

Pubblicato il 20/01/2022

N. 00115/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00988/2021 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 la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 988 del 2021, proposto da ditta individuale Caroprese Giuseppe, in persona dell'omonimo titolare, con sede in Foggia, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Galante, con domicilio digitale p.e.c. come da Registri di Giustizia,

contro

Provincia di Foggia, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Martino, con domicilio digitale p.e.c. come da Registri di Giustizia,

per l'annullamento

dei seguenti atti: 1) la Determina dirigenziale della Provincia di Foggia n. 199 del 22 luglio 2021, con la quale si è proceduto alla revoca della Determina dirigenziale n. 787 del 19 maggio 2021 di aggiudicazione alla ditta Caroprese Giuseppe, corrente in Foggia alla Via Spagna n. 6 del lotto n. 1, della procedura di gara aperta, di complessivi quattro lotti, per la conclusione di un "Accordo Quadro con un unico operatore per la manutenzione straordinaria della viabilità provinciale" e contestuale annullamento dell'intera procedura di gara; 2) la Determina dirigenziale del Settore Viabilità della Provincia di Foggia n. 989 del 1 luglio 2021, con la quale è stata revocata la Determinazione dirigenziale a contrarre n. 244 del 12 febbraio 2021 del Settore Viabilità; 3) ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguente, anche di data o estremi sconosciuti, sempre nei limiti dell'interesse di parte ricorrente e nella misura in cui risulti essere lesivo della sua posizione giuridica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2022, il dott. Orazio Ciliberti;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - Con Determinazione dirigenziale a contrarre n. 244 del 12 febbraio 2021, la Provincia di Foggia - Settore Viabilità autorizzava la propria Stazione unica appaltante (S.U.A.) all'espletamento di una gara d'appalto mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo il criterio del prezzo più basso, attraverso la piattaforma telematica.

La procedura di gara aveva l'obiettivo di individuare per ciascuno dei quattro Lotti previsti, un unico operatore economico, con il quale la Provincia di Foggia avrebbe stipulato un Accordo Quadro per la "*Manutenzione Straordinaria della Viabilità Provinciale*", prevedendo che la copertura finanziaria dell'appalto avvenisse attraverso i Fondi ministeriali destinati alla Provincia di Foggia di cui al D.L. n. 104 del 14 agosto 2020, convertito in legge n. 126 del 13 ottobre 2020.

Il Bando di gara veniva pubblicato in data 15 febbraio 2021, sul sito della Provincia di Foggia, sulla piattaforma telematica "*Appalti ed Affidamenti*", sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) il 15 febbraio 2021, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUUE) del 16 febbraio 2021 e su alcune testate giornalistiche, in data 2 marzo 2021.

Entro il termine ultimo di ricezione delle offerte previsto nel Bando di Gara per il 10 marzo 2021, ore 10.30, pervenivano le offerte di n. 170 operatori economici, che venivano ammessi alla fase successiva di apertura delle offerte economiche, formazione delle graduatorie, una per ogni Lotto, e aggiudicazione.

Nella seduta pubblica del 26 marzo 2021, per il Lotto n. 1, la Commissione di gara rilevava l'anomalia dell'offerta economica presentata dalla ditta Caroprese Giuseppe, disponendo che la stessa venisse sottoposta al sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta, procedimento poi espletato nelle sedute riservate del 19 aprile, 21 aprile e 7 maggio 2021, nelle quali venivano richiesti ulteriori elementi giustificativi dell'offerta economica presentata dalla ditta medesima.

Il procedimento di verifica dell'anomalia si concludeva nella seduta riservata del 13 maggio 2021, nella quale la Commissione di gara dichiarava affidabile l'offerta della ditta Caroprese Giuseppe.

La procedura di gara per il Lotto n. 1 si concludeva in data 17 maggio 2021, con la proposta di aggiudicazione al concorrente primo in graduatoria ditta Caroprese Giuseppe corrente in Foggia alla via Spagna n. 6, con il ribasso del 42,573 % sul prezzo di € 2.267.000,00 a base di gara (pari ad € 1.297.850,20, oltre oneri per la sicurezza determinati in € 80.000,00, per un'offerta complessiva pari ad € 1.377.850,20, oltre Iva).

Con Determinazione dirigenziale del Settore Appalti della Provincia n. 787 del 19 maggio 2021, il Lotto n. 1 della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di "*Manutenzione Straordinaria della Viabilità Provinciale*", veniva aggiudicato definitivamente alla ricorrente.

Con successiva Deliberazione del Presidente della Provincia di Foggia n. 107 del 25 giugno 2021, avente a oggetto "*Modifiche Deliberazione del Presidente n. 85 dell'11 maggio 2021 di Adozione Programma Triennale dei Lavori Pubblici 2012/2023 – Annualità 2021 e conseguenti determinazioni*", la Provincia di Foggia stabiliva, aderendo al parere reso dal MEF circa le modalità di utilizzo dei Fondi ministeriali di cui al D.L. n. 104/2020, di modificare il Programma Triennale dei Lavori Pubblici Annualità 2021, cancellando dall'elenco annuale dei lavori la "*Manutenzione Straordinaria della Viabilità Provinciale*", stante la mancata copertura finanziaria.

Successivamente, con Determina dirigenziale n. 989 del 1° luglio 2021, il Settore Viabilità della Provincia di Foggia procedeva alla revoca della Determinazione dirigenziale a contrarre n. 244 del 12 febbraio 2021, avente a oggetto "*Decreto legge 104/2020 – convertito in L. n. 126/2020 – art. 39, comma 2°. Accordi Quadro Manutenzione Straordinaria Viabilità Provinciale*", unitamente alla Determina dirigenziale di aggiudicazione definitiva n. 787 del 19 maggio 2021 alla ditta Caroprese Giuseppe dei lavori di "*Manutenzione Straordinaria della Viabilità Provinciale, Lotto n. 1 – Accordo Quadro*".

La ricorrente insorge con il ricorso notificato il 22.9.2021 e depositato il 28.9.2021, per impugnare gli atti in epigrafe indicati.

Chiede, altresì, il risarcimento dei danni per i costi sostenuti (€ 5.544,80 per contributo ANAC, Polizza assicurativa, consulenza Studio Fucinato s.r.l.) e per gli impegni già assunti con l'aggiudicazione dell'appalto (acquisto di due mezzi d'opera per complessivi € 81.211,39).

Deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, in particolare del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva di cui alla Determina dirigenziale n. 787/2021 del 19 maggio 2021, per non essere stata preceduta dall'obbligatoria comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 8 e segg.* della legge 241/1990 e s.m.i., nonché la circostanza che l'utilizzo *contra legem* dei Fondi ministeriali previsti dal D.L. n. 104/2020, convertito in legge n. 126/2020, art. 39, comma 2°, deve essere ascritto a negligenza e superficialità dell'Amministrazione provinciale di Foggia, in quanto trattasi di risorse finanziarie a destinazione vincolata per gli adeguamenti e le misure di protezione e prevenzione finalizzate a fronteggiare la pandemia da Covid 19 per il settore scolastico e la sanità.

Si costituisce la Provincia di Foggia per resistere nel giudizio.

All'udienza del 19 gennaio 2022, la causa è introitata per la decisione.

II – Il ricorso è fondato.

III – In effetti, nella contestata procedura di autotutela è mancata la comunicazione di avvio del procedimento.

Copiosa e consolidata è la giurisprudenza di Consiglio di Stato e Tribunali amministrativi regionali a tenore della quale, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, è necessario che la P.A., qualora intenda revocare o annullare l'aggiudicazione, debba comunicare al destinatario del provvedimento negativo l'avvio del procedimento. L'Amministrazione, quando intende procedere al riesame in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva, con il quale sia stato concluso il procedimento di affidamento di un contratto pubblico o di una concessione, deve adempiere alla prescrizione imposta dall'art. 7 della legge n. 241/1990, provvedendo alla comunicazione dell'avvio del procedimento verso l'aggiudicatario, il quale subisce gli effetti sfavorevoli derivanti dall'adozione dell'atto di revoca (cfr.: Cons. Stato Sez. V 27/04/2011, n. 2456; T.a.r. Puglia Bari Sez. III, 06/03/2020, n. 355; T.a.r. Lombardia Milano Sez. I, 08/06/2016, n. 1142).

Non è invocabile, nella specie, la sanatoria dell'atto invalido né il principio del raggiungimento del risultato, di cui all'art. 21-octies della legge n. 241/1990, atteso che la revoca dell'aggiudicazione non è mai un atto dovuto né vincolato, costituendo piuttosto esercizio discrezionale del potere di autotutela. Pertanto, per la revoca di un'aggiudicazione definitiva è sempre necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, al fine di consentire all'interessato la tutela della propria posizione giuridica, oltretutto in ipotesi in cui non è dimostrato che il provvedimento di ritiro fosse l'unica decisione possibile per l'Amministrazione (cfr.: Cons. giust. amm. Sicilia, 12/12/2013, n. 929).

In effetti, trattandosi nella specie non già di una nullità dell'atto per mancanza della copertura finanziaria, bensì di irregolarità derivante dal vincolo di destinazione dei Fondi ministeriali utilizzati, sarebbe stato possibile per la Provincia chiedere al competente Ministero l'autorizzazione al diverso utilizzo delle risorse, ovvero trovare nel proprio bilancio le risorse alternative per finanziare l'intervento già appaltato, ovvero ancora ricorrere a prestiti o mutui. In ogni caso, anche la scelta di non far nulla di tutto ciò, quindi di procedere alla revoca dell'aggiudicazione avrebbe dovuto essere comunicata anzitempo e, in qualche modo, discussa in anticipo con la ditta interessata, anche perché l'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 prevede espressamente che, in seguito alla revoca di un provvedimento si profila il diritto all'indennizzo, qualora vi siano pregiudizi in danno del soggetto interessato dal provvedimento revocato.

IV – L'art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 fa salvo l'esercizio dei poteri di autotutela della Stazione appaltante anche all'esito dell'aggiudicazione, divenuta efficace, e sino alla sottoscrizione del contratto. Ma, nella specie, sussiste il diritto al risarcimento del danno, atteso che la revoca dell'aggiudicazione definitiva si è palesata illegittima ed è, comunque, mancata la doverosa previsione di un indennizzo.

V – È orientamento di autorevole giurisprudenza ritenere che, qualora l'Amministrazione, rilevando un errore nella procedura già esperita, autoannulli o revochi in via di autotutela la gara dopo l'aggiudicazione definitiva in

capo all'impresa vincitrice della selezione, anche nell'ipotesi di legittimità dell'atto di autotutela, essa dovrà comunque risarcire il danno dall'impresa patito, a titolo di responsabilità precontrattuale (cfr.: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5 del 4 maggio 2018; idem sez. V, 3 gennaio 2019, n. 697; idem sez. V, 27 marzo 2017, n. 1364; T.a.r. Campania – Napoli, I, 26.8.2003 n. 11259; T.a.r. Campania – Napoli, I, 3.6.2002 n. 3258). Nella specie, la *culpa in contrahendo* è rilevabile, anche sotto il profilo soggettivo, nella circostanza che l'Amministrazione abbia commesso un grave errore nel non considerare da subito il vincolo di destinazione dei Fondi ministeriali utilizzati, portando la procedura d'appalto fino all'aggiudicazione definitiva e ingenerando così un incolpevole affidamento nella ditta aggiudicataria.

VI - Il pregiudizio indennizzabile in caso di utilizzo dello strumento revocatorio, qualora si riscontri la legittimità dello stesso, da parte della P.A. sarebbe quantificabile limitatamente al danno emergente, tenuto conto “*sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*” (cfr.: T.a.r. Campania Napoli, sez. II, 20 agosto 2018, n. 5243). Viceversa, nel caso di richiesta risarcitoria connessa all'accertamento dell'illegittimità dell'autotutela amministrativa, tale quantificazione si estende a tutto il pregiudizio interamente subito, ovvero relativo al danno emergente e al lucro cessante, derivante dall'illegittima violazione della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto leso (cfr.: Cons. Stato Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5082).

Nondimeno, la ricorrente, nel caso di specie, non chiede il ristoro del lucro cessante e, comunque, non prova che vi sia stata perdita di utili, sicché riconoscere tale ristoro sarebbe un *ultra petitum*.

VII - Nel caso di specie, la domanda di risarcimento dei danni della ricorrente ditta si riferisce soltanto ai costi sostenuti (€ 5.544,80 per contributo ANAC, Polizza assicurativa, consulenza Studio Fucinato s.r.l.), nonché agli impegni già assunti con l'aggiudicazione dell'appalto (acquisto di due mezzi d'opera per complessivi €. 81.211,39).

Sicuramente il rimborso dei costi sostenuti deve essere interamente riconosciuto per intero (€ 5.544,80).

Viceversa, per gli impegni di investimento assunti all'aggiudicazione dell'appalto, non può essere riconosciuto l'intero importo dell'acquisto dei due mezzi d'opera acquistati dalla ricorrente (€. 81.211,39) ma soltanto le quote di ammortamento dei medesimi, calcolabili (con i criteri e i coefficienti di cui all'art. 2426 codice civile) per il periodo di durata dell'appalto, trattandosi di beni aventi utilità pluriennale superiore a tale durata.

VIII – In conclusione, il ricorso è accolto, gli atti impugnati sono annullati ed è riconosciuto il risarcimento dei danni, nei limiti di cui alla motivazione.

IX - A tenore dell'art. 34, comma quarto, del cod. proc. amm., le parti potranno accordarsi sul *quantum* del risarcimento, sulla base dei criteri stabiliti nella presente sentenza, entro 90 giorni dalla comunicazione o notifica della presente sentenza.

In caso di mancato accordo, la parte ricorrente potrà chiedere, con separata istanza, la nomina di un commissario *ad acta* per l'esecuzione del *decisum*.

X - Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui alla motivazione.

Condanna la Provincia resistente alle spese del giudizio, liquidate in euro 1.500,00, oltre Iva, c.p.a. e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO