comunque alla comunicazione di avvio del procedimento era allegata la relazione del responsabile del settore in cui si parlava di annullamento oltre che degli atti di gara anche del conseguente contratto di appalto. La censura pertanto è destituita di fondamento sia in punto di fatto che in punto di diritto.

Infondato è poi il terzo motivo poiché, come esposto nella parte in fatto, le motivazioni che hanno indotto l'Amministrazione a disporre l'annullamento degli atti di gara sono ed esaustivamente esposte e nella impugnata determina e nella allegata relazione del responsabile del servizio.

Inammissibile, poi, e come già osservato in sede cautelare, è il quarto motivo nel quale si lamenta la illegittimità dell'atto di nomina dell'arch. Rutica quale responsabile dell'UTC e conseguentemente quale responsabile del procedimento di autotutela, facendone derivare

la incompetenza e la carenza di potere in ordine all'adozione dell'atto di ritiro. Invero esso nuovo tecnico comunale riveste posizione di contro interessato e pertanto allo stesso andava notificato il ricorso che ne occupa; non essendo ciò avvenuto, la particolare censura va qualificata inammissibile.

Va disatteso infine il quinto ed ultimo motivo di gravame in cui si rappresenta da parte ricorrente che la stazione appaltante non era legittimata ad adottare il provvedimento di autotutela per essere già intervenuta la stipula del contratto di appalto tra le parti. Si è già detto nella narrativa che precede in sede di disamina del primo motivo, e qui non può che ribadirsi, che l'atto di ritiro non è impedito dalla presenza dello stipulato contratto che, a sua volta, viene ad essere automaticamente caducato dall'annullamento della aggiudicazione.

L'azione impugnatoria pertanto va respinta.

Nella parte finale dell'atto introduttivo poi la ricorrente impresa svolge domanda di danno a carico del Comune, danno che quantifica in complessivi €10.836,10 al mese.

Ritiene di osservare subito il Collegio che nella specie non può trovare applicazione l'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, così come aggiunto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15, per cui se la revoca del provvedimento amministrativo viene a comportare pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Essa sopravvenuta norma è qui inconferente perché, a tacer d'altro, si riferisce all'indennizzo per revoca legittima di provvedimenti

amministrativi ad efficacia durevole, mentre nella vicenda in esame la stazione appaltante ha annullato in via di autotutela per vizi di legittimità atti di gara.

Ciò ritenuto di premettere, considera ora il Collegio che la richiesta di danno viene prospettata da parte ricorrente siccome esso danno riveniente (si usa l'espressione "per l'effetto") dal provvedimento gravato di autotutela definito ingiusto ed illegittimo. Orbene, stante invece la legittimità di esso provvedimento come da narrativa che precede, la svolta azione non può che avere un riscontro negativo perché carente il danno "ingiusto", vale a dire un elemento costitutivo della fattispecie illecita di cui all'art. 2043 c.c.

Va ribadito, e ciò soprattutto in riferimento ad eventuali profili di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ex artt. 1337 e 1338 c.c. cui pure si fa cenno nell'Ordinanza cautelare n. 691/02, che la domanda risarcitoria esplicitata in seno all'atto introduttivo del presente giudizio risulta formulata con riferimento esclusivo al pregiudizio riveniente dall'annullamento degli atti di gara (e non per esempio in relazione all'attività complessiva della p.a. ed a partire dall'errata confezione del bando), per cui non può essere consentito all'adito organo di giustizia amministrativa operare una modificazione dell'originaria domanda al fine di ammettere a delibazione una diversa pretesa, o per meglio dire una pretesa diversamente qualificabile alla stregua del titolo giuridico ad essa sotteso. Una decisione che in detti termini statuisse, a parere del Collegio sarebbe affetta da ultrapetizione. In presenza di una domanda di parte concernente il solo

danno da atto di ritiro non sarebbe invero consentito al giudicante una modifica della originaria pretesa (*emendatio libelli* d'ufficio) ammettendo a delibazione, e quindi a risarcimento in caso di fondatezza della domanda, una inassimilabile tipologia di illecito rapportabile a responsabilità precontrattuale, ferma restando l'azionabilità del pregiudizio da ultimo richiamato nell'ambito di un eventuale separato giudizio, laddove ovviamente ne sussistano ancora i presupposti temporali.

In conclusione l'intero ricorso va respinto; quanto alle spese di giudizio si ravvisano comunque ragioni –legate anche alla pregressa attività della p.a.- per disporre la compensazione tra le parti in causa.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sezione I[^], respinge il ricorso in epigrafe. Compensa le spese.

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

Così deciso in Bari, nella Camera di Consiglio del 7 febbraio 2007,
con l'intervento dei Signori:

Vito Mangialardi - Presidente f.f. Estensore

Giuseppina Adamo - Componente

Raffaele Greco - Componente