



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

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1346 del 2010, proposto da:
Benito Sas De Cicco, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Carucci, ed
elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Fabio Valenti in Lecce, via 95
Reggimento Fanteria 1;

contro

Comune di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Ciulla, con domicilio
eletto presso l'Avvocatura comunale in Lecce, Municipio;

per l'annullamento

- della Determina Dirigenziale n. 108 del 25 maggio 2010, notificata il 3 giugno
2010, adottata dal Dirigente del Settore Patrimonio - E.R.P. del Comune di Lecce,
con la quale si è provveduto a dare esecuzione alla Delibera di G.M. n. 373/2010, -
mai notificata né altrimenti portata a conoscenza della ricorrente - procedendo alla
revoca, in autotutela, del verbale di gara del 31 agosto 2006 "...con il quale si
aggiudicava provvisoriamente alla ditta De Cicco Benito di De Cicco Antonio & C. s.a.s.... "
(senza ulteriore specificazione);

- di tutti gli atti presupposti, conseguenti e/o comunque connessi alla cennata Determina, mai portati a conoscenza della deducente, ed in particolare della Delibera di G.M. n. 373 del 10 maggio 2010;

per la conseguente condanna del Comune di Lecce al risarcimento del danno in favore dell'impresa ricorrente e/o in via subordinata, alla corresponsione dell'indennizzo alla stessa dovuto ex art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Lecce;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2011 il Cons. Rosaria Trizzino e uditi l'avv. Carucci per la società ricorrente e, nei preliminari, l'avv. Ciulla per il Comune di Lecce;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Oggetto del presente ricorso è la determinazione dirigenziale 25 maggio 2010 n. 108 con cui il Comune di Lecce ha revocato, in autotutela e in ottemperanza alla deliberazione della Giunta Municipale 10 maggio 2010 n. 373, il verbale 31 agosto 2006 relativo all'aggiudicazione provvisoria alla Società ricorrente dell'appalto di lavori per la realizzazione di una ludoteca comunale in via Sozy Carafa di cui alla procedura concorsuale bandita in data 30 giugno 2006.

A sostegno del gravame la ricorrente s.a.s. De Cicco Benito deduce i seguenti motivi:

a) Violazione ed erronea applicazione degli articoli 11, 12, 48 e 79 del d.lgs n. 163 del 2006; eccesso di potere per sviamento;

b) Eccesso di potere per carente, erronea e contraddittoria motivazione.

2. – Il Comune di Lecce, costituendosi in giudizio ha preliminarmente eccepito la tardività del gravame; ha comunque contestato la fondatezza delle censure svolte e chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 7 aprile 2011, fissata per la discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3. - In via preliminare, parte resistente eccepisce la tardività del ricorso sulla scorta del mancato rispetto del termine abbreviato a trenta giorni per la proposizione del ricorso, introdotto dal d.lgs. 53 del 2010, entrato in vigore in data 27 aprile 2010 e vigente al momento della notificazione del ricorso.

Nel caso di specie, infatti, la Società ricorrente, con ricorso notificato in data 4 agosto 2010 ha impugnato il provvedimento adottato in data 25 maggio 2010, a conclusione del procedimento formalizzato in data 23 aprile 2010 con la comunicazione inviata alla ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241.

3.1 Al riguardo il Collegio deve precisare che a norma dell'articolo 8, comma 2 *quinquies*, del d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 (Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) “*i termini processuali in materia di appalti pubblici sono stabiliti in:*

a) trenta giorni per la notificazione del ricorso e per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati, decorrenti dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'articolo 79, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8;”.

Tale riduzione del termine di proposizione del gravame, incide sul termine di decadenza previsto dall'art. 245 comma 2 *quinquies*, d.lgs. n. 163 del 2006 e, conseguentemente, dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 53 /2010 (il 27 aprile 2010) decorre il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso.

Va tuttavia osservato che la nuova disciplina processuale, seppure immediatamente applicabile, non può andare ad incidere su situazioni già consumate e che, in assenza di una specifica disciplina di dettaglio sul punto, occorre privilegiare un'interpretazione conforme a superiori principi di ragionevolezza e coerente con i principi costituzionali posti a tutela del diritto di difesa. (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 9 settembre 2010 n. 32198).

3.2 Ciò posto ritiene il Collegio che la fattispecie in esame presenta elementi di incertezza tali da accogliere l'istanza di riconoscimento dell'errore scusabile avanzata dal ricorrente in sede di discussione della causa.

In merito va innanzitutto sottolineato che la giurisprudenza ha chiarito che *“La scusabilità dell'errore si configura istituto di carattere generale e la sua applicazione non va limitata ai soli casi di tardiva notifica o di non corretta individuazione dei controinteressati, ma comprende una più vasta area di fattispecie che per la peculiarità e novità della questione oggetto del contendere, per la complessità del quadro normativo riferito anche alle competenze degli organi nella materia, per oscillazioni di giurisprudenza ecc. si configurano idonee ad introdurre menomazioni e maggiore difficoltà nell'esercizio dei diritti di difesa.”* (cfr. di recente Consiglio Stato, VI, 3 agosto 2010 n. 5145).

Va inoltre precisato che la impugnata revoca è stata emanata a conclusione di un lungo e complesso iter procedimentale che ha avuto inizio ben prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina processuale (la stessa comunicazione ex articolo 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 è antecedente all'entrata in vigore del d.lgs n. 53 del 2010).

Tale circostanza, unitamente agli elementi di incertezza derivanti dalla novità ed incompletezza delle nuove previsioni normative, costituisce dunque valida ragione per scusare la tardiva notificazione del ricorso.

3.3- L'eccezione va dunque respinta.

4. – Passando all'esame dei motivi di ricorso, che per la loro correlazione possono essere trattati congiuntamente, il Collegio precisa quanto segue in fatto:

a) la Società ricorrente è risultata, in via provvisoria, aggiudicataria dell'appalto di lavori per la realizzazione di una ludoteca comunale in via Sozy Carafa di cui alla procedura concorsuale bandita in data 30 giugno 2006;

b)) contestualmente alla gara l'Amministrazione comunale avviava procedura per il rientro in possesso di un'area (interessata alla realizzazione dell'opera pubblica) ove sorgeva un chiosco per la vendita di calzature e lo spostamento dei residenti dagli alloggi interessati dal progetto: incumbenti al cui perfezionamento era subordinata l'aggiudicazione definitiva;

c) tale procedura si concludeva nel marzo 2009 e successivamente il Comune di Lecce richiedeva all'Impresa ricorrente, stante il lungo tempo trascorso, se confermava la volontà di realizzare l'opera agli stessi prezzi e condizioni posti a base di gara;

d) la ricorrente, riscontrando la richiesta si dichiarava disposta a realizzare i lavori previo adeguamento dei prezzi ai costi attuali di mercato;

e) nonostante ciò l'Amministrazione, avendo constatato che oltre alle condizioni economiche era profondamente mutata la normativa tecnica di settore e che si rendeva necessario un totale rifacimento del progetto, con deliberazione 10 maggio 2010 n. 373 deliberava il rifacimento della gara dando mandato al Dirigente responsabile di revocare in autotutela il verbale di aggiudicazione provvisoria;

d) la revoca veniva formalizzata con provvedimento 25 maggio 2010.

5. – Ciò premesso in fatto, sulla base della disciplina introdotta con il Codice dei contratti (d.lgs 11 aprile 2006 n. 163), va osservato quanto segue in diritto:

- l'aggiudicazione definitiva segue alla verifica dell'effettivo possesso in capo all'aggiudicataria dei requisiti dichiarati al momento della partecipazione; verifica che condiziona la sola efficacia, e non la validità, dell'aggiudicazione e il cui

carattere di atto dovuto è confermato dal suo verificarsi *ope legis* se non intervenga tempestivamente (cfr *ex multis* Consiglio di Stato, V, 7 maggio 2008 n. 2089);

- l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta;

- l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9 dell'articolo 11 d.lgs 163 cit. che testualmente dispone “*Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.*”;

- l'amministrazione, dunque, non è incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto e tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro attraverso le procedure tipiche che regolano l'esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla legge n. 241 del 1990, come novellata nel 2005, la quale non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara (cfr. Consiglio di Stato, V, 12 febbraio 2010 n. 743);

- con l'entrata in vigore dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/90 il legislatore ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che legittimano l'adozione di un provvedimento di revoca: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *jus poenitendi*).

- la revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, consentita non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (cfr. Consiglio di Stato, VI, 17 marzo 2010, n. 1554).

- la giurisprudenza ha inoltre chiarito che il potere di ritirare gli atti di gara, attraverso gli strumenti della revoca e dell'annullamento, è espressione del principio del buon andamento dell'attività amministrativa e costituisce una facoltà dell'amministrazione ancora attinente la fase di scelta del contraente: conseguentemente, solo in tale fase non sono necessarie specifiche valutazioni dell'eventuale interesse dell'aggiudicatario provvisorio al mantenimento di un atto non più rispondente all'interesse pubblico.

5.1 - Ciò posto si osserva che nella fattispecie la determinazione dell'amministrazione appaltante di non portare a compimento la gara già definitivamente aggiudicata risulta motivata in ordine alle ragioni di pubblico interesse con il richiamo alle diverse condizioni economiche e alla profonda modiche della normativa tecnica di settore, tali da rendere necessario un totale rifacimento del progetto.

Tale motivazione, considerato che nell'esercizio del c.d. *jus poenitendi* l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità, non può ritenersi inadeguata e, pertanto, sotto tale profilo, la revoca in esame risulta immune dalle censure dedotte.

5.2 - Va aggiunto che la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo.

Peraltro, la confermata legittimità del provvedimento di autotutela fa venire meno il presupposto su cui è stata fondata la domanda risarcitoria, costituito appunto dall'illegittimità provvedimentoale. e comporta l'onere dell'amministrazione di corrispondere il solo indennizzo ex art. 21-*quinquies*, legge 7 agosto 1990 n. 241, aggiunto dall'art. 14 legge 11 febbraio 2005 n. 15, ed integrato dal comma 1 *bis* introdotto dall'art. 13 D. L. 31 gennaio 2007 n. 7, e non l'integrale risarcimento del danno.

5.3 - L'indennizzo spettante al soggetto direttamente pregiudicato dalla revoca va circoscritto al "danno emergente", come espressamente stabilito nel comma 1 *bis* dell'art. 21-*quinquies* L. n. 241/1990.

Dette spese, come indicato e documentato nel ricorso, ammontano a euro 4.461,13 e su di esse, in quanto debiti di valore, spetta altresì la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, dalla data di effettuazione della spesa fino alla data di deposito della presente sentenza; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati dalla data di deposito della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo (Cfr. Consiglio di Stato, VI, 21 maggio 2009 n. 3144) per il quale è fissato entro il termine di 90 giorni dalla comunicazione o notificazione, ove anteriore della presente decisione.

6. Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere accolto nei limiti indicati.

Peraltro la fattispecie presenta tratti di peculiarità tali da indurre il Collegio a compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente, Estensore

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2011

IL SEGRETARIO

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