

**N. 00070/2012 REG.PROV.COLL.
N. 04685/2011 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 il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4685 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa, in proprio e nella qualità di mandatario della costituenda A.T.I. con la mandante I.C.O.P. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Benedetto Giovanni Carbone e Stefano Angeloni, con domicilio eletto presso Benedetto Giovanni Carbone in Roma, via degli Scipioni, 288;

contro

Regione Lazio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefania Ricci e Fiammetta Fusco, con domicilio eletto presso Fiammetta Fusco in Roma, via Marcantonio Colonna n.27;

AREMOL - Agenzia Regionale per la Mobilità del Lazio, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Marascio, con domicilio

eletto presso Francesco Marascio in Roma, via G.B. Martini, 2;

nei confronti di

Papaleo S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI con la mandante Tantari Edoardo S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Gentile, con domicilio eletto presso Massimo Gentile in Roma, via Sebino, 29;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione n. A4266 del 18.4.2011, del Direttore della Direzione Regionale Trasporti della Regione Lazio, comunicata con nota del 28.4.2011, con la quale è stata annullata, in via di autotutela, la procedura di gara avente ad oggetto “l'elaborazione della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione degli interventi per la eliminazione dei passaggi a livello della ferrovia regionale Roma - Viterbo alle chilometriche 57+855, 58+980, 59+994, 60+828, 61+507, 62+078, 64+578, 73+062 — CIG n. 0417407725”; e di ogni altro atto, presupposto, collegato, consequenziale e connesso;
- della nota del Direttore Regionale Trasporti in data 23.12.2010, con la quale si è data notizia dell'atto con cui la Commissione di gara ha sospeso il procedimento ad evidenza pubblica;
- della nota del Direttore Regionale Trasporti in data 4.3.2010 con la quale è stato rappresentato l'intendimento della Regione di procedere, in via di autotutela, all'annullamento d'ufficio della

procedura di gara;

- della nota del Presidente della Commissione di gara in data 25.3.2011, con la quale è stata data comunicazione del verbale della riunione in data 10.3.2011 con cui sono state dichiarate concluse le operazioni di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, dell'AREMOL - Agenzia Regionale per la Mobilità del Lazio e della Papaleo S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2011 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 30.12.2009, la Regione Lazio - Direzione Regionale Trasporti ha indetto una gara per l'affidamento della elaborazione della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione degli interventi per la eliminazione dei passaggi a livello della ferrovia regionale Roma - Viterbo alle chilometriche 57+855, 58+980, 59+994, 60+828, 61+507, 62+078, 64+578, 73+062 (CIG n. 0417407725), per un importo a base d'asta pari a € 6.539.382,00,

comprensivi di € 460.478,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Ai fini dell'aggiudicazione è stato previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei contenuti dell'offerta tecnica e di quella economica, secondo le specificazioni esplicitate nel bando.

Hanno partecipato alla gara sei concorrenti, quattro dei quali sono stati esclusi prima dell'apertura delle offerte economiche.

In data 21.6.2010 si è provveduto, in seduta pubblica, all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche dei due operatori economici rimasti in gara: la costituenda ATI Consorzio Costruzioni Cooperative CCC Società Cooperativa – I.C.O.P. S.p.A. e la costituenda ATI Papaleo S.r.l. - Tantari Edoardo S.r.l..

All'esito della valutazione delle offerte tecnica ed economica è risultata avere conseguito il miglior punteggio la costituenda ATI Papaleo - Tantari.

Con nota del 5.8.2010, la Regione ha, quindi, chiesto ai due concorrenti classificatisi al primo ed al secondo posto la documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara.

La Regione Lazio non è, però, addivenuta all'aggiudicazione definitiva della gara, avendo, invece, assunto una determinazione con la quale ha annullato, in via di autotutela, l'intera procedura ad evidenza pubblica.

Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione, il Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società Cooperativa, in proprio e nella qualità di mandatario della costituenda A.T.I. con la mandante I.C.O.P. S.p.A., ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio, avanzando la domanda di annullamento indicata in epigrafe.

Con memoria recante motivi aggiunti datata 14 luglio 2011, ritualmente notificata, la parte ricorrente ha impugnato: - la nota del Direttore Regionale Trasporti in data 23.12.2010, con la quale si è data notizia dell'atto con cui la Commissione di gara ha sospeso il procedimento ad evidenza pubblica; - la nota del Direttore Regionale Trasporti in data 4.3.2010 con la quale è stato rappresentato l'intendimento della Regione di procedere, in via di autotutela, all'annullamento d'ufficio della procedura di gara; - la nota del Presidente della Commissione di gara in data 25.3.2011, con la quale è stata data comunicazione del verbale della riunione in data 10.3.2011 con cui sono state dichiarate concluse le operazioni di gara.

La Regione Lazio, costituitasi in giudizio, oltre a sostenere l'infondatezza delle censure avanzate dalla ricorrente, ha eccepito la carenza di interesse della parte ricorrente, in quanto l'annullamento del provvedimento di annullamento della gara farebbe rivivere l'aggiudicazione in favore dell'ATI Papaleo S.r.l.

L'AREMOL – Agenzia Regionale per la Mobilità del Lazio, si è

costituita in giudizio ed ha: - eccetto la propria carenza di legittimazione passiva, perché Ente strumentale dell'Amministrazione, mentre la vera e propria Stazione appaltante è la Regione Lazio; - eccetto il difetto di interesse e/o la sopravvenuta carenza di interesse della ricorrente, in quanto la stessa non ha contestato la mancata esclusione dell'ATI Papaleo Srl e sono scaduti i termini per impugnare la mancata esclusione della stessa; - eccetto l'inammissibilità del ricorso in quanto il provvedimento impugnato è motivato de relato rispetto alla nota regionale del 4.3.2011 che non è stata censurata dalla ricorrente; - eccetto la tardività del ricorso proposto il 28.5.2011 a fronte della determinazione regionale del 18.4.2011; - l'infondatezza delle censure di parte ricorrente, poiché i presupposti di fatti e di diritto necessari per disporre l'annullamento d'ufficio sono espressi nella nota regionale del 4.3.2011 da considerare alla luce di quanto disposto dagli artt. 22 e 25, lett. p), del bando di gara.

Si è costituita in giudizio anche l'ATI Papaleo S.r.l. la quale ha rappresentato, tra l'altro, di aver chiesto anch'essa, con autonomo ricorso (RG n. 5089/2011), l'annullamento del provvedimento di annullamento disposto in via di autotutela.

Con ordinanza 28 luglio 2011, n. 2873 è stata accolta la domanda cautelare proposta dalla ricorrente.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 1° dicembre 2011 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio respinge le eccezioni proposte dalla Regione Lazio e dall'AREMOL per le ragioni di seguito esposte.

Anzitutto, vanno respinte le eccezioni di tardività del ricorso e dei motivi aggiunti, perché la determinazione regionale del 18.4.2011 è stata impugnata il 28.5.2011 in quanto comunicata il 28.4.2011, mentre la nota regionale del 4.3.2011 è stata impugnata con memoria recante motivi aggiunti notificata il 14.7.2011 in quanto la sua conoscenza è avvenuta solo il 16.6.2011, a seguito di accesso agli atti della procedura di gara ed, in particolare, degli atti che hanno determinato l'annullamento d'ufficio della procedura ad evidenza pubblica.

Peraltro, con specifico riferimento all'impugnazione della nota regionale del 4.3.2011 si rileva che ciò che la parte ricorrente ha impugnato è il provvedimento di autotutela ed, in particolare, la sua motivazione. Quindi, una volta contestato il provvedimento di annullamento d'ufficio, la verifica della correttezza della motivazione della decisione assunta dalla Stazione appaltante e la verifica dei presupposti utili per annullare d'ufficio la gara, costituiscono questione di merito e oggetto di causa, senza che sia necessario impugnare formalmente il presunto atto che, a parere dell'Amministrazione, reca l'esplicitazione delle ragioni

dell'annullamento.

Va, poi, disattesa l'eccezione di carenza di interesse della parte ricorrente ad impugnare il provvedimento di annullamento degli atti di gara disposto in via di autotutela.

Al riguardo, va considerato che l'eventuale annullamento del provvedimento di annullamento disposto ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 imporrebbe alla Stazione appaltante di assumere le proprie determinazioni in relazione all'esito della procedura ad evidenza pubblica, a fronte di quanto comunicato e rappresentato dal RUP con nota del 1.12.2010: "sono emerse illegittimità/irregolarità ostative all'approvazione della aggiudicazione provvisoria, richiedendo l'individuazione del nuovo aggiudicatario".

Nell'ambito dei propri poteri discrezionali, gli organi della Stazione appaltante potrebbero – all'esito delle valutazioni del caso e con congrua motivazione –, scegliere di aggiudicare l'appalto alla parte ricorrente (condividendo/disattendendo i rilievi e le considerazioni del RUP).

Di qui l'interesse della parte ricorrente (seconda classificata) a proporre e coltivare il ricorso proposto avverso il provvedimento di annullamento degli atti di gara disposto in via di autotutela, tenendo conto che l'oggetto del presente giudizio è costituito dalla verifica della legittimità del provvedimento di autotutela contestato.

Ciò comporta che non si può neanche affermare una presunta carenza di interesse della parte ricorrente a causa dell'omessa

contestazione della mancata esclusione dell'ATI Papaleo Srl, perché impugnando il provvedimento di annullamento d'ufficio la ricorrente, di fatto, ha messo in discussione la scelta della Stazione appaltante di non assumere determinazioni concrete in merito all'esito della gara.

Va respinta anche l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'AREMOL, perché se è vero che trattasi di Ente strumentale dell'Amministrazione regionale, è anche vero che nella fattispecie tale Soggetto ha avviato e curato la procedura ad evidenza pubblica in questione – il cui esito costituisce è stato messo in discussione dalla parte ricorrente - e, quindi, non può ritenersi estranea al contenzioso oggetto di causa.

2. Passando all'esame del merito della controversia, il Collegio osserva che la parte ricorrente, con il ricorso introduttivo del giudizio e con memoria recante motivi aggiunti del 14 luglio 2011, ha proposto i seguenti motivi di ricorso avverso gli atti impugnati:

a) Violazione degli artt. 7, 8 e 21-octies della legge 7.8.1990, n. 241: la Regione Lazio non ha comunicato ai concorrenti rimasti in gara l'avvio del procedimento di autotutela, rendendo, così, invalido il provvedimento finale di annullamento d'ufficio.

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 ed eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione: nel provvedimento impugnato non viene dato atto delle valutazioni compiute dalla Regione Lazio in merito alle ragioni dell'illegittimità

dell'atto amministrativo in rapporto alla sussistenza di specifiche ragioni di interesse pubblico che ne hanno suggerito la rimozione, malgrado gli interessi dei controinteressati.

c) Errore nei presupposti e sviamento di potere: con il provvedimento impugnato la Stazione appaltante ha annullato l'intera procedura di gara avvalendosi della clausola di cui art. 25, lett. p), del bando integrale di gara, secondo la quale "la Stazione Appaltante si riserva di differire, spostare o revocare il presente procedimento di gara senza alcun diritto dei concorrenti a rimborsare le spese o quant'altro". Si tratta di una clausola che rimette alla Regione la facoltà di revocare la procedura di gara, ma è stata erroneamente richiamata perché l'Amministrazione l'ha utilizzata per disporre, anziché una revoca, un annullamento in via di autotutela.

d) Violazione degli articoli 21-octies e 21-nonies della legge n. 241 del 1990 in relazione ai principi di economicità dell'azione amministrativa, nonché di ragionevolezza e proporzionalità di cui all'art. 2 del D.lgs. n. 163/2006: il provvedimento impugnato, cancellando l'intera procedura di gara in virtù di vizi non identificati, determina l'esigenza della indizione di una nuova procedura, atteso che la finalità del provvedimento è, all'evidenza, quella di annullare la procedura e non certo quella di attestare il venir meno dell'interesse ad eseguire l'opera. Pertanto, l'effetto del provvedimento è quello di dare luogo ad una nuova procedura di gara, con perdita di tempo prezioso e con la vanificazione di una procedura che ha dato luogo

alla formulazione di almeno una offerta valida (quella della ricorrente), che ha proposto un ribasso economico del 31,70%, in tal modo consentendo all'Amministrazione il conseguimento di un consistente risparmio economico rispetto alla somma posta a base d'asta.

e) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter, D.Lgs. n. 163/2006; violazione del bando di gara (punti 9.1. m.2, 9.1. o.2 e 5.7 lett. o): come emerge dalla nota del RUP in data 1.12.2010, indirizzata al Direttore Regionale Trasporti e al Direttore Tecnico della Tantari Edoardo S.r.l., sia il legale rappresentante che i direttori tecnici della Tecnic Consulting Engineering S.p.A. (progettista indicato dall'ATI controinteressata) non hanno prodotto le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. m-ter del D.Lgs. n. 163/06. Tale attestazione del RUP vale a denunciare la patente illegittimità della condotta della Regione Lazio, che avrebbe dovuto dare luogo all'esclusione del concorrente primo classificato disponendo l'aggiudicazione in favore del secondo, odierno ricorrente.

f) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-bis, D.Lgs. n. 163/06; violazione del bando di gara (punto 9.1.o.2): dalla nota del RUP in data 1.12.2010 emerge anche che la Tecnic Consulting Engineering (progettista indicato dall'ATI controinteressata) non ha reso la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. m-bis, D.Lgs. n. 163/06, relativa al non aver subito provvedimenti di sospensione o decadenza dell'attestazione SOA per

avere prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci.

g) Violazione e falsa applicazione dell'art. 74, D.P.R. 21.12.1999 n. 554: dalla predetta lettera del RUP in data 1.12.2010 risulta che "la costituenda ATI non ha espressamente dichiarato di voler subappaltare le prestazioni di bonifica degli ordigni bellici e, non risultando essa abilitata a svolgere detta prestazione a qualificazione obbligatoria, avrebbe dovuto dichiarare ai sensi del Bando di gara di voler subappaltare la stessa". Mancando l'ATI controinteressata delle prescritte qualificazioni, essa avrebbe dovuto dichiarare di voler subappaltare le prestazioni. Non avendolo fatto, non avrebbe potuto legittimamente aggiudicarsi la gara.

h) Violazione e falsa applicazione dell'art. 90 D.P.R. 554/99; violazione e falsa applicazione del bando di gara (punto 9.3): dalla nota del RUP in data 1.12.2010 emerge, relativamente all'offerta dell'ATI controinteressata, che "la lista delle lavorazioni e forniture prodotta in sede di offerta risulta essere una copia e non l'originale appositamente vidimato dal RUP ex art. 90, D.P.R. n. 554/99 e ritirato presso la S.A. in violazione di quanto richiesto a pena di esclusione dal Bando di gara". Tale circostanza integra la violazione del bando di gara, nella parte in cui, al punto 9.3, relativamente alla busta C (offerta economica), testualmente stabilisce: "a pena di esclusione, l'offerta dovrà essere redatta utilizzando il relativo schema, contenente la "Lista delle categorie di lavorazioni, servizi e forniture previste per l'esecuzione dell'opera", allegato al presente

Bando (Allegato n. 2). Ai sensi dell'art. 90 del DPR 554/99 e s.m.i. tale schema, vidimato in ogni suo foglio da un rappresentante della Stazione Appaltante, dovrà essere completato da ciascun Concorrente". Non avendo la controinteressata formulato l'offerta con le modalità prescritte espressamente a pena di esclusione dal bando e dalla stessa normativa, la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

i) Violazione e falsa applicazione del bando di gara (punto 6.1.b): dalla nota del RUP in data 1.12.2010 risulta, relativamente all'offerta della controinteressata, che "la cifra di affari della PAPAEO S.r.l. è inferiore a quanto richiesto dal Bando di gara non essendo stato detto requisito oggetto del contratto di avvalimento fra la mandataria e la SE.GI. S.p.A. (il contratto circoscrive tale avvalimento esclusivamente alla categoria OG3)". Tale circostanza, se confermata, è di per sé preclusiva dell'ammissione alla gara, possedendo la controinteressata una cifra d'affari in lavori inferiore a quella prescritta dal punto 6.1.b del bando.

j) Violazione e falsa applicazione dell'art. 12, D.Lgs. n. 163/06; eccesso di potere per falsità del presupposto; sviamento: con la nota del 1.12.2010 il RUP non ha dato corso all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e ha concluso testualmente: "si invita la Commissione di gara ad adottare i successivi atti della procedura diretti: a disporre, in esito alle verifiche effettuate ai sensi dell'art. 12, comma 1, del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i., l'annullamento della

aggiudicazione provvisoria adottata e la conseguente esclusione della costituenda ATI fra le Imprese PAPAEO S.r.l. (capogruppo mandataria) e TANTARI EDOARDO S.r.l. (mandante); ad individuare il concorrente cui aggiudicare provvisoriamente la gara". Il RUP ha anche sollecitato le determinazioni della Regione, con nota del 22.12.2010, ricevendo dalla stessa Regione nota del 23.12.2010, con la quale veniva comunicato che, in attesa di valutare le opportune azioni da adottare, la Commissione di gara aveva sospeso il procedimento di gara e i relativi termini. Il RUP, con nota del 24.12.2010, ha replicato alla nota del 23.12.2010. Malgrado ciò, la Regione Lazio, a distanza di due mesi, ha ritenuto di dover adottare la nota del 4.3.2011, rappresentando, tra l'altro, "Inoltre, il limitato numero di offerte ricevute, e l'ancora più limitato numero di offerte prese in considerazione, a seguito del controllo effettuato sugli atti amministrativi posti in essere nell'ambito di detta procedura, e che, peraltro, si ridurrebbe ad una sola offerta, secondo quanto dalla SV evidenziato sulla base della verifica eseguita ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006, non possono assicurare le migliori condizioni per l'amministrazione committente.". Ma, la circostanza che sia risultata una sola offerta valida e l'assenza di valutazioni concrete che inducessero a ritenerla non conveniente per l'Amministrazione, non consentono di ritenere giustificabile l'adozione di un provvedimento di annullamento in via di autotutela.

3. L'Amministrazione regionale resistente e l'AREMOL si sono

difese in giudizio depositando note e documenti relativi alla vicenda, contestando le censure avanzate dalla parte ricorrente, affermando l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

4. Il Collegio, preliminarmente, considerato che l'oggetto della controversia è rappresentato dalla verifica della legittimità del provvedimento di annullamento assunto in via di autotutela, ritiene inammissibili le censure aventi ad oggetto la correttezza dell'offerta dell'ATI Papaleo, descritte alle lettere e), f), g), h), i), del precedente punto 2.

5. Il primo motivo di ricorso (sopra indicato con la lettera a), al punto 2), è, invece, infondato, perché la comunicazione di avvio del procedimento, ex artt. 7 e 8 l.n. 241/1990, è dovuta solo nel caso in cui la decisione di agire in via di autotutela sia assunta successivamente l'aggiudicazione definitiva della gara e non anche, come nel caso di specie, prima di tale momento.

6. Ciò posto, il Collegio ritiene che le altre censure avanzate dalla parte ricorrente siano fondate per le ragioni di seguito esposte.

Dalla documentazione prodotta in giudizio ed, in particolare, dagli atti di gara e dal provvedimento di autotutela contestato risulta che:

- la graduatoria provvisoria è stata trasmessa dalla Commissione di gara al Direttore Regionale Trasporti e da quest'ultimo al RUP;
- il RUP ha comunicato, con nota del 1.12.2010, "che sono emerse illegittimità/irregolarità ostative all'approvazione della aggiudicazione provvisoria, richiedendo l'individuazione del nuovo aggiudicatario";

- la Commissione di gara ha sospeso la procedura “per approfondimenti e chiarimenti relativi alle constatazioni fatte dal RUP sulla regolarità della documentazione presentata, trasmettendo copia del verbale redatto alla Direzione Regionale Trasporti”;
- con nota del 22.12.2010, il RUP ha sollecitato la richiesta fatta con la propria precedente nota “ai fini degli adempimenti in materia di comunicazione ex art. 79, comma 5, lett. b, D.Lgs. 163/06”;
- il Direttore Regionale Trasporti ha, però, comunicato al RUP l'avvenuta sospensione del procedimento di gara per approfondimenti e chiarimenti;
- con nota del 24.12.2010, il RUP, contestando l'operato della Commissione di gara, ha manifestato “l'intenzione di rinunciare al proprio ruolo di RUP”;
- con nota del 4.3.2011, il Direttore Regionale Trasporti, ravvisando “che l'evolversi delle vicende” aveva “determinato un esito che non garantisce più l'interesse dell'Amministrazione”, ha ritenuto “opportuno procedere in sede di autotutela ad un annullamento d'ufficio della procedura messa in atto”. Ciò in quanto, secondo quanto risulta dalla nota del 4.3.2011, “le verifiche effettuate, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, hanno fatto emergere un vizio di forma, rispetto alla stessa procedura di gara, che pregiudicherebbe, in ogni caso, qualsiasi conseguente aggiudicazione definitiva, esponendo la Regione ad un sicuro contenzioso, ostativo per una ordinata e immediata esecuzione della stessa commessa”;

- la determinazione di procedere all'annullamento della procedura di gara è stata adottata in sede di autotutela, "ai sensi dell'art. 11, comma 9, del D. Lgs. 163/2006 ed avvalendosi della clausola dell'art. 25, lettera p), del Bando Integrale di Gara, la quale recita espressamente che 'La Stazione Appaltante si riserva di differire, spostare o revocare il presente procedimento di gara senza alcun diritto dei concorrenti a rimborsi, spese o quant'altro'".

A parere del Collegio, da tali atti e considerazioni, emerge che con il provvedimento di autotutela è stata annullata l'intera procedura di gara senza indicare ed esplicitare i vizi inficianti la procedura ad evidenza pubblica, essendosi limitata l'Amministrazione ad affermare che un presunto vizio di forma "pregiudicherebbe, in ogni caso, qualsiasi conseguente aggiudicazione definitiva, esponendo la Regione ad un sicuro contenzioso, ostativo per una ordinata e immediata esecuzione della stessa commessa".

Dall'esame degli atti di gara emerge che, all'esito della procedura ad evidenza pubblica e dopo l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'ATI Papaleo, il RUP ha riscontrato elementi di 'illegittimità/irregolarità' incidenti sulla posizione del primo classificato, che ne avrebbero potuto determinare l'esclusione.

Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che l'annullamento di una gara pubblica, specie se in stato avanzato di espletamento, implica la frustrazione dell'affidamento ingenerato in capo ai partecipanti e, segnatamente, all'aggiudicatario; ne consegue la

necessità, consacrata dal disposto dell'art. 21-nonies e dell'art. 21-quinquies, l. n. 241 del 1990, della precisa individuazione della ragione di interesse pubblico che giustifichi il provvedimento di secondo grado reso in autotutela e del rispetto dei principi in tema di giusto procedimento (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 18 marzo 2011 , n. 1500; Cons Stato, sez. V, n. 1° ottobre 2010, n. 7273);. Infatti, il provvedimento di annullamento di una gara d'appalto va considerato illegittimo se si limita a richiamare la sussistenza di errori e discrepanze della procedura concorsuale, senza evidenziarli in modo puntuale, e, soprattutto, senza motivare in modo idoneo in merito alla loro incidenza negativa sul corretto dispiegarsi della procedura di gara; ciò in quanto è necessario che il provvedimento adottato in autotutela indichi puntualmente la natura, la gravità e l'incidenza delle anomalie che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate in capo alle ditte partecipanti alla procedura, impone l'annullamento integrale degli atti di gara (Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17). Peraltro, con nota del 24.12.2010 il RUP ha replicato alla nota regionale del 23.12.2010 (con la quale si è data notizia del fatto che la Commissione di gara ha sospeso il procedimento ad evidenza pubblica) affermando che il contenuto della stessa "non può essere in alcun modo condiviso e rappresenta una evidente irritualità nella conduzione della procedura di gara. Infatti: - per un verso non viene trasmesso allo scrivente RUP il provvedimento di sospensione che

avrebbe adottato la Commissione di gara. Detta trasmissione sarebbe stata doverosa, se non altro per la necessità dello scrivente di provvedere a dare comunicazione ai concorrenti dell'adozione di tale provvedimento; per altro verso l'attività che la Commissione di gara avrebbe dovuto porre in essere a seguito dell'esito negativo delle verifiche di cui all'art. 12, comma 1, D. Lgs. n. 163/06 (soprattutto in considerazione delle manifeste e gravi irregolarità/illegittimità riscontrate nella documentazione dell'aggiudicatario provvisorio) si presenta come necessaria e vincolata non residuando in capo alla Commissione alcuna discrezionalità nell'adottare/non adottare il doveroso provvedimento di esclusione; - ancora, il compito della Commissione è esclusivamente quello di individuare la migliore offerta sulla base dei criteri individuati nella legge di gara, mentre titolare del potere di condurre il procedimento è esclusivamente il Responsabile Unico dello stesso, sicchè la sospensione che sarebbe stata disposta dalla Commissione di gara desta numerose perplessità da ultimo, giova rammentare che la procedura di affidamento in oggetto è stata demandata alla scrivente Agenzia in ragione delle funzioni ad essa assegnate dalla legge istitutiva. Pertanto, non spetta certo alla Direzione in indirizzo la tutela degli interessi della Regione Lazio nella procedura in discorso, poiché tale compito non può certo ritenersi assegnato alla medesima in ragione della circostanza che la Commissione di gara sia incardinata presso tale struttura. A ben vedere, è evidente che al sottoscritto non viene consentito di

esercitare correttamente le proprie funzioni così come previste dalla legge e dagli atti interni. In ragione dei suddetti impedimenti il sottoscritto è, di fatto, impossibilitato a operare nell'interesse della Stazione Appaltante ed a rispettare le norme che regolano la procedura in oggetto (in primis la disciplina delle comunicazioni agli interessati). Pertanto, essendo venuti meno i necessari presupposti di serenità e di legittimità nella cooperazione tra enti ed organi della Regione Lazio, il sottoscritto intende rinunciare al proprio ruolo di Responsabile Unico del Procedimento. Va da sé che con la presente si declina, sin da ora, ogni responsabilità che gli interessati e/o qualsiasi terzo possano far valere a cagione della condotta posta in essere dalla Direzione in indirizzo e dalla Commissione di gara, tale da alterare la fisiologia della procedura in discorso.”

Malgrado ciò, la Regione Lazio ha ritenuto di dover adottare la nota del 4.3.2011 evidenziando che “l'evolversi delle vicende” aveva ”determinato un esito che non garantiva più l'interesse dell'Amministrazione”. Ciò in ragione del fatto che “le verifiche effettuate ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, come evidenziato dalla S.V., hanno fatto emergere un vizio di forma, rispetto alla stessa procedura di gara, che pregiudicherebbe, in ogni caso, qualsiasi conseguente aggiudicazione definitiva, esponendo la Regione ad un sicuro contenzioso, ostativo per una ordinata e immediata esecuzione della stessa commessa” (motivazione ripresa nel

provvedimento di annullamento).

Tuttavia, dalle verifiche eseguite dal RUP non erano emersi vizi tali da inficiare l'intera procedura di gara, ma circostanze incidenti sulla offerta della prima classificata.

Al riguardo, lo stesso RUP con nota del 25.3.2011 ha rappresentato che “il sottoscritto non ha mai evidenziato che le verifiche effettuate dallo scrivente ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. avrebbero ‘fatto emergere un vizio di forma rispetto alla procedura di gara’. Infatti, i soli vizi emersi dalle predette verifiche concernono l'offerta individuata come aggiudicataria provvisoria e come tale sottoposta a verifica e non anche, come da Lei erroneamente affermato, il complesso della procedura la cui legittimità non è neppure sindacabile in sede di verifica ex art. 12.”.

Nella nota del 4.3.2011 è contenuta anche una seconda potenziale motivazione dell'annullamento d'ufficio (non esplicitata nel provvedimento di autotutela) “Inoltre, il limitato numero di offerte ricevute, e l'ancora più limitato numero di offerte prese in considerazione, a seguito del controllo effettuato sugli atti amministrativi posti in essere nell'ambito di detta procedura, e che, peraltro, si ridurrebbe ad una sola offerta, secondo quanto dalla SV evidenziato sulla base della verifica eseguita ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006, non possono assicurare le migliori condizioni per l'amministrazione committente.”.

Tuttavia, anche sotto questo profilo, la circostanza che sia risultata

una sola offerta valida e l'assenza di valutazioni concrete che inducessero a ritenerla non conveniente per l'Amministrazione, non consentono di ritenere giustificabile l'adozione di un provvedimento di annullamento in via di autotutela, considerato, peraltro, che il punto 22 del bando di gara stabilisce che "Anche in presenza di una sola offerta valida, la Stazione Appaltante è in facoltà di procedere all'aggiudicazione sempreché l'offerta sia considerata conveniente o idonea in relazione all'affidamento. In ogni caso, indipendentemente dal numero delle offerte valide, la Stazione Appaltante può decidere di non dare corso all'aggiudicazione qualora ritenga nessuna delle offerte presentate conveniente o idonea in relazione all'oggetto dell'affidamento."

In sostanza, la presentazione di una sola offerta non costituisce, di per sé, motivo utile per non concludere la procedura ad evidenza pubblica, in assenza di specifiche valutazioni circa la sua convenienza.

7. Va verificata, infine, la possibilità della Stazione appaltante di agire in via di autotutela avvalendosi della clausola di cui art. 25, lett. p), del bando integrale di gara, secondo la quale "la Stazione Appaltante si riserva di differire, spostare o revocare il presente procedimento di gara senza alcun diritto dei concorrenti a rimborsi spese o quant'altro".

Sulla base di tale clausola, la Regione Lazio avrebbe potuto decidere di revocare motivatamente la procedura di gara, mentre ha scelto di

disporre un annullamento d'ufficio della procedura ad evidenza pubblica deducendo genericamente la presenza di vizi di legittimità.

Se, invece, si volesse ritenere che tale clausola attribuiva all'Amministrazione un insindacabile (da parte dei concorrenti) potere di scelta in ordine alle sorti della procedura ad evidenza pubblica, allora se ne dovrebbe affermare l'invalidità in quanto, da una parte, la scelta di procedere al ritiro degli atti di gara deve ritenersi sempre sindacabile in sede giurisdizionale (avuto riguardo, peraltro, ai principi e alle regole contenute nella legge n. 241/1990 e nel d.lgs. n. 163/2006, che disciplinano il potere di autotutela) e, dall'altra, non risulta consentito rendere vana la tutela offerta al soggetto pregiudicato da atti amministrativi prescrivendo l'impossibilità di chiedere il risarcimento del danno o l'indennizzo in conseguenza di provvedimenti di autotutela che dovessero rivelarsi illegittimi.

Una clausola del genere, in sostanza, deve considerarsi nulla, ai sensi dell'art. 1355 c.c. (condizione meramente potestativa), poiché subordina qualsiasi responsabilità dell'Amministrazione alla mera volontà dell'Amministrazione medesima (Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245; Cass. S.U. 16 ottobre 2007 n. 8951).

8. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto nei limiti indicati in motivazione.

9. Le spese seguono la soccombenza, nella misura liquidata nel

dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso nei sensi indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- condanna in solido la Regione Lazio e l'AREMOL al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente, che si liquidano in complessivi 3.000,00 (tremila/00) euro, compresi gli onorari di causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2012

IL SEGRETARIO

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