



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1141 del 2009, proposto da:

Candura Group S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Michela Cerini, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale

contro

Comune di Gavirate, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Berton, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via C. G. Merlo, 1

per l'annullamento

del provvedimento n. 231 del 13 luglio 2004 del Responsabile del Settore tecnico del comune di Gavirate di annullamento del contratto n. rep. 428 del 4 febbraio 2004.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2012 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso in riassunzione notificato in data 21 aprile 2009 e ritualmente depositato la ricorrente chiedeva a questo Tribunale di annullare il provvedimento con il quale il comune di Gavirate aveva invalidato il contratto di appalto n. rep. 428 del 4 febbraio 2004 per la realizzazione della nuova palestra comunale.

Tale contratto era stato stipulato tra ricorrente ed amministrazione convenuta a seguito di procedura concorsuale per pubblico incanto, con aggiudicazione mediante ribasso sull'importo dei lavori a base di gara.

Nella determinazione di annullamento impugnata il comune di Gavirate rappresentava che "in seguito ad ulteriori verifiche effettuate" nei confronti della ricorrente era emerso che la stessa non fosse "in possesso dei requisiti previsti nel bando di gara e dall'art. 13 della legge n. 109/1994 e successive modificazioni ed integrazioni". In particolare, secondo l'amministrazione, non sarebbe stato consentito "accogliere la richiesta della ditta Candura

Group di procedere al subappalto delle opere classificate come “OS13” ed “OG11”, in quanto il relativo importo” era superiore al 15% del valore dell’opera; inoltre, sempre secondo l’amministrazione comunale, “il mancato possesso dei requisiti previsti nel bando di gara, accertato anche in seguito ad ulteriori verifiche delle dichiarazioni effettuate dal richiedente”, avrebbe comportato la nullità del contratto.

La ricorrente, a fronte dell’invalidazione del contratto di appalto stipulato, conveniva in giudizio il comune di Gavirate dinanzi al Tribunale ordinario. Il Giudice adito, peraltro, sia in primo grado che in sede di appello, dichiarava il proprio difetto di giurisdizione in favore del Tribunale amministrativo, precisando che l’annullamento del contratto andava riqualficato in una caducazione dello stesso a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ad esso presupposta, trattandosi di atto emanato in sede di autotutela (e di verifica della sussistenza dei requisiti di legge in capo all’aggiudicatario).

Costituitasi l’amministrazione, la quale eccepiva l’irricevibilità del ricorso introduttivo e comunque contestava nel merito le censure mosse dalla Candura Group, la causa passava in decisione all’udienza pubblica dell’11 luglio 2012.

Preliminarmente, va esaminata l’eccezione di tardività proposta dal comune convenuto.

In buona sostanza, l’amministrazione resistente deduce che la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice giurisdizionalmente incompetente (cd. principio della “*traslatio iudicii*”) si produrrebbe solo se la domanda fosse stata effettivamente proposta entro il termine di decadenza proprio delle regole processali afferenti al Giudice munito di giurisdizione.

Nel caso di specie, pertanto, essendo stato il provvedimento di annullamento notificato il 15 luglio 2003, mentre l’azione in sede civile fu esercitata soltanto l’1/2/2004, la ricorrente sarebbe incorsa nella decadenza derivante dall’aver fatto decorrere inutilmente il termine per la proposizione del ricorso dinanzi al Giudice amministrativo.

L’eccezione di tardività appare fondata. L’art. 59 della l. n. 69/2009 e il codice del processo amministrativo all’art. 11 hanno regolato il principio della c.d. *traslatio iudicii*, positivizzando il diritto vivente che si era nel frattempo formato in giurisprudenza e disciplinando forme e modalità di riproposizione del nuovo giudizio. In particolare, il comma 5 dell’art. 11 citato, norma processuale direttamente applicabile alla odierna controversia, stabilisce che il giudice, con riguardo alle preclusioni e alle decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti.

Lo strumento attraverso il quale questo Giudice deve operare la suddetta valutazione è dunque quello dell’errore scusabile. A tale riguardo, come di recente rilevato dall’Adunanza Plenaria, «...*la valutazione della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dell’errore scusabile va compiuta alla stregua dell’art. 37 del Codice del processo amministrativo il cui contenuto, peraltro, non si discosta sensibilmente dai precedenti indirizzi giurisprudenziali. Ai sensi dell’art. 37 la rimessione in termini per errore scusabile può essere disposta soltanto «in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o su gravi impedimenti di fatto». Occorre innanzitutto premettere che l’art. 37, al pari della previgente disciplina processuale dell’istituto dell’errore scusabile, è una norma di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l’effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti (art. 2, comma 1, del Codice del processo amministrativo), sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale. Non a caso la giurisprudenza formatasi nella costanza del “vecchio” regime processuale era pacificamente nel senso di considerare la rimessione in termini per errore scusabile un istituto di carattere eccezionale (tra le tante decisioni sul punto, si citano, a mero titolo d’esempio, Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6599; id., 12 marzo 2001, n. 1407, ma ancor prima, a dimostrazione della natura consolidata*

dell'indirizzo, Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 1980, n. 273), posto che esso delineava una deroga al principio cardine della perentorietà dei termini di impugnativa; l'attuale art. 37 non offre elementi per giungere a una differente conclusione ... omissis ... La giurisprudenza amministrativa aveva anche elaborato una cretomania delle ipotesi suscettibili di giustificare la concessione della rimessione in termini per errore scusabile. In particolare, si era affermato che la concessione dell'errore scusabile postulava una situazione connotata da un'obiettiva incertezza, ascrivibile di volta in volta alla difficoltà di interpretare una norma o all'esistenza di contrasti giurisprudenziali (v. Cons. Stato, n. 6599/2008 cit.), oppure alla particolare complessità della vicenda dedotta nel giudizio o, ancora, al comportamento non lineare dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; id. sez. IV, 18 marzo 2008, n. 1147). La scusabilità dell'errore era tuttavia negata nei casi esso fosse stato imputabile al ricorrente (Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2008, n. 5860) ...» (Cons. St., A.P., 2 dicembre 2010 n. 3).

Premesso ciò, non appare scusabile nel caso di specie l'errore in cui è incorsa la ricorrente. Al di là del "nomen iuris" con cui l'amministrazione ha qualificato il suo provvedimento (prima rescissione e poi annullamento del contratto) era evidente che esso fosse basato su di una rivalutazione in via di autotutela dei presupposti di aggiudicazione della gara, come peraltro è stato poi accertato dal Giudice ordinario sia in primo che in secondo grado. D'altra parte, lo stesso difensore della ricorrente, nel suo atto di citazione, espone che "i fatti in base a quali l'Amministrazione può rescindere il contratto, devono verificarsi successivamente alla stipula dello stesso e devono dare luogo ad atti di frode o di grave negligenza rispetto agli obblighi contrattualmente assunti. Nel caso di specie, il Comune fa, invece, riferimento, come si è visto, a circostanze precedenti alla stipula del contratto, che avrebbero dovuto essere, casomai, oggetto di verifica da parte della Commissione prima dell'aggiudicazione; in relazione, alle stesse, pertanto, nessuna contestazione può oggi essere sollevata".

Essendo palese dunque la consapevolezza da parte del ricorrente di trovarsi di fronte ad un atto di autotutela da parte dell'amministrazione - la quale ha invalidato il contratto previa verifica dell'assenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti imposti dal bando - risulta inescusabile, nonostante ciò, avere proposto solo dopo vari mesi dalla conoscenza del provvedimento di annullamento azione civilistica dinanzi al Tribunale ordinario.

La conclusione cui si è appena pervenuti precluderebbe l'esame del merito del ricorso, ma, data la complessità della questione processuale esaminata e la circostanza per cui dopo otto anni la ricorrente rischierebbe di vedere definitivamente rigettata la propria istanza di giustizia per motivi esclusivamente formali, appare opportuno valutare la fondatezza della domanda introdotta, anche ai fini del successivo esame della richiesta di risarcimento del danno avanzata.

Il provvedimento impugnato è legittimo. Esso è stato correttamente emesso in sede di autotutela, in base al principio pacifico per cui la stipula del contratto non impedisce all'amministrazione di ritornare sui propri passi, qualora sussista l'interesse pubblico ad un sollecito ripristino della legalità violata.

Tale atto si basa sulla verifica dell'assenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti di cui all'art. 13, comma 7 della L. n. 109/1994, normativa in vigore all'epoca dei fatti.

In realtà, le categorie di OS13 e OG11 erano già state espressamente assoggettate alla disciplina dell'art. 13 predetto dalla *lex specialis*, in quanto evidentemente ritenute dalla stazione appaltante come lavori di rilevante complessità tecnica, per cui la motivazione esposta nel provvedimento impugnato (importo delle opere classificate come OS13 e OG11 superiore al 15% del valore dell'opera) appare di per sé congrua e autosufficiente, oltre che non contestata, nell'odierna sede.

Sarebbe stato per contro necessario, per la ricorrente, impugnare, congiuntamente al provvedimento di annullamento del contratto, anche il bando di gara, per potere fare valere un'eventuale illegittimità di esso nella

parte in cui definiva tali categorie di lavori come rilevanti ai sensi dell'art. 13 della L. n. 109/94. In mancanza di tale impugnazione, la ricorrente non ha interesse all'annullamento di un atto che ha semplicemente recepito una valutazione già contenuta nella *lex specialis*.

D'altra parte, la richiesta di risarcimento del danno, sia nell'atto di citazione dinanzi al Giudice ordinario che nel ricorso introduttivo oggi in esame, è stata coltivata con una mera formula di stile, come tale inadeguata già di per sé a dimostrare i presupposti fattuali e giuridici della domanda avanzata.

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

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I),
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in via equitativa in € 3.000,00, oltre accessori di legge.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2012

IL SEGRETARIO

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