

E' legittimo l'annullamento della procedura di gara in esame in quanto, nella specie, al contrario di quanto sostenuto dalla società ricorrente, sussistono gli elementi richiesti dall'art.21 nonies della legge sul procedimento amministrativo per il corret

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' legittimo l'annullamento della procedura di gara in esame in quanto, nella specie, al contrario di quanto sostenuto dalla società ricorrente, sussistono gli elementi richiesti dall'art.21 nonies della legge sul procedimento amministrativo per il corretto esercizio del potere di autotutela.

E' prevista una tutela giurisprudenziale molto diversa a seconda che l'annullamento avvenga sull'aggiudicazione provvisoria rispetto a quella definitiva

L'esercizio del potere di autotutela può essere legittimo ma comunque comportare un indennizzo oppure il risarcimento del danno ingiusto

Quanto poi alla richiesta di risarcimento dei danni e alla censurata responsabilità della P.A., il Collegio ritiene di non poter aderire a quanto avanzato dalla società ricorrente per le ragioni esposte in precedenza che evidenziano la legittimità dell'operato dell'Amministrazione precedente e l'adeguatezza e proporzionalità del pubblico potere esercitato dalla stessa, non aparendo altresì sussistenti prove di un presunto comportamento colposo dell'Agenzia

Con riferimento al contestato potere di autotutela in capo all'Amministrazione procedente di cui al primo motivo dell'atto introduttivo occorre osservare che, in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento, va riconosciuta alle Amministrazioni appaltanti la potestà di ritirare gli atti di gara - manifestazione tipica del "potere" amministrativo - attraverso gli strumenti della revoca e dell'annullamento, in presenza di adeguate ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito e di legittimità, tali da rendere inopportuna o comunque da sconsigliare la prosecuzione della gara stessa. Ed invero l'Amministrazione non solo può disporre la riapertura della gara d'appalto dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, qualora la ritenga sotto qualsiasi aspetto affetta da irregolarità, ma può altresì procedere all'annullamento degli atti di aggiudicazione provvisoria, anche in via implicita e senza obbligo di fornire particolare motivazione, attesa l'assenza, nei soggetti interessati, di posizioni giuridiche consolidate (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8966; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2009, n. 10991).

A ciò va aggiunto che secondo la consolidata giurisprudenza, l'Amministrazione che intenda esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria (atto certamente endoprocedimentale, necessario ma non decisivo), non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento. Giova al riguardo ribadire che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, ancora ad effetti instabili, del tutto interinali (una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento, non già una posizione giuridica qualificata), che si inserisce nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del contraente stesso risulta consacrata soltanto con l'aggiudicazione definitiva (posizione giuridica qualificata); pertanto, allorquando la p.a. intenda esercitare il proprio potere di autotutela nel corso di una procedura di gara non ancora assistita, come nella specie, dal provvedimento finale, non dà luogo ad un nuovo procedimento amministrativo, ma tale attività di ritiro si innesta all'interno dell'unico procedimento iniziato con l'emissione del bando e destinato a concludersi con l'intervento dell'aggiudicazione definitiva; conseguentemente, l'Amministrazione non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 18 gennaio 2010, n. 11; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 3 maggio 2010, n. 2263; idem, sez. I, 7 giugno 2010, n. 12676). Alla luce di ciò è, pertanto, legittima la giustificazione addotta nel provvedimento impugnato dall'Amministrazione procedente "di poter provvedere all'annullamento della procedura di

gara senza esperimento di ulteriori incombenze, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con le istanze di partecipazione alla gara", non risultando conclusa la stessa in presenza soltanto della "proposta" di aggiudicazione di cui al verbale in data 12.6.2007; da ciò consegue la infondatezza del primo e del secondo motivo di gravame.

Viceversa, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'Amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2009 , n. 7042; idem, 12 febbraio 2010 , n. 743; idem, 23 giugno 2010 , n. 3966; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 novembre 2008 , n. 5450; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 19 maggio 2010, n.1631).

Pertanto, alla luce delle predette osservazioni, è legittimo l'annullamento della procedura di gara in esame in quanto, nella specie, al contrario di quanto sostenuto dalla società ricorrente, sussistono gli elementi richiesti dall'art.21 nonies della legge sul procedimento amministrativo per il corretto esercizio del potere di autotutela.

In particolare, la disposizione commissariale n.364/2007 impugnata contiene l'indicazione di detti elementi ossia: 1) l'esistenza dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento ritenuto illegittimo (contrariamente a quanto disposto dall'art.83, comma 4, del D.Lgs n.163/2006....la valutazione delle offerte ad opera della Commissione sarebbe avvenuta senza la preventiva determinazione dei criteri motivazionali ai quali quest'ultima si sarebbe dovuta attenere ai fini dell'attribuzione del punteggio tra il minimo e il massimo prestabilito dal bando a ciascun criterio e subcriterio di valutazione; che il vizionon consenta di ricostruire l'iter logico seguito dalla Commissione nella valutazione delle offerte e nell'attribuzione dei relativi punteggi; che la accertata sussistenza della predetta irregolarità venga a pregiudicare la legittimità della proposta di aggiudicazione relativa alla gara in esame; che la valenza del vizio rilevato possa avere inficiato la corretta individuazione dell'aggiudicatario, come possibile

pregiudizio in ordine alla qualità del prodotto atteso;RITENUTA la sussistenza, nel caso di specie, dell'interesse pubblico alla eliminazione degli atti e delle procedure inficiati da vizi di legittimità ed in ossequio ai principi costituzionali che devono informare le attività delle Pubbliche Amministrazioni; CONSIDERATO il carattere ufficiale delle carte topografiche in questione.....);

2) il bilanciamento di detto interesse con il contrapposto interesse del destinatario alla conservazione dell'atto e dei suoi effetti rappresentato da un legittimo affidamento (RITENUTA la sussistenza dell'interesse pubblico alla eliminazione degli atti e delle procedure inficiati da vizi di legittimitàe di poter provvedere all'annullamento della procedura di gara senza l'esperimento di ulteriori incombenze, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con le istanze di partecipazione alla gara);

3) l'esercizio del potere di annullamento entro un termine ragionevole (con particolare riferimento al relativo lasso di tempo trascorso dalla ricezione del Verbale di proposta di aggiudicazione da parte del Commissario Straordinario, nonché all'interesse dei partecipanti alla gara, ancora riconducibile ad una situazione di mera aspettativa relativamente alla conclusione della procedura di gara), ritenendo che per l'aggiudicazione provvisoria subordinata alla successiva ratifica la società ricorrente non può vantare un affidamento meritevole di tutela.

Né varrebbe obiettare quanto sostenuto dalla società ricorrente riguardo i vizi di forma del provvedimento, con riferimento alla carenza di motivazione, in quanto la scelta di provvedere all'annullamento riguardo la procedura di gara in esame si basa oltre che sulle articolate motivazioni sopra riportate anche sulla scorta della richiamata "istruttoria svolta dal competente Dipartimento Servizio Ge. E Gestione del Personale dell'Agenzia, corredata da specifici pareri giuridico-legali acquisiti in ordine alla valutazione della procedura di gara in questione", documentata in atti, espressamente indicata nell'atto impugnato a supporto della scelta di provvedere in autotutela.

N. 33000/2010 REG.SEN.

N. 00939/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso R.G.n. 939 del 2008, proposto dalla *****à RICORRENTE Srl, con sede in Firenze, via R. Giuliani, n. 153, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso l'avv. ***** in Roma, via Sabotino, 12;

contro

l'APAT - Agenzia per la Protezione dell'Ambiente e per i servizi tecnici - Dipartimento Difesa Suolo Serv. ***** (ora I.S.P.R.A.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della disposizione commissariale dell'***** n.364 in data 8 novembre 2007 di annullamento della procedura di gara per l'affidamento del servizio biennale di stampa e fornitura di 20 fogli della Carta geologica dell'Italia alla scala 1:50.000. Progetto CARG della omonima collana editoriale, numerata 01/07 GAR nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti ivi compresa la nota n. 037105 notificata in data 21 novembre 2007, con la quale è stato comunicato l'annullamento della procedura e comunque ogni ulteriore atto attuativo anche se non conosciuto -Riaffidamento dell'appalto e condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Apat - Dipartimento Difesa Suolo Serv. Geolog.;

Vista l'ordinanza n. 1126/2008, pronunciata nella Camera di consiglio del 21 febbraio 2008, con la quale è stata respinta la suindicata domanda di sospensione del provvedimento impugnato;

Vista l'ordinanza n. 6043/2008, pronunciata nella Camera di consiglio del 18 febbraio 2008, con cui è stata respinta la suindicata domanda di sospensione del provvedimento impugnato;

Vista l'ordinanza collegiale n. 200/2010, con la quale sono stati disposti nei confronti dell'Amministrazione intimata adempimenti istruttori, eseguiti con nota 19 marzo 2010, n. 20581;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2010 il 1^ Referendario ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ***** s.r.l. rappresenta che a seguito dell'espletamento della procedura di gara per l'affidamento del servizio biennale di stampa di n. 20 fogli della Carta Geologica d'Italia, indetta dal Commissario Straordinario dell'Apat, a cui hanno partecipato tre società, tra cui la stessa ricorrente, in data 12 giugno 2007, previa apertura dei plichi, la Commissione ha redatto il verbale di proposta di aggiudicazione a favore della medesima ricorrente.

Successivamente, con la disposizione commissariale n. 364 dell'8 novembre 2007, il Commissario straordinario ha disposto l'annullamento della procedura di gara per l'affidamento del detto servizio e avverso tale provvedimento la società ha proposto ricorso censurando profili di illegittimità dell'esercizio del potere di autotutela esercitato dall'Amministrazione e la 1) violazione degli art.21 bis e ss. della Legge n. 241 del 1990 nonché la violazione della normativa sul giusto procedimento con particolare riferimento

alla 2) Violazione dell'art.7 della Legge n. 241 del 1990 nonché dell'obbligo della motivazione, censurando altresì profili di responsabilità della P.A.. procedente. Lamenta la società che il provvedimento di annullamento della gara sarebbe generico riguardo la valutazione dell'interesse pubblico alla eliminazione degli atti e al ripristino della legalità violata, senza avere effettuato il bilanciamento dell'interesse privato alla conservazione della situazione di fatto creata dall'aggiudicazione. Inoltre, il provvedimento di annullamento avrebbe dovuto essere adottato previo inizio di un nuovo e autonomo procedimento amministrativo: l'attività integrativa dei criteri di valutazione, ritenuti carenti nell'ambito del bando e oggetto di riesame da parte dell'Amministrazione, sarebbe dovuta avvenire prima dell'apertura dei plichi contenenti le offerte, in attuazione dei principi di trasparenza e imparzialità. Infine, il provvedimento di annullamento in autotutela avrebbe pregiudicato la S.EL.CA srl nel conseguimento di un bene della vita in termini di certezza e di chance, discendendo profili di responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione.

Si è costituita in giudizio l'APAT per resistere al ricorso, la quale ha controdedotto alle censure proposte dalla società ricorrente.

Con ordinanza n. 1126/2008, pronunciata nella Camera di consiglio del 21 febbraio 2008 è stata respinta la suindicata domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Con istanza in data 25.11.2008 la ricorrente ha ripresentato istanza cautelare, rappresentando che nelle more per effetto dell'art.28 della Legge n. 133 del 2008 l'APAT è stata sostituita dall'ISPRA, Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale, di nuova istituzione, che sarebbe il nuovo legittimato passivo al procedimento. In data 5 novembre 2008 l'ISPRA - a seguito della disposizione commissariale n. 471 del 21.1.2008, con la quale il Commissario straordinario attesa la necessità di provvedere alla stampa della cartografia geologica d'Italia ha autorizzato l'espletamento di una nuova gara a pubblico incanto riguardante la procedura precedentemente annullata - ha indetto la gara n.7/08/GAR avente ad oggetto la predetta fornitura del servizio. La società lamenta che l'oggetto della gara sarebbe il medesimo di quello già previsto dalla procedura già annullata e ritenendo ciò un fatto sopravvenuto sarebbe consentita la riproposizione della domanda cautelare finalizzata alla sospensione della predetta ultima gara n. 7/08/GAR, fino all'esito del procedimento pendente. Con memoria difensiva l'ISPRA ha replicato alla

riproposizione della istanza cautelare in questione eccependo profili di inammissibilità della richiesta, non essendo sorretta dall'impugnazione dei provvedimenti relativi alla nuova gara e da alcuna richiesta di merito. Questo Collegio con ordinanza n.6043/2008, pronunciata nella Camera di consiglio del 18 dicembre 2008, ha respinto la suindicata domanda cautelare alla luce dei profili di irritualità della proposizione della stessa e della mancata impugnazione degli atti della nuova gara di cui è stata chiesta la sospensione.

Con memoria depositata in data 10 novembre 2009 ha rappresentato che a seguito di offerta economica del 19 gennaio 2009 da parte della RTI , composta dalla stessa ricorrente RICORRENTE S.r.l., unitamente alla *****à RICORRENTE DUE. ***** e RICORRENTE TRE S.r.l. (le tre società che avevano partecipato individualmente alla procedura poi annullata), l'ISPRA ha comunicato l'aggiudicazione definitiva della gara in questione n. 07/08/GAR, a cui è seguita la sottoscrizione del contratto. La società ricorrente, dopo aver ripercorso la sequenza delle vicende verificatesi, lamenta che la P.A. con la sua condotta avrebbe violato il principio di buon andamento e buona amministrazione, trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, adottando una successiva gara in pendenza dell'esito del gravame proposto, atteso che la disposizione di annullamento impugnata sarebbe stata posta in essere in un momento successivo all'apertura delle buste contenenti le offerte, con la conseguenza della possibile visione e cognizione dell'offerta del vincitore da parte dei concorrenti non aggiudicatari, violando così i principi della par condicio fra i concorrenti e del regolare e trasparente svolgimento della gara in piena e assoluta segretezza delle offerte economiche.

Espone, altresì, la ricorrente di essere stata costretta a partecipare alla seconda gara perché la sua offerta economica sarebbe stata conosciuta dai diretti concorrenti al momento dell'annullamento della prima gara, con la conseguenza che avrebbe adesso maturato il diritto al risarcimento del danno, sia in caso di riaffidamento dell'appalto per reviviscenza dell'aggiudicazione provvisoria poi annullata (danno per ritardata aggiudicazione definitiva dell'appalto) che nel caso di mancato riaffidamento dell'appalto atteso l'attuale avanzamento della seconda procedura indetta con conseguente risarcimento del danno da perdita di chance (unitamente alla restituzione delle spese sostenute per la partecipazione alla prima procedura) nei confronti dell'aggiudicazione individuale ed esclusiva (con riguardo alla prima procedura se fosse stata aggiudicata alla sola *****à ricorrente la stessa avrebbe ricevuto come utile il totale del prezzo offerto, mentre nel caso della seconda procedura aggiudicata tale importo sarebbe attribuito nella misura

di un terzo).

Con ordinanza collegiale n. 200 del 2010 sono stati disposti incompetenti istruttori, eseguiti dall'Amministrazione con nota depositata in data 19 marzo 2010.

All'odierna pubblica udienza la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. Viene in decisione il ricorso, come meglio descritto in fatto, interposto dalla società ***** srl avverso la disposizione commissariale n.384/07 di annullamento della procedura di gara attivata dall'APAT per l'affidamento del servizio biennale di stampa e fornitura di 20 fogli della Carta geologica dell'Italia e recante la richiesta di riaffidamento dell'appalto alla ricorrente stessa per la reviviscenza dell'aggiudicazione provvisoria e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

La società ricorrente - partecipante alla gara e nei cui confronti è stata proposta l'aggiudicazione provvisoria dell'affidamento del servizio per aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa (verbale 12.6.2007) - ha dapprima impugnato la richiamata disposizione commissariale n.384/07 di annullamento della procedura di gara e poi, a seguito dell'indizione, da parte dell'Amministrazione, di successiva gara n.07/08/GAR, la medesima società ha chiesto la sospensione degli effetti della stessa proponendo istanza per l'adozione di misure cautelari ritenendo detta ultima procedura un fatto sopravvenuto, stante la identità dell'oggetto e del contenuto della gara annullata.

L'Amministrazione intimata ha contestato profili di irrivalità della proposta impugnazione sia con riferimento all'atto introduttivo del gravame che riguardo la successiva istanza di misure cautelari volte alla sospensione della gara n.07/08/GAR ...fino all'esito del procedimento amministrativo attualmente

pendente.

1.1. Devono essere innanzitutto esaminate le eccezioni preliminari sollevate dall'Amministrazione resistente riguardo la natura della posizione giuridica soggettiva vantata dalla società ***** srl nell'ambito della procedura di gara - ritenendo la posizione di aggiudicataria provvisoria come semplice aspettativa alla conclusione della fase successiva di aggiudicazione definitiva, non sostanzialmente tutelabile - nonché la infondatezza delle censure proposte da parte ricorrente relative alla illegittimità dell'atto di annullamento impugnato e del relativo potere di autotutela esercitato dall'Amministrazione e, infine, come esposto in fatto, riguardo i profili di inammissibilità della successiva istanza di riproposizione delle misure cautelari.

Al riguardo, il Collegio rileva che le predette eccezioni avanzate dalla difesa dell'Amministrazione risultano condivisibili per le seguenti considerazioni.

Con riferimento al contestato potere di autotutela in capo all'Amministrazione procedente di cui al primo motivo dell'atto introduttivo occorre osservare che, in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento, va riconosciuta alle Amministrazioni appaltanti la potestà di ritirare gli atti di gara - manifestazione tipica del "potere" amministrativo - attraverso gli strumenti della revoca e dell'annullamento, in presenza di adeguate ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito e di legittimità, tali da rendere inopportuna o comunque da sconsigliare la prosecuzione della gara stessa. Ed invero l'Amministrazione non solo può disporre la riapertura della gara d'appalto dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, qualora la ritenga sotto qualsiasi aspetto affetta da irregolarità, ma può altresì procedere all'annullamento degli atti di aggiudicazione provvisoria, anche in via implicita e senza obbligo di fornire particolare motivazione, attesa l'assenza, nei soggetti interessati, di posizioni giuridiche consolidate (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8966; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2009, n. 10991).

A ciò va aggiunto che secondo la consolidata giurisprudenza, l'Amministrazione che intenda esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria (atto certamente endoprocedimentale,

necessario ma non decisivo), non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento. Giova al riguardo ribadire che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, ancora ad effetti instabili, del tutto interinali (una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento, non già una posizione giuridica qualificata), che si inserisce nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del contraente stesso risulta consacrata soltanto con l'aggiudicazione definitiva (posizione giuridica qualificata); pertanto, allorquando la p.a. intenda esercitare il proprio potere di autotutela nel corso di una procedura di gara non ancora assistita, come nella specie, dal provvedimento finale, non dà luogo ad un nuovo procedimento amministrativo, ma tale attività di ritiro si innesta all'interno dell'unico procedimento iniziato con l'emissione del bando e destinato a concludersi con l'intervento dell'aggiudicazione definitiva; conseguentemente, l'Amministrazione non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 18 gennaio 2010 , n. 11; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 3 maggio 2010 , n. 2263; idem, sez. I, 7 giugno 2010 , n. 12676). Alla luce di ciò è, pertanto, legittima la giustificazione addotta nel provvedimento impugnato dall'Amministrazione precedente "di poter provvedere all'annullamento della procedura di gara senza esperimento di ulteriori incombenze, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con le istanze di partecipazione alla gara", non risultando conclusa la stessa in presenza soltanto della "proposta" di aggiudicazione di cui al verbale in data 12.6.2007; da ciò consegue la infondatezza del primo e del secondo motivo di gravame.

Viceversa, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'Amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2009 , n. 7042; idem, 12 febbraio 2010 , n. 743; idem, 23 giugno 2010 , n. 3966; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 novembre 2008 , n. 5450; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 19 maggio 2010, n.1631).

2. Pertanto, alla luce delle predette osservazioni, è legittimo l'annullamento della procedura di gara in esame in quanto, nella specie, al contrario di quanto sostenuto dalla società ricorrente, sussistono gli elementi richiesti dall'art.21 nonies della legge sul procedimento amministrativo per il corretto esercizio del potere di autotutela.

In particolare, la disposizione commissariale n.364/2007 impugnata contiene l'indicazione di detti elementi ossia: 1) l'esistenza dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento ritenuto illegittimo (contrariamente a quanto disposto dall'art.83, comma 4, del D.Lgs n.163/2006...la valutazione delle offerte ad opera della Commissione sarebbe avvenuta senza la preventiva determinazione dei criteri motivazionali ai quali quest'ultima si sarebbe dovuta attenere ai fini dell'attribuzione del punteggio tra il minimo e il massimo prestabilito dal bando a ciascun criterio e subcriterio di valutazione; che il vizionon consenta di ricostruire l'iter logico seguito dalla Commissione nella valutazione delle offerte e nell'attribuzione dei relativi punteggi; che la accertata sussistenza della predetta irregolarità venga a pregiudicare la legittimità della proposta di aggiudicazione relativa alla gara in esame; che la valenza del vizio rilevato possa avere inficiato la corretta individuazione dell'aggiudicatario, come possibile pregiudizio in ordine alla qualità del prodotto atteso;RITENUTA la sussistenza, nel caso di specie, dell'interesse pubblico alla eliminazione degli atti e delle procedure inficiati da vizi di legittimità ed in ossequio ai principi costituzionali che devono informare le attività delle Pubbliche Amministrazioni; CONSIDERATO il carattere ufficiale delle carte topografiche in questione....);

2) il bilanciamento di detto interesse con il contrapposto interesse del destinatario alla conservazione dell'atto e dei suoi effetti rappresentato da un legittimo affidamento (RITENUTA la sussistenza dell'interesse pubblico alla eliminazione degli atti e delle procedure inficiati da vizi di legittimitàe di poter provvedere all'annullamento della procedura di gara senza l'esperimento di ulteriori incombenze, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con le istanze di partecipazione alla gara);

3) l'esercizio del potere di annullamento entro un termine ragionevole (con particolare riferimento al relativo lasso di tempo trascorso dalla ricezione del Verbale di proposta di aggiudicazione da parte del Commissario Straordinario, nonché all'interesse dei partecipanti alla gara, ancora riconducibile ad una situazione di mera aspettativa relativamente alla conclusione della procedura di gara), ritenendo che per

l'aggiudicazione provvisoria subordinata alla successiva ratifica la società ricorrente non può vantare un affidamento meritevole di tutela.

Né varrebbe obiettare quanto sostenuto dalla società ricorrente riguardo i vizi di forma del provvedimento, con riferimento alla carenza di motivazione, in quanto la scelta di provvedere all'annullamento riguardo la procedura di gara in esame si basa oltre che sulle articolate motivazioni sopra riportate anche sulla scorta della richiamata "istruttoria svolta dal competente Dipartimento Servizio Ge. E Gestione del Personale dell'Agenzia, corredata da specifici pareri giuridico-legali acquisiti in ordine alla valutazione della procedura di gara in questione", documentata in atti, espressamente indicata nell'atto impugnato a supporto della scelta di provvedere in autotutela.

Quanto poi alla richiesta di risarcimento dei danni e alla censurata responsabilità della P.A., il Collegio ritiene di non poter aderire a quanto avanzato dalla società ricorrente per le ragioni esposte in precedenza che evidenziano la legittimità dell'operato dell'Amministrazione precedente e l'adeguatezza e proporzionalità del pubblico potere esercitato dalla stessa, non apparendo altresì sussistenti prove di un presunto comportamento colposo dell'Agenzia.

In definitiva, sulla base delle predette considerazioni l'atto introduttivo del ricorso - avverso la disposizione commissariale n.364 dell'8 novembre 2007 di annullamento della procedura di gara nonché la nota di comunicazione della stessa n. 037105 notificata in data 21.11.2007 - è infondato e va respinto. La reiezione della domanda di annullamento della predetta disposizione commissariale rende improponibile la domanda di risarcimento del danno non risultando, altresì, provata la colpa dell'Amministrazione e la sua illegittima condotta.

3. Come emerso dalla ricostruzione operata in precedenza, la ricorrente ha formulato un ulteriore atto recante la "riproposizione di domanda cautelare" notificata all'Ispra in data 26.11.2008, con la quale a seguito dell'indizione di nuova gara n.07/08/GAR avente ad oggetto la fornitura del servizio di cui alla procedura di gara precedentemente annullata, ha richiesto "la sospensione della gara 07/08/GAR indetta dall'entefino all'esito, con sentenza irrevocabile, del procedimento amministrativo pendente o

comunque adottare altra misura cautelare ritenuta idonea”.

Al riguardo, il Collegio deve rilevare, in adesione a quanto controdedotto da parte resistente, la sussistenza di profili di inammissibilità della predetta richiesta avanzata dalla società ***** srl ricorrente, alla luce della riscontrata irritualità della proposta stessa, non potendosi altresì configurare quale atto di impugnazione del nuovo procedimento.

Ed invero, la società nelle more del giudizio con la predetta domanda ha chiesto la sospensione della nuova gara (n.07/08/GAR) nel frattempo indetta dall'ISPRA, senza però proporre impugnazione di eventuali atti relativi a detta gara. Tale richiesta, ritenuta non ammissibile già con l'ordinanza n. 6043/08, e in disparte anche la mancanza di alcuna censura di profili di merito, non appare ritualmente formulata e, pertanto, da dichiarare inammissibile, ponendosi in contrasto con le disposizioni in materia di proposizione del ricorso e delle relative misure cautelari di cui all'art.21 della legge Tar , che presuppongono la sottoposizione a gravame del provvedimento amministrativo ritenuto lesivo della posizione giuridica soggettiva di cui si chiede la tutela interinale, anche con la forma dell'atto contenente motivi aggiunti con indubbio vantaggio, in quest'ultimo caso , sotto il profilo della speditezza del procedimento e della realizzazione di un processo simultaneo con riunione di azioni connesse ed ampliamento dell'ambito originario.

L'esito complessivo del giudizio giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, sez. II bis, pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, in parte lo respinge e in parte lo dichiara inammissibile.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del giorno 25 marzo, 10 giugno e 7 ottobre 2010 con l'intervento dei Magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/e-legittimo-l-annullamento-della-procedura-di-gara-in-esame-in-quanto-nella-specie-a-l-contrario-di-quanto-sostenuto-dalla-societa-ricorrente-sussistono-gli-elementi-richiesti-dall-art-21-nonies-de/>