



N.3721/2004

Reg. Dec.

N.11205 Reg. Ric.

Anno 2003

R E P U B B L I C A I T A L I A N A**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso iscritto al NRG 11205\2003, proposto dalla Regione Piemonte in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanna Scollo, Riccardo Montanaro ed Enrico Romanelli, elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma, viale Giulio Cesare 14;

contro

PRO.MA. Project Management s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Guida e presso questo elettivamente domiciliato in Roma, via F. Innocenti n. 32, nello studio dell'avvocato Mario Mariano;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sezione prima, n. 1123 del 24 luglio 2003.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio della PRO.MA. Project Management s.r.l.;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 27 aprile 2004 la relazione del consigliere Vito Poli, uditi gli avv.ti E. Romanelli, R. Montanaro e A. Guida;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. A seguito dello svolgimento di concorso internazionale di progettazione per il restauro della Reggia della Venaria Reale all'interno del *Parco La Mandria* ubicato nel comune di Venaria Reale (cfr. lettera di invito prot. n. 1298\98 del maggio 1998), la Regione Piemonte affidava all'A.T.I. costituita dalla S.C.P.A. "Bertreux - Boffard - Jolly - Mace Agence TETRARC" (capogruppo mandataria in prosieguo A.T.I. S.C.P.A.), OTH Sud Ouest s.a., SCE. S.a., PRO. MA. Project Management s.r.l. (mandanti), l'incarico di progettazione, contabilità, misurazione e direzione dei lavori di: I) restauro, valorizzazione e recupero funzionale del complesso monumentale del *Borgo Castello*; II) realizzazione delle opere di base dei corpi di fabbrica destinati ad ospitare il Centro Natura e Paesaggio; III) completamento impiantistico ed allestimento del Museo del Centro Natura e Paesaggio, (cfr. disciplinare d'incarico del 14 agosto 1998).

2. Suddiviso il progetto esecutivo generale in tre lotti ed appaltati i lavori di cui al lotto A all'Impresa Garboli – Conicos s.p.a., l'attività di restauro ebbe inizio in data 20 settembre 1999 sotto la direzione dell'A.T.I. S.C.P.A.

3. Durante la notte tra l'8 e il 9 giugno 2001 si verificò un gravissimo crollo che distrusse pressoché totalmente la manica del fabbricato denominato Corpo I (parte dell'ala nord dell'edificio settecentesco in corrispondenza del secondo cortile interno), inserito nell'ambito del Lotto A, in quel momento interessato ai lavori.

4. L'A.G.O. sottopose l'area interessata a sequestro penale, mentre la Regione Piemonte sospese l'A.T.I. S.C.P.A dalla direzione dei lavori (determinazione n. 507 dell'11 giugno 2001, che non risulta impugnata).

5. In attesa delle conclusioni dell'indagine penale e nella necessità di completare i lavori inerenti il complesso della Reggia di Venaria, la Regione Piemonte decise di espletare ex artt. 6, d.lgs. n. 157 del 1997 e 17, l. n. 109 del 1994, una gara di progettazione preliminare e definitiva (e connessi servizi di rilievo altimetrico, prestazioni geologiche, sicurezza in fase progettuale), per la ricostruzione del fabbricato distrutto (cfr. determinazione n. 473 del 14 maggio 2003).

6. Seguiva il bando di gara, per l'appalto di servizi di progettazione integrata, pubblicato nella G.U. del 26 maggio 2003.

7. Avverso la delibera di indizione della gara ed il conseguenziale bando, insorgeva la PRO.MA s.r.l. articolando sei distinti motivi di annullamento nonché domanda di risarcimento del danno.

8. Resisteva l'amministrazione regionale eccependo: I) il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; II) la carenza di interesse ad agire contro il bando; III) il difetto di legittimazione attiva dell'impresa in quanto semplice mandante dell'A.T.I.; IV) l'infondatezza del ricorso nel merito.

9. L'impugnata sentenza (T.A.R. per il Piemonte, sezione prima, n. 1123 del 24 luglio 2003), resa all'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'incidente cautelare:

- a)** dichiarava inammissibili tutte le censure articolate nei confronti del bando di gara (motivi da 1 a 4, tale capo di sentenza non è stato gravato da appello);
- b)** accoglieva il sesto motivo incentrato sul difetto assoluto di motivazione della determinazione dirigenziale di indizione della nuova gara;
- c)** annullava in via derivata il bando di gara facendo salvi gli ulteriori provvedimenti della P.A.;
- d)** non si pronunciava sul quinto motivo e sulla domanda di risarcimento del danno.

10. Con ricorso notificato il 24 novembre 2003 e depositato il successivo 4 dicembre, la Regione Piemonte proponeva appello avverso la menzionata sentenza.

11. Si costituiva la PRO.MA. s.r.l. deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, riproponendo il quinto motivo non esaminato e rinnovando la domanda di risarcimento del danno.

12. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 27 aprile 2004.

13. L'appello è fondato e deve essere accolto nei limiti meglio precisati in prosieguo.

14. Deve essere respinto il primo mezzo con cui la Regione deduce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel presupposto che la posizione soggettiva fatta valere dalla PRO.MA. s.r.l. abbia la consistenza del diritto soggettivo, perché volta a tutelare le prerogative discendenti dal contratto stipulato nell'ormai lontano 1998.

L'oggetto del presente giudizio è costituito in via immediata e diretta dai provvedimenti sopra descritti, rispetto ai quali la titolarità del rapporto contrattuale precedente svolge la funzione di elemento di qualificazione della posizione soggettiva della originaria ricorrente nei confronti del *quibus de populo*, posizione soggettiva che assume pertanto le sembianze dell'interesse legittimo al corretto esercizio della funzione pubblica.

E' appena il caso di ribadire, inoltre, che i giudizi afferenti a procedure competitive di evidenza pubblica comunitaria, nazionale o regionale, per la selezione di contraenti ed offerte

contrattuali, a mente dell'art. 6, 1. n. 205 del 2000, sono affidati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

15. Parimenti infondato è il secondo mezzo con cui si reitera l'eccezione di difetto di legittimazione attiva della appellata in quanto semplice mandante dell'A.T.I.

Il collegio non intende discostarsi dal consolidato indirizzo del Consiglio di Stato secondo cui nel caso di impugnativa di atti di una procedura di selezione del contraente, sussiste la legittimazione attiva - intesa come titolarità in astratto della posizione soggettiva di cui si chiede tutela - dell'impresa singola facente parte di un'A.T.I., sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397; Cons. giust. amm. 23 aprile 2001, n. 192; 26 febbraio 2001, n. 111; Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 1999, n. 702; sez. V, 3 febbraio 1999, n. 112; sez. IV, 1 febbraio 1994, n. 83; sez. IV, 28 maggio 1988, n. 478).

Il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo, attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate, ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio *singulatim*, mancando una espressa previsione in tal senso nella

normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, non solo in materia di appalti di servizi (cfr. art. 11, d.lg. n. 157 del 1995), ma anche in tema di appalti di lavori (cfr. artt. 11 e 13 l. n. 109 del 1994) e forniture (cfr. art. 11, d.lg. n. 358 del 1992).

Solo in presenza di una specifica disposizione normativa di rango primario potrebbe ammettersi la limitazione del diritto costituzionale di agire in giudizio che sicuramente permane in capo ai componenti di un raggruppamento temporaneo che non dà vita, in base alla disciplina legale, ad un autonomo centro di imputazione di situazioni soggettive, non determinando di per sé, organizzazione o associazione fra le imprese riunite ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali inerenti all'esecuzione del contratto di appalto.

16. In ordine logico deve essere affrontato e disatteso il quarto mezzo mediante il quale la Regione deduce la contraddittorietà dell'impugnata sentenza nella parte in cui non ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado per la mancanza della lesività della nuova indizione della gara pubblica.

La tesi non è accoglibile.

In astratto, infatti, la decisione della Regione Piemonte di non avvalersi dei servizi dell'A.T.I. S.C.P.A. per la progettazione integrata dei lavori di ricostruzione del fabbricato distrutto,

lede la posizione soggettiva dell'impresa mandante incidendo sfavorevolmente sulle prospettive di guadagno futuro e sull'immagine professionale di quest'ultima.

17. E' viceversa fondato il terzo motivo di appello che contrasta il capo della sentenza che ha ravvisato carenza assoluta di motivazione nella decisione della Regione Piemonte di indire una nuova gara.

Per ragioni di semplicità espositiva conviene prendere le mosse dall'esame congiunto del quinto e sesto motivo dell'originario ricorso.

17.1. La tesi di fondo sviluppata dalla PRO.MA. s.r.l. si snoda secondo i seguenti assunti:

I) i lavori di ricostruzione del fabbricato crollato sono identici a quelli di restauro e valorizzazione di cui al contratto stipulato nel 1998;

II) la progettazione è stata già realizzata integralmente sicchè appare inutilmente dispendioso il ricorso ad una nuova gara;

III) non è stata fornita alcuna spiegazione del perché non si sia fatto ricorso ad una procedura di variante a mente dell'art. 25, l. n. 109 del 1994, procedura che nel caso di specie la P.A. avrebbe dovuto attivare obbligatoriamente (pagina 25 del ricorso di primo grado).

Nessuna delle riportate argomentazioni è condivisibile.

17.2. In primo luogo occorre smentire che la Regione Piemonte abbia duplicato il medesimo incarico di progettazione.

Come si è visto in precedenza, il primo appalto di servizi aveva ad oggetto la progettazione integrata e la direzione di lavori di restauro e valorizzazione (quanto al lotto A) di un complesso monumentale esistente.

La seconda gara è stata, invece, bandita per la ricostruzione di un edificio storico distrutto.

Già sul piano dell'esame della disciplina urbanistica e di conservazione dei beni culturali emerge la differenza tra i due concetti di restauro e ricostruzione.

Sotto il primo aspetto vengono in luce le norme del T.U. edilizia che riferendosi al restauro ed al risanamento conservativo li definiscono come interventi rivolti a conservare l'organismo edilizio preesistente assicurandone la funzionalità, con l'aggiunta che il primo si connota per la prevalente attenzione al mantenimento dei valori architettonici, storici, tradizionali di edifici di pregio artistico (cfr. art. 3, comma 1, lett. c), e comma 2, che richiama espressamente l'art. 34 del d.lgs. n. 490 del 1999); in ciò differenziandosi nettamente dalle ipotesi di ricostruzione e nuova costruzione (sancite dall'art. 10, comma 1, lett. c) e 3, comma 1, lett. d), ed e)).

Quanto alla legislazione in tema di conservazione dei beni culturali, non mancano le disposizioni positive che esprimono

univocamente l'intento del normatore di distinguere in ordine ai differenti concetti di manutenzione, restauro, ripristino, ricostruzione (si pensi all'art. 7, l. n. 44 del 1975; art. 212 d.P.R. n. 554 del 1999; alleg. A, punto OG2, d.P.R. n. 34 del 2000; artt. 21 e 29 Codice dei beni culturali – d.lgs. n. 41 del 2004 -; art. 7, comma 2, d.lgs. n. 30 del 2004 recante le modificazioni alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali).

17.3. Il carattere completamente autonomo del nuovo intervento ricostruttivo rispetto alla pregressa previsione di restauro, impedisce oggettivamente qualsiasi riferimento alla disciplina legale del regime delle varianti in corso d'opera.

Sotto tale angolazione non è configurabile in capo alla stazione appaltante uno specifico obbligo di attivare il procedimento di variante divisato dall'art. 25 l. n. 109 del 1994.

E' vero esattamente il contrario.

Storicamente, tutta la legislazione in tema di varianti ed atti aggiuntivi, si compone di ipotesi tassative legittimanti il ricorso a tali speciali procedure negoziali, perché nella sostanza la variante costituisce un momento patologico del rapporto contrattuale risolvendosi in un affidamento diretto senza le garanzie della procedura competitiva.

Si tratta dunque di un procedimento eccezionale, circondato da particolari cautele, attivabile esclusivamente nell'interesse della P.A.: né potrebbe essere altrimenti, perché le varianti

sono sottese ad una integrazione dell'oggetto contrattuale originario, e giammai potrebbero inerire a lavori eccedenti quell'ambito, rispondendo all'esclusiva esigenza del committente di perseguire la completezza dell'intervento avviato laddove al contrario la posizione dell'appaltatore è garantita dal riconoscimento della facoltà di recesso.

17.4. Circa l'obbligo di motivazione che graverebbe sulla stazione appaltante allorquando decida di indire una procedura aperta di gara è appena il caso di notare che, al contrario, è la scelta della P.A. di procedere a trattativa privata che vada adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano; mentre, qualora l'amministrazione si orienti per la gara pubblica, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle opzioni normali che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie), i presupposti per aggiudicare l'affare mediante procedura negoziata (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2002, n. 224; sez. V, 18 settembre 1998, n. 1312; sez. VI, 16 novembre 1993, n. 854).

18. Il rigetto della domanda di annullamento degli atti impugnati in primo grado rende improponibile la domanda di risarcimento del danno per mancanza di un indefettibile

presupposto logico giuridico (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4).

In ogni caso la domanda è infondata perché priva di qualsiasi supporto probatorio in ordine alla esistenza del lamentato danno.

19. In conclusione l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma dell'impugnata sentenza.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando:

- accoglie l'appello proposto, e in riforma della sentenza indicata in epigrafe, respinge il ricorso di primo grado;
- condanna PRO.MA. Project Management s.r.l., a rifondere in favore della Regione Piemonte, le spese, le competenze e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio, che liquida in complessivi euro diecimila\00.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 27 aprile 2004, con la partecipazione dei signori:

Gaetano Trotta	- Presidente
Vito Poli Rel. Estensore	- Consigliere

Anna Leoni - Consigliere

Carlo Saltelli - Consigliere

Sergio De Felice - Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Vito Poli

Gaetano Trotta

IL SEGRETARIO

Maria Cecilia Vitolla

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

10 giugno 2004

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Giuseppe Testa

Massime

1) La posizione soggettiva di una impresa, titolare di un precedente rapporto contrattuale con la P.A., a fronte dell'indizione di una nuova gara che incida nel medesimo settore economico, è qualificabile nei termini di interesse legittimo e non di diritto soggettivo alla tutela delle aspettative nascenti dal contratto.

2) I giudizi afferenti a procedure competitive di evidenza pubblica, comunitaria, nazionale o regionale, per la selezione di contraenti ed offerte contrattuali, a mente dell'art. 6, l. n. 205 del 2000, sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3) Nel caso di impugnativa di atti di una procedura di selezione del contraente, sussiste la legittimazione attiva -

intesa come titolarità in astratto della posizione soggettiva di cui si chiede tutela - dell'impresa singola facente parte di un'A.T.I., sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione.

4) Il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo, attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate, ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio *singulatim*, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento.

5) La scelta della P.A. di procedere a trattativa privata va adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano; mentre, qualora l'amministrazione si orienti per la gara pubblica, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle opzioni normali che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto i presupposti per aggiudicare l'affare mediante procedura negoziata.

6) La stazione appaltante non ha uno specifico obbligo di attivare il procedimento eccezionale di variante diviso

dall'art. 25 l. n. 109 del 1994, perché storicamente tutta la legislazione in tema di varianti ed atti aggiuntivi si compone di ipotesi tassative legittimanti il ricorso a tali speciali procedure negoziali che segnano un momento patologico del rapporto contrattuale – risolvendosi in una integrazione dell'oggetto del contratto - attivabile esclusivamente nell'interesse della P.A.