



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 7994 del 2011, proposto da:
Mele Engineering Prof. Ing. Michele Mele e Associati, in persona del legale rappresentante p.t., in qualità di capogruppo mandataria dell'Associazione Temporanea di Prestatori di servizio (A.T.P.) tra Mele Engineering e Pigreco s.r.l., costituita con atto dell'11 febbraio 1998, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Alberto Inzaghi e Vanessa Boato, con domicilio eletto presso lo studio del primo, situato in Roma, via Due Macelli n. 66;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente della Giunta Regionale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giampaolo Dickmann, situato in Roma, Largo della Gancia n. 5;

per la dichiarazione di nullità e/o l'annullamento

della Determinazione del Dipartimento Istituzionale e Territorio – Affari Generali e Risorse Umane – della Regione Lazio n. A5702 del 7 giugno 2011, avente ad oggetto “1) annullamento di tutti gli atti della gara per l'affidamento della elaborazione del progetto definitivo ed esecutivo relativo al collegamento tra l'area pontina e l'A2 (Cisterna Valmontone). 2) Annullamento dell'aggiudicazione in favore del Raggruppamento Temporaneo composto da Mele Engineering e Pigreco S.r.l.. 3) Autorizzazione ad avviare autonoma azione giudiziaria per l'accertamento della inesistenza dei lodi arbitrari tra RTI Mele Engineering – Pigreco S.r.l. e Regione Lazio pronunciati in data 7 ottobre 2005 e 23-28 luglio 2009 e per il recupero delle somme indebitamente corrisposte a seguito del primo lodo arbitrale”;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lazio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2012 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data

26 settembre 2011 e depositato il successivo 5 ottobre 2011, la ricorrente impugna la determinazione del Dipartimento Istituzionale e Territorio – Affari Generali e Risorse Umane – della Regione Lazio n. A5702 del 7 giugno 2011, meglio indicata in epigrafe, chiedendone l'annullamento.

In particolare, la ricorrente – dopo aver rappresentato di aver già contestato la validità della deliberazione de qua nell'ambito del giudizio instaurato con ricorso per l'ottemperanza, pendente dinanzi a questo TAR al r.g. n. 4269/2011 - espone quanto segue:

- con bando pubblicato nella G.U. del 30 agosto 1997, n. 202, e spedito in GUCE in data 23 agosto 1997, la Regione Lazio indiceva una gara per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva del collegamento tra l'area Pontina e l'A2 (Cisterna-Valmontone);
- la gara veniva aggiudicata in data 10 febbraio 1998 al Raggruppamento Temporaneo Mele Engineering (capogruppo) – Pigreco s.r.l.;
- successivamente l'incarico veniva esteso anche alla progettazione preliminare ed alla redazione di una serie di studi aggiuntivi propedeutici alla progettazione commissionata con nota prot. n. 2778/32 del 5 agosto 1998;
- per ottenere il pagamento di tali prestazioni, il raggruppamento era costretto a notificare domanda di arbitrato;
- il procedimento arbitrale si concludeva il 7 ottobre 2005, con la pronuncia del lodo, il quale – riconosciuta la validità ed efficacia del

contratto – condannava l'Amministrazione al pagamento della somma di € 5.662.161,21 per le competenze “dovute e maturate per il progetto preliminare e per lo Studio di Impatto Ambientale”;

- a seguito della notifica dell'atto di precetto e dell'inizio della procedura esecutiva, la Regione provvedeva al pagamento della somma;

- a fronte dell'avvenuto riconoscimento della validità e dell'efficacia del contratto stipulato e dell'intervenuta approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE, il Raggruppamento rimaneva in attesa di una comunicazione formale da parte dell'Amministrazione per procedere alla progettazione definitiva ed esecutiva del collegamento Cisterna-Valmontone;

- tale comunicazione non perveniva ed, anzi, il raggruppamento apprendeva che la “Regione aveva affidato la progettazione alla società ARCEA”;

- con atto notificato il 31 luglio 2007 il raggruppamento adiva, pertanto, nuovamente gli arbitri per far “accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale della Regione”, oltre alla risoluzione del contratto e il risarcimento del danno;

- tale secondo arbitrato si concludeva con lodo deliberato e sottoscritto in Roma il 23 luglio 2009, il quale riconosceva l'inadempimento e condannava la Regione a pagare € 11.244.385,97, oltre interessi e rivalutazione monetaria, a titolo di risarcimento del lucro cessante, € 130.300,90, oltre interessi legali, a titolo di

risarcimento del danno emergente, € 200.000,00 per spese di lite e € 720.000,00 per spese di funzionamento del Collegio Arbitrale, CTU e Segreteria;

- in data 19 novembre 2009 il raggruppamento notificava alla Regione il lodo munito di formula esecutiva e, trascorsi 120 giorni, l'atto di precetto;

- stante il perdurante comportamento omissivo della Regione, il Raggruppamento instaurava due procedure esecutive, del tutto infruttuose;

- vista l'infruttuosità di tali procedure, si determinava a proporre ricorso per l'ottemperanza dinanzi al giudice amministrativo;

- nel corso del giudizio di ottemperanza e precisamente in data 16 giugno 2011, veniva a conoscenza della determinazione impugnata.

Avverso tale determinazione la ricorrente insorge deducendo i seguenti motivi di diritto:

1. NULLITÀ' DELLA DETERMINA PER VIOLAZIONE E/O ELUSIONE DEL GIUDICATO. Premesso che il lodo è ben suscettibile di acquistare la forza di giudicato, in linea con la nuova formulazione dell'art. 824 bis c.p.c., è evidente che la determinazione in esame è stata adottata "al solo ed esclusivo fine di ritardare l'inevitabile pagamento alla ricorrente delle prestazioni dovute in base al lodo portato in esecuzione". "Ritenendo ammissibile" un tale comportamento, si arriverebbe a confermare l'assurdo principio secondo cui "l'Amministrazione, tutte le volte in cui soccombe in

una controversia relativa all'esecuzione di un contratto pubblico, può evitare il pagamento delle somme stabilite in sentenza semplicemente revocando in autotutela gli atti del procedimento di affidamento e l'aggiudicazione". Preso atto di un tale sviamento, è evidente che il giudice non può che accertare e dichiarare la nullità del provvedimento. Posto che un tale esito era già possibile in sede di giudizio di ottemperanza, non sarebbe stata, tra l'altro, necessaria una specifica impugnazione.

2. ILLEGITTIMITA' PER ECCESSO DI POTERE SOTTO LA FIGURA SINTOMATICA DELLO SVIAMENTO – DIFETTO DI MOTIVAZIONE, atteso che non esiste alcun interesse pubblico alla rimozione degli atti di gara se non quello – inaccettabile - di ritardare il pagamento delle somme indicate nel lodo. In ogni caso, l'annullamento in autotutela poggia su argomentazioni che - già vagliate dagli arbitri – sono state ritenute infondate. Le stesse argomentazione avrebbero dovuto, dunque, essere spese innanzi alla Corte di Appello in sede di impugnazione dei lodi, iniziativa questa che non è stata intrapresa. Ciò detto, la Regione “non ha esercitato il proprio potere conformemente al paradigma normativo per perseguire l'interesse pubblico ma ha posto in essere azioni esclusivamente finalizzate a venir meno agli obblighi consacrati in un provvedimento coperto da giudicato”, come – del resto – si rileva dalla connessione dell'urgenza di provvedere – manifestata nel provvedimento - all'“immanente trattazione del giudizio di

ottemperanza”.

3. VIOLAZIONE DELL'ART. 21 NONIES L. 241/90 – DIFETTO DI MOTIVAZIONE – VIOLAZIONE DELL'ART. 7 L. 241/90 PER MANCATA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO. Gli atti relativi alla gara ed il provvedimento di aggiudicazione erano pienamente legittimi. La Regione dà poi atto della rispondenza a pubblico interesse dell'annullamento “nella necessità di evitare un illegittimo esborso di pubblico danaro, a causa della illegittimità degli atti presupposti dei due lodi arbitrali”. A prescindere dal fatto che l'esborso di danaro non è affatto illegittimo, viene da chiedersi per quali motivi l'Amministrazione non si sia avveduta prima dell'illegittimità ora adottata del procedimento bensì se ne avveda solo ora, a distanza di quattordici anni e con tutte le ulteriori vicende trascorse (tra cui l'adempimento al primo lodo). Il provvedimento impugnato non risulta, poi, certo adottato in un termine ragionevole. Non si comprendono, in ultimo, le ragioni per le quali la ricorrente non avrebbe potuto fornire alcun apporto, in modo da esentare dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento.

Con atto depositato in data 26 ottobre 2011 si è costituita la Regione Lazio, la quale – in sintesi - ha così confutato le censure formulate dalla ricorrente: - il bando di gara era volto all'affidamento di attività di progettazione definitiva ed esecutiva verso un corrispettivo di complessive L. 1.500.000.000 (pari a € 774.685,35); - a fronte di tale

somma, la ricorrente ha già ricevuto oltre 7 milioni di euro ed ora pretende altri 16 milioni di euro circa; - il particolare divario tra l'importo dei lavori e quello indicato nell'avviso di gara rientra tra le cause dell'annullamento in autotutela, oltre al difetto di adeguata copertura finanziaria ed al mancato possesso da parte del Raggruppamento dei requisiti prescritti per l'ammissione alla gara; - l'esercizio dell'autotutela non è precluso dall'esistenza dei lodi arbitrali in quanto gli stessi sono inesistenti – per assenza di clausola compromissoria – e non hanno forza di giudicato; - pur volendo ammettere l'esistenza di un giudicato, il riesame della vicenda sotto profili diversi da quelli esaminati è, comunque, possibile; - è ciò che è avvenuto nel caso in esame, tanto più ove si tenga conto che i lodi riguardano “i rapporti conseguenti all'aggiudicazione”, mentre l'annullamento “riguarda la fase di evidenza pubblica precedente all'instaurazione dei rapporti”; - in altri termini, la pronuncia dei lodi “non impedisce alla Regione di annullare l'aggiudicazione, avendo acclarato che l'aggiudicatario non era in possesso dei requisiti richiesti dal bando ed ha reso false dichiarazioni”, atteso che l'eventuale esistenza del giudicato de quo investe questioni comunque diverse; - sussistendo false dichiarazioni, l'intervento in via di autotutela “mira a scongiurare” un ulteriore illecito; - “l'annullamento può essere disposto nonostante il tempo trascorso, essendovi la necessità, concreta ed attuale, di evitare un'indebita erogazione di danaro”; - l'interesse pubblico è in re ipsa sia per tale

motivo che a causa della falsa rappresentazione della realtà”; - anche il comportamento successivo del RTI è viziato da gravissime violazioni di legge (ad esempio, il subappalto senza autorizzazione); - l'importo dei lavori è risultato enormemente maggiore di quello indicato nell'avviso di gara, sicché la gara è stata bandita senza adeguata copertura finanziaria; - vi era urgenza a provvedere, sicché la comunicazione dell'avvio del procedimento non era necessaria; - non vi è nullità del provvedimento impugnato, stante anche l'inesistenza dei lodi e la carenza di forza di giudicato che caratterizza quest'ultimi; - “ove i lodi dovessero essere considerati esistenti e definitivi, il ricorso andrebbe comunque dichiarato improcedibile per la sopravvenuta adozione del provvedimento” di autoannullamento, la cui adozione non è certo inibita; - i motivi di illegittimità formulati sono inammissibili per tardività nella notificazione del ricorso e, ancora, la ricorrente non ha confutato ben due delle tre ragioni; - sono, altresì, inammissibili le censure articolate “facendo riferimento al contenuto di una memoria depositata in altro procedimento; - nel merito, il provvedimento è motivato e l'interesse pubblico è – anche sulla base di quanto già osservato – in re ipsa.

In data 28 novembre 2011 la ricorrente ha depositato un'istanza di rinvio, giustificata dalla necessità di attendere l'esito dell'appello dalla medesima proposto avverso l'ordinanza n. 6733/2011, con la quale questo Tribunale ha sospeso il giudizio instaurato con il ricorso n. 4269/2011, volto ad ottenere l'ottemperanza del lodo arbitrale n.

117, reso in Roma in data 23 luglio 2009.

Con memoria depositata in data 23 dicembre 2011 la Regione Lazio si è opposta a tale istanza, affermando che “l’esito degli altri giudizi dipende da questo, e non viceversa”. Nel merito, ha ribadito la correttezza del proprio operato.

Con memoria prodotta in medesima data la ricorrente ha insistito sull’istanza di rinvio. Ha, altresì, precisato di aver sì inviato un atto di diffida alla Regione ma non certo per accampare “ulteriori pretese a svolgere le attività di progettazione”, bensì unicamente al fine di evitare l’adozione di atti in contrasto con la deliberazione del CIPE 18 novembre 2010, n. 88, la quale prevede – come condizione necessaria per bandire il procedimento di affidamento per i lavori delle autostrade Roma-Latina Nord e Cisterna Valmontone – la “completa definizione di ogni forma di contenzioso in essere”. Per quanto attiene all’eccezione di irricevibilità per tardività, ex art. 120 c.pr.amm., afferma che la stessa è infondata, atteso che “il provvedimento impugnato non è un atto che si pone all’interno della sequela procedimentale che si conclude con il provvedimento di affidamento, o di esclusione”. Ha, altresì, evidenziato che questioni sollevate dall’Amministrazione – quali l’inesistenza del contratto e la conseguente inesistenza della clausola compromissoria – sono già state sollevate e, dunque, definite in sede arbitrale, insistendo sullo sviamento nell’esercizio del potere.

Al’udienza pubblica del 9 gennaio 2012 il ricorso è stato trattenuto in

decisione.

DIRITTO

1. Come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente oppone la nullità del provvedimento impugnato per violazione del giudicato e l'illegittimità di quest'ultimo sotto svariati profili.

Al riguardo, il Collegio ritiene che si possa soprassedere sulla nullità – in ordine alla quale riscontra, comunque, perplessità, tenuto conto della sostanziale condivisibilità dei rilievi, formulati dall'Amministrazione, inerenti le profonde differenze che connotano il potere di procedere all'annullamento in autotutela di provvedimenti amministrativi già adottati e la natura degli atti di definizione di controversie in sede arbitrale - per soffermarsi sull'illegittimità del provvedimento impugnato.

2. Ciò detto, evidente è la necessità di definire – in via preliminare - le eccezioni di inammissibilità dell'azione di annullamento sollevate dall'Amministrazione resistente.

Tali eccezioni sono infondate per le ragioni di seguito indicate.

2.1. Come già rilevato, la Regione Lazio contesta la tempestività dell'azione di annullamento per inosservanza del termine di 30 giorni prescritto dall'art. 120 c.pr.amm. per l'impugnazione degli “atti delle procedure di affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”.

Tale censura è infondata.

In proposito, si ritiene di dover prioritariamente ricordare che la prescrizione dell'art. 120 in argomento trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di garantire celerità in relazione alla definizione di procedure caratterizzate da un particolare interesse pubblico, ossia di procedure che – presupponendo la necessità di sopperire a precise e determinate carenze di beni o servizi – richiedono una pronta definizione di eventuali contenziosi, per porre così prontamente l'Amministrazione nella condizione di poter operare in una situazione di certezza giuridica.

L'art. 120 va, comunque, posto in correlazione con il precedente art. 119 del codice, di disciplina del “rito abbreviato comune a determinate materie”, attesa l'espressa applicabilità di quest'ultimo anche ai “provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture”, con conseguente operatività – nel giudizio di primo grado – del termine ordinario di 60 gg., prescritto per la notificazione del ricorso.

In altri termini, sussiste la necessità di definire i confini delle previsioni sopra richiamate e, precipuamente, l'esigenza di chiarire in quale delle due categorie di atti in argomento debba essere ricompreso il provvedimento impugnato.

Prima facie, il Collegio osserva che il provvedimento de quo potrebbe – in verità – ricadere nell'ambito di operatività dell'art. 120 in esame, tenuto conto che trattasi di un provvedimento di autoannullamento, ossia di un *contrarius actus* incidente

sull'esistenza degli atti di gara e sull'aggiudicazione.

Una disamina più approfondita e, comunque, avulsa da profili meramente formali, impone, però, di pervenire ad una diversa conclusione.

Come già accennato, l'art. 120 di cui trattasi risponde all'esigenza di porre in tempi brevi l'Amministrazione – che ha bandito una gara - nella condizione di poter proseguire nel proprio operato - persistendo sulla posizione già assunta ovvero adottando nuove determinazioni – in virtù della pronta definizione dello stato di incertezza che un contenzioso necessariamente determina.

Appare, dunque, evidente che la disposizione in esame è strettamente inerente all'interesse pubblico che connota la procedura di gara, nel senso che va chiaramente riferito ai casi in cui sussista una stretta connessione tra la decisione assunta ed il corretto espletamento della procedura ad evidenza pubblica, posto che solo in relazione a tali casi possono riscontrarsi le esigenze di celerità a fondamento dell'introduzione da parte del legislatore di termini processuali particolarmente stringenti.

Da ciò si trae che la stessa disposizione non può trovare applicazione ove tale stretta connessione non sussista perché venuta inequivocabilmente meno.

In particolare, la disposizione de qua non può trovare applicazione in ipotesi in cui – come quella in esame - risulti che la gara ha totalmente esaurito i suoi effetti o, meglio, i lavori, le forniture ed i

servizi sono stati totalmente eseguiti e/o resi, con conseguente venir meno di ogni concreta possibilità per il provvedimento di autoannullamento di svolgere la sua precipua funzione.

Per quanto attiene a tali ipotesi, appare – del resto – evidente che il provvedimento di annullamento in autotutela assume la veste di *contrarius actus* in termini esclusivamente “formali” ma non “sostanziali”, attesa l’impossibilità dello stesso di incidere fattivamente e concretamente sulle modificazioni della situazione reale già intervenute, rimuovendole.

Ciò detto, si perviene alla conclusione che il provvedimento impugnato – riguardando una procedura ormai esaurita anche sotto il profilo dell’esecuzione delle progettazioni richieste - ricade nell’ambito di operatività dell’art. 119 c.pr.amm., con la conseguenza che il ricorso – notificato in data 26 settembre 2011- è da ritenere tempestivamente proposto.

2.2. La Regione contesta, ancora, l’ammissibilità del ricorso in quanto sostiene che – a fronte di una pluralità di ragioni a supporto del provvedimento impugnato, ciascuna delle quali “è idonea a giustificare l’adozione” di quest’ultimo (ossia, l’enorme lievitazione dell’importo dei lavori, il difetto di copertura finanziaria e il carente possesso da parte del RTI Mele Engineering-Pigreco dei requisiti per l’ammissione alla gara, oltre che la resa di dichiarazioni non veritiere) – la ricorrente ha contestato esclusivamente l’ultima di tali ragioni ma non le altre due.

Tale eccezione è priva di giuridico pregio perché – come si evincerà meglio da quanto esposto in seguito – l'illegittimità del provvedimento impugnato è contestata anche sotto altri profili, comunque idonei, ove condivisi, a determinare l'accoglimento del ricorso.

E', infatti, noto che il corretto esercizio del potere di autoannullamento da parte dell'Amministrazione è correlato alla sussistenza di una serie di presupposti che non si risolvono esclusivamente nelle carenze che – a detta dell'Amministrazione – consentono di riscontrare l'illegittimità del provvedimento in origine adottato, poi oggetto dell'esercizio del potere di autotutela.

In altri termini, è noto che gli atti posti in essere dall'Amministrazione nell'esercizio di tale potere non possono basarsi solo sull'illegittimità riscontrata, bensì devono fondarsi anche su un'accurata indagine delle circostanze da cui emergono le ragioni di interesse pubblico che consigliano il loro ritiro, senza, tra l'altro, trascurare il tempo eventualmente trascorso e le posizioni giuridiche ormai consolidate per effetto del provvedimento di annullare, ai sensi dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. IV. 27 novembre 2010, n. 8291).

Ciò detto, è evidente che – non rilevando unicamente l'illegittimità del provvedimento oggetto di annullamento e, dunque, le ragioni per le quali l'illegittimità è stata riscontrata ma anche altri fattori, avulsi ed autonomi rispetto a tali illegittimità - l'eventuale parziale

contestazione delle ragioni de quibus non vale di per sé ad esimere il giudice amministrativo dalla valutazione del ricorso nel merito, potendo essere stati formulati e, pertanto, sussistere ulteriori motivi in base ai quali affermare che il potere di annullamento in autotutela non è stato correttamente esercitato.

Preso atto che – nel caso in esame – la ricorrente non si è limitata a contestare le ragioni indicate nel provvedimento come presupposti “per annullare la gara e l’aggiudicazione”, ma ha denunciato una serie di censure che – ancorché estranee a tali ragioni – sono comunque rilevanti al fine di valutare la legittimità o meno della determinazione n. A5702 del 7 giugno 2011, l’eccezione formulata non è meritevole di condivisione.

3. Nel merito, il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

3.1. Come già evidenziato in precedenza, la ricorrente lamenta l’illegittimità del provvedimento impugnato sotto una pluralità di profili, inerenti la legittimità degli atti di gara e dell’aggiudicazione ma anche la sussistenza dell’interesse pubblico alla rimozione di tali atti.

In particolare, denuncia violazione dell’art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 in quanto contesta, tra l’altro, la sussistenza dell’interesse pubblico nei termini prescritti dalla legge ed il difetto di motivazione.

Tali censure sono fondate.

In linea con i rilievi già formulati, è bene ribadire che l’annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo impone la precisa

individuazione delle ragioni di pubblico interesse che giustificano l'adozione del provvedimento di secondo grado.

Per quanto attiene precipuamente alle gare pubbliche, la potestà di annullamento in autotutela degli atti è espressamente ricondotta al principio costituzionale di buon andamento che impegna l'Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, ma con l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine ai motivi che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 marzo 2011, n. 1500).

Sussiste, pertanto, la inequivoca necessità di ragioni di interesse pubblico sottese all'adozione del provvedimento di autoannullamento – le quali non possono comunque prescindere dalla considerazione del tempo eventualmente trascorso e delle posizioni giuridiche consolidatesi per effetto del provvedimento da annullare - con l'ulteriore precisazione che tali ragioni devono trovare espresso riscontro nel provvedimento di secondo grado attraverso una motivazione tanto più approfondita e stringente quanto più gli interessi privati sacrificati risultino consolidati per il decorso del tempo: l'esercizio del potere di autotutela è sì espressione di rilevante discrezionalità ma comunque non esime l'Amministrazione dal dare conto della sussistenza, tra l'altro,

dell'interesse pubblico - presupposto di detto potere, al pari dell'illegittimità originaria del provvedimento - in termini esaustivi e chiaramente comprensibili (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 25 ottobre 2010, n. 32960; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 14 settembre 2010, n. 3456). E' pur vero che esistono casi in cui l'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela è "in re ipsa", ma detti casi presuppongono provvedimenti atti ad esplicare effetti giuridici protratti nel tempo e, dunque, perseguono il precipuo scopo di evitare il protrarsi nel tempo di ulteriori effetti "contra legem" o, anche, richiedono la soddisfazione di un interesse pubblico "non ponderabile" perché conseguente ad una pronuncia giudiziale già emessa (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6980; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 15 novembre 2010, n. 2692; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 7 ottobre 2010, n. 18004).

In sintesi, appare evidente che:

- l'esercizio del potere di annullare un provvedimento in autotutela necessita della presenza di un interesse pubblico che non si identifica con il mero ripristino della legalità violata, bensì richiede ragioni diverse, desunte dall'adeguata ponderazione comparativa degli interessi coinvolti, con obbligo di tener conto delle posizioni consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento tenuto dall'Amministrazione (cfr. C.d.S., Sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178);

- l'annullamento d'ufficio presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico attuale e concreto a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, idonea ad esternare anche le valutazioni effettuate in relazione alle posizioni dei destinatari dell'atto (cfr. C.d.S., Sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178; C.d.S., Sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529).

Tutto ciò detto, è da rilevare che il provvedimento impugnato non risulta adottato nel rispetto dell'art. 21 nonies della legge n. 241/90, in quanto inidoneo a dare conto dell'effettiva sussistenza di "ragioni di interesse pubblico" nei termini prescritti dalla legge.

In detto provvedimento – in relazione al profilo in trattazione - si legge, infatti, quanto segue: "Considerato che è evidente l'interesse pubblico ad evitare un illegittimo esborso di danaro;".

Orbene, tale espressione è chiaramente inadeguata a rappresentare l'interesse pubblico che deve essere sotteso all'esercizio discrezionale del potere di autotutela, atteso che:

- come già in precedenza rilevato, nel caso di specie si tratta di una gara ormai esaurita non solo dal punto di vista della procedura ad evidenza pubblica ma anche sotto il profilo dell'esecuzione di quanto richiesto (rectius: la progettazione definitiva ed esecutiva del Collegamento tra l'area Pontina e l'A2), almeno in relazione alla posizione della ricorrente. In linea con le risultanze della documentazione prodotta agli atti, è da osservare, infatti, che la progettazione de qua è stata affidata dalla Regione Lazio alla società

ARCEA già numerosi anni addietro, tanto che in data 31 gennaio 2007 la ricorrente si è sentita costretta a proporre domanda di arbitrato per l'accertamento dell'inadempimento contrattuale, la risoluzione del contratto e la condanna al risarcimento del danno, poi sfociata nella pronuncia del lodo arbitrale n. 117 del 2009. L'asserzione della Regione Lazio secondo la quale la ricorrente accamperebbe, poi, "ulteriori pretese a svolgere le attività di progettazione" risultano adeguatamente smentite dalla ricorrente, la quale ha fornito prova che il tenore della diffida da ultimo inviata "è ben diverso", ossia attiene all'eventuale adozione di "qualsiasi atto in contrasto con quanto deliberato dal CIPE con delibera 88/2010 e, in particolare, dal pubblicare il bando di gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione della tratta autostradale Roma (Tor de Cenci) – Latina nord, del collegamento Cisterna – Valmontone e delle relative opere connesse, fino a quando non saranno definitivi i contenziosi pendenti";

- ciò detto, appare evidente che l'"interesse pubblico ad evitare un illegittimo esborso di danaro" non è riconducibile alla gara in sé, bandita, tra l'altro, nel ben lontano 1997 e, dunque, non è certo in re ipsa. In particolare, non risulta affatto direttamente connesso all'affidamento della progettazione, il quale ha, tra l'altro, interessato – in ultimo – un diverso soggetto (l'ARCEA);

- posto che l'"interesse pubblico ad evitare un illegittimo esborso di danaro" non si ricollega in via immediata e diretta all'oggetto della

gara e, precipuamente, all'esecuzione della progettazione di per sé considerata, diviene, dunque, necessario ricollegarlo ad ulteriori circostanze e/o presupposti;

- al riguardo, il provvedimento impugnato è chiaramente carente.

Quanto già detto in ordine all'impossibilità di ricondurre l'esborso di danaro direttamente alla gara – considerata nel suo ordinario svolgimento, anche sotto il profilo dell'esecuzione della progettazione - avrebbe, infatti, richiesto una precisa e chiara esplicitazione delle ragioni di interesse pubblico per le quali è sorta nel 2011 – ossia, ben 14 anni dopo la pubblicazione del bando - ed in presenza di posizioni giuridiche ormai consolidate anche attraverso e a conclusione di un procedimento arbitrale la necessità per l'Amministrazione di “annullare tutti gli atti della gara” ed, in particolare, l'aggiudicazione ma tale esplicitazione non ricorre;

- in particolare, il provvedimento non dà affatto conto – in termini chiari e precisi – del perché l'annullamento di tutti gli atti della gara eviterebbe un illegittimo esborso di danaro e, quindi, non consente – in sintesi - di comprendere le ragioni di interesse pubblico su cui la decisione adottata dall'Amministrazione dovrebbe poggiare ai sensi di legge;

- la completa conoscenza della vicenda in trattazione ma anche il riferimento nel provvedimento impugnato all'“urgenza di provvedere, attesa la imminente trattazione del giudizio di ottemperanza” instaurato “per l'esecuzione del lodo arbitrale

pronunciato in data 23 luglio 2009”, inducono – in via meramente interpretativa – a ritenere che il potere di autotutela sia stato esercitato da parte della Regione Lazio al fine di evitare il pagamento della somma richiesta dalla ricorrente, vantata in virtù della condanna contemplata nel lodo;

- ciò detto, emerge la necessità di valutare se un tale fine costituisca o meno una ragione di interesse pubblico valida per l'autoannullamento di provvedimenti già adottati;

- al riguardo, il Collegio perviene ad una soluzione negativa per due ordini di motivi e precisamente: - non è – comunque - dato comprendere dalla formulazione del provvedimento le ragioni per le quali l'autoannullamento degli atti di gara e dell'aggiudicazione valgano a evitare l'esborso di danaro imposto dal lodo; - la produzione di un tale effetto non è, tra l'altro, desumibile ex se, specie ove si tenga conto che l'art. 824 bis c.p.c. espressamente prevede che “il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”.

Per completezza, appare poi doveroso aggiungere che – in ragione di quanto in ultimo rilevato – sorgono, tra l'altro, perplessità in ordine alla stessa possibilità di qualificare l'esborso a cui risulta tenuta la Regione - imposto in un lodo arbitrale - come “illegittimo” e, comunque, la Regione non spiega perché l'autoannullamento degli atti di gara dalla stessa disposto varrebbe a rendere tale l'esborso in questione.

In definitiva:

- nel caso di specie, l'Amministrazione ha agito in autotutela, procedendo all'annullamento d'ufficio di atti amministrativi ritenuti illegittimi;
- il provvedimento di autoannullamento non risulta, però, adottato in conformità all'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, atteso che l'interesse pubblico nel medesimo esplicitato è sicuramente inadeguato a rappresentare la sussistenza di un preciso, attuale e concreto interesse pubblico nei termini prescritti dalla legge.

4. Tanto è sufficiente per l'accoglimento del ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure formulate.

Tenuto conto della complessità della questione, si ravvisano giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

In ragione delle peculiarità che connotano la vicenda in esame, il Collegio ravvisa, in ultimo, la necessità di disporre la trasmissione degli atti del presente giudizio alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ed alla Procura della Corte dei Conti presso la Sezione Regionale del Lazio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 7994/2011, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

- compensa le spese di giudizio tra le parti;
- dispone la trasmissione degli atti del giudizio alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ed alla Procura Regionale della Corte dei Conti per la Regione Lazio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 9 gennaio 2012 e 31 gennaio 2012 con l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/03/2012

IL SEGRETARIO

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