

dell'illegittimità della mancata stipulazione del contratto di appalto di opera pubblica da parte dell'Ente Nazionale Autonomo Strade - ANAS s.p.a., relativo al lotto 5 stralcio 2 della costruzione della S.S.V. Licodia-Eubea – A19 Palermo-Catania – tronco Regalsemi-Innesto S.S. 117bis;

per

la conseguente statuizione in ordine all'obbligo della Committente di provvedere, e per la nomina di un commissario ad acta per il caso di inottemperanza dell'Ente alle decisioni del TAR;

e per l'accertamento della responsabilità

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla parte ricorrente;

con ricorso R.G. n. 3975/2004:

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione

del provvedimento del Presidente dell'ANAS s.p.a. prot. n. 4458 in data 8/3/2004, con il quale è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione dei lavori del 5° lotto/2° stralcio della S.S.V. Licodia Eubea – A19 PA-CT, nonché della nota n. 10764/11729 del 23/5/2003 di contenuto sconosciuto, nonché di ogni altro atto prodromico e successivo.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente;

Vista la memoria recante motivi aggiunti notificata il 20/4/2004;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 14/7/2004, il dott. Roberto Proietti e uditi i difensori delle parti costituite, come da verbale;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con due distinti ricorsi (rispettivamente notificati il 9/10/2003 ed il 20/4/2004) e con la memoria recante motivi aggiunti (notificata il 20/4/2004), la parte ricorrente impugnava gli atti e contestava i comportamenti indicati in epigrafe, deducendo censure attinenti violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, ed evidenziando quanto segue.

A seguito di distinte licitazioni private esperite dall'ANAS s.p.a. tra il 1998 ed il 1999, alcune imprese si aggiudicavano gli appalti dei lavori relativi alla S.S.V. Licodia Eubea – A19 PA-CT: l'ATI ricorrente, in particolare, si aggiudicava l'appalto dei lavori del 5° lotto/2° stralcio.

Con deliberazione n. 1467 del 17/8/1999 l'ANAS s.p.a.

comunicava alla ricorrente l'intervenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto e, con nota in pari data, disponeva la consegna dei lavori.

Successivamente, però, la Committente rappresentava alle Imprese aggiudicatarie la necessità di acquisire e/o rinnovare pareri e nulla osta da parte degli enti tutori dell'ambiente e del territorio, rinviava la consegna dei lavori e subordinava la stipulazione dei contratti al rilascio da parte delle Imprese di dichiarazioni di disponibilità ad eseguire i lavori, anche in caso di variazioni ai progetti, mantenendo gli stessi prezzi, patti e condizioni previsti nel capitolato speciale (cfr. note prot. nn. 2766/99, 1956/00, 13253, 13254, 13256 e 13257 del 2001).

La ricorrente rendeva le dichiarazioni ed assumeva gli impegni richiesti, ma il 14/2/2002 una comunicazione ANAS rendeva noto che per tutti e sette i lotti delle citate opere concernenti la S.S.V. Licodia-Eubea, erano state *“avviate le procedure di revisione progettuale stimate necessarie per giungere ad una consegna dei lavori effettivamente operativa”*. Infatti, l'11/1/2002 l'ANAS s.p.a. aveva pubblicato un bando di gara per la redazione della progettazione esecutiva dei lavori di costruzione della S.S.V. Licodia-Eubea.

Malgrado reiterate richieste, l'ANAS s.p.a. non si determinava a stipulare i contratti relativi ai lavori aggiudicati e,

quindi, l'Impresa ricorrente ha, prima, intimato alla Committente di attivarsi (atto notificato dall'ATI ricorrente il 6 giugno 2003) e, poi, ha proposto ricorso al TAR, nel corso del quale, con memoria notificata il 20/4/2004, ha proposto motivi aggiunti, contestando ulteriori profili di illegittimità e avanzando domanda di risarcimento danni, alla luce della relazione depositata dalla difesa dell'ANAS s.p.a. redatta dall'Ufficio Speciale della Grande Viabilità in Sicilia prot. n. 674 del 10/1/2003.

L'ANAS s.p.a., peraltro, con provvedimento del suo Presidente prot. n. 4458 dell'8/3/2004, disponeva la revoca dell'aggiudicazione definitiva precedentemente assunta, sicché, la ricorrente proponeva un secondo ricorso (R.G. n. 3975/2004) chiedendo l'annullamento di questo ultimo atto ed evidenziando quanto segue.

Dopo che la Stazione appaltante aveva rappresentato alle Imprese la necessità di acquisire e rinnovare pareri e nulla osta da parte degli enti tutori dell'ambiente e del territorio, si teneva una riunione (il 3/1/2002) presso la Direzione Generale dell'ANAS s.p.a., nel corso della quale la Committente non poneva in discussione il fatto che le Imprese ricorrenti avrebbero eseguito le opere appaltate.

Poco dopo, con nota prot. n. 46524/02/159 del 12/7/2002, l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici manifestava

perplexità in ordine all'eccessiva frammentazione in numerosi stralci del progetto originario.

In data 23/5/2003, con nota 10764/11729, l'ANAS s.p.a. decideva di procedere alla redazione di un unico lotto della succitata progettazione esecutiva, omettendo di rendere partecipe le ricorrenti di tale scelta.

Quindi, nel marzo 2004, l'ANAS s.p.a. adottava il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della parte ricorrente, il quale veniva impugnato dinanzi al TAR.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in entrambi i giudizi, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a decidere le controversie e, nel merito, sosteneva l'infondatezza del ricorso e ne chiedeva il rigetto.

In corso di causa, l'esame della domanda cautelare veniva rinviato all'udienza pubblica fissata per la decisione del merito.

Con successive memorie le parti argomentavano ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 14/7/2004 la causa veniva trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio – in considerazioni delle evidenti ragioni di connessione oggettiva (con il primo ricorso si

contesta la mancata stipula del contratto di appalto, mentre con il secondo si impugna la revoca dell'aggiudicazione dei lavori relativi alla medesima gara) e soggettiva (i ricorsi sono proposti dalla medesima parte contro l'ANAS s.p.a.) – dispone la riunione dei due ricorsi indicati in epigrafe.

2. La questione posta all'attenzione del Collegio attiene alla mancata stipulazione del contratto relativo all'appalto aggiudicato alla parte ricorrente e alla revoca dell'aggiudicazione disposta dall'ANAS s.p.a..

3. Ciò posto, il Tribunale respinge l'eccezione di inammissibilità proposta dall'Amministrazione resistente e fondata sul fatto che la situazione dedotta in giudizio ed i provvedimenti richiesti esulerebbero dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

In particolare, l'ANAS s.p.a. evidenzia che il rifiuto di procedere alla conclusione del contratto, la sua valutazione in termini di buona fede alla stregua dei parametri del diritto privato, l'eventuale condanna in forma specifica mediante accertamento dell'obbligo di concludere il contratto e la richiesta di risarcimento danni basata sulla presunta responsabilità contrattuale o precontrattuale della Stazione appaltante, sono tutte questioni la cui cognizione involge posizioni paritetiche di diritto soggettivo e, pertanto, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario.

A parere del Collegio tale eccezione è infondata in quanto la causa attiene a comportamenti tenuti e provvedimenti adottati dall'amministrazione nell'esercizio della funzione pubblica relativa alla realizzazione di opere pubbliche e, pertanto, rientra nei poteri di cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, essendo intrinsecamente connessa ad una procedura "di affidamento di lavori" (art. 6, co. 1, legge 21 luglio 2000, n. 205) ([Consiglio di Stato , Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457](#)).

4. Passando all'esame del merito il Collegio ritiene di dovere esaminare prioritariamente le censure attinenti alla revoca dell'aggiudicazione, non solo perché la mancata stipulazione dei contratti è stata, sostanzialmente, determinata dalla stesse ragioni che hanno condotto all'emanazione del provvedimento di autotutela, ma, soprattutto, perché la legittimità di questo ultimo comporterebbe il sopravvenuto difetto di interesse delle ricorrenti a coltivare le domande tese a contestare il comportamento omissivo della Stazione appaltante circa la stipulazione dei contratti e la consegna dei lavori.

5. Con il primo motivo di ricorso è stata dedotta la violazione degli artt. 7 e 8, l. 7 agosto 1990, n. 241, evidenziando come la revoca delle aggiudicazioni sia stata adottata senza dare notizia all'impresa interessata dell'avvio del relativo procedimento.

5.1 A tale censura la difesa dell'ANAS s.p.a. ha

controdedotto osservando che nella fattispecie la comunicazione di avvio del procedimento non avrebbe portato alcun utile beneficio all'azione amministrativa e, quindi, è stata evitata.

Comunque, a parere della difesa ANAS, il provvedimento di revoca non è giunto inaspettato, tanto che i motivi della scelta dell'Amministrazione hanno formato oggetto di deduzioni anche in sede di proposizione del ricorso avverso la mancata stipula del contratto, sicché la parte ricorrente ha avuto modo di interloquire con l'Amministrazione e fornire il proprio punto di vista.

5.2 Tale censura è fondata.

Il Collegio condivide l'orientamento prevalente secondo il quale, con riferimento a procedimenti di secondo grado quali quelli che sfociano nella revoca dell'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di lavori pubblici (caso in esame), vige il principio della necessità della comunicazione di avvio, partendo dal presupposto che la partecipazione dell'interessato può rivelarsi determinante nella fase di comparazione degli interessi in gioco: l'interesse all'eliminazione dell'atto inopportuno e l'interesse alla conservazione delle posizioni acquisite, avuto riguardo anche all'affidamento del privato maturato circa la stabilità del provvedimento della p.a. (Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2003, n. 178, C.G.A, 20 gennaio 2003, n. 1; T.A.R. Emilia-Romagna - Bologna, sez. I, 4 ottobre 2002, n. 1417).

Ciò tanto più nei casi, come quello di specie, in cui sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo tra l'aggiudicazione e la revoca.

In sede di autotutela, infatti, la p.a. deve prendere in attenta considerazione le osservazioni degli interessati al mantenimento del provvedimento precedentemente adottato, dovendo essa dimostrare l'interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione del medesimo e la prevalenza di tale interesse rispetto a quello alla conservazione della situazione attuale.

In sostanza, le previsioni degli artt. 7 e 8, l. 7.8.90, n. 241, inducono a ritenere che la p.a., nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela, può farsi giustizia da sé, ma deve consentire all'interessato di difendersi, instaurando un previo contraddittorio.

Ciò vale, in particolare quando – come nel caso oggetto di giudizio – si sia in presenza di un'aggiudicazione definitiva approvata dalla Stazione appaltante, poiché mentre in presenza di un'aggiudicazione solo provvisoria l'aggiudicatario non può vantare altro che una mera aspettativa alla conclusione in suo favore del procedimento, in presenza di un'aggiudicazione definitiva l'impresa vanta una posizione giuridica qualificata, maturata a conclusione della procedura di gara, sicché l'avvio di un procedimento di secondo grado si pone al di fuori della procedura conclusa e deve essere comunicato all'aggiudicataria (Cons. Stato,

sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5903).

6. E', invece, infondato il secondo motivo di ricorso, con il quale sono stati dedotti i seguenti vizi: - violazione e la falsa applicazione dell'art. 7 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito in legge 8 agosto 2002, n. 178; - violazione dell'art. 17.2 lett. d) dello Statuto dell'ANAS s.p.a. nel testo approvato il 19 dicembre 2003; - eccesso di potere per incompetenza.

In particolare, le ricorrenti hanno rilevato come la revoca delle aggiudicazioni sia stata disposta dal Presidente dell'ANAS s.p.a, contrariamente a quanto stabilito dalle norme indicate, che prevedono la competenza del Consiglio di Amministrazione.

6.1 Al riguardo, il Collegio condivide le considerazioni espresse dalla difesa ANAS s.p.a., osservando che: il Consiglio di Amministrazione ha una competenza specifica ad approvare i progetti non ad assumere provvedimenti di revoca quali quello di specie (lett. d), art. 17, co. 2, Statuto); l'approvazione dei contratti (e, quindi, la relativa revoca) è riservata al Consiglio di amministrazione solo nei casi in cui si tratti di affidamento di lavori di importo superiore al limite di applicazione della normativa comunitaria (lett. e), art. 17, co. 2, Statuto), ma il caso di specie non rientra in questo ambito, poiché ai fini che interessano in questa sede va considerato solo il lotto oggetto di causa.

Pertanto, non può dirsi vietato, in generale, al Presidente

dell'ANAS s.p.a. assumere provvedimenti di autotutela.

7. Con il terzo motivo di ricorso sono state avanzate le censure di seguito indicate: - violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l.n. 241/1990; - carenza di adeguata motivazione, - perplessità; - violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di economicità dell'azione amministrativa.

7.1 Nel contestare il terzo motivo di ricorso la difesa ANAS ha osservato che: - l'ANAS s.p.a. ha avviato una radicale revisione progettuale dei lavori interessanti la costruzione di alcuni lotti della strada Licodia-Eubea – A19 Palermo-Catania; - la revisione è imposta dalla necessità di ottemperare alle prescrizioni degli enti competenti rese in occasione del rinnovo o della richiesta dei rispettivi pareri; - in esito a tale verifica l'ANAS s.p.a. ha constatato che le nuove soluzioni progettuale risultavano profondamente diverse da quelle oggetto degli appalti aggiudicati; - in particolare, per tenere conto delle prescrizioni della Soprintendenza ai Beni Culturali e Ambientali di Catania, si sono dovuti adeguare molti viadotti ed i muri di sostegno e di contenimento; - l'adeguamento progettuale è risultato, inoltre, necessario alla luce del sopraggiunto decreto ministeriale 5 novembre 2001 (recante nuove norme funzionali e geometriche per la costruzione delle strade), che ha imposto la modifica delle sezioni in viadotto ed in galleria; - l'attività di revisione ha rivelato

la presenza di terreni di natura e caratteristiche diverse da quelle previste nei progetti appaltati e ciò ha imposto delle varianti al tracciato, con conseguenti nuove e maggiori occupazioni di superfici rispetto ai piani particellari di esproprio originari; - i quadri economici degli appalti sono risultati stravolti da significative variazioni alle voci di elenco prezzi, con totale eliminazione di alcune voci e l'introduzione di altre nuove; - tali circostanze, alla luce del fatto che le modificazioni non avrebbero potuto essere introdotte in corso d'opera, stante i limiti imposti in tema di varianti dall'art. 25, l. 11 febbraio 1994, n. 109, hanno indotto l'ANAS s.p.a. a revocare le aggiudicazioni.

7.2 Queste circostanze sono evidenziate nelle difese scritte dell'ANAS s.p.a., ma non emergono dal provvedimento impugnato, dal quale risulta che la revoca è giustificata dalle seguenti ragioni:

- necessità, a seguito delle problematiche sorte con l'entrata in vigore della nuova normativa sui lavori pubblici, di disporre un appalto per la redazione della progettazione esecutiva, con adeguamento alle nuove normative;
- perplessità espresse dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici circa l'eccessiva frammentazione in numerosi stralci del progetto originale;
- sostanziale mutazione nell'esecuzione tecnica dell'opera,

emersa in sede di adeguamento progettuale.

In sostanza, il tenore del provvedimento denota una carenza motivazionale nelle parti in cui: richiama generiche sopravvenute ragioni di interesse pubblico determinate da problematiche sorte con l'entrata in vigore della nuova normativa sui lavori pubblici; non chiarisce quale sia la nuova normativa che ha indotto l'ANAS s.p.a. alla revoca ; non dà atto in alcun modo dell'affidamento delle imprese coinvolte nella vicenda e del lungo tempo trascorso tra l'aggiudicazione definitiva e la revoca.

8. L'annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva consente di prendere in considerazione le domande proposte con il primo dei ricorsi indicati in epigrafe: - accertamento dell'illegittimità della mancata stipulazione del contratto di appalto; - declaratoria dell'obbligo della Committente di provvedere alla stipula; - nomina di un commissario ad acta per il caso di inottemperanza dell'Ente alle decisioni del TAR.

9. Per assumere una decisione in merito alla prima delle domande indicate occorre partire dalla considerazione che l'aggiudicatario matura una posizione di diritto soggettivo solo mediante la stipulazione del contratto ([Cassazione civile, sez. un., 11 giugno 1998, n. 5807](#); [T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 20 novembre 2000, n. 4318](#)), vantando, viceversa, prima di tale

momento, solo posizioni di interesse legittimo.

Ciò risulta confermato anche dal tenore dell'art. 109, D.P.R. n. 554/1999 secondo il quale *“1. La stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario. 2. Per gli appalti di competenza di Amministrazioni statali, l'approvazione del contratto deve intervenire entro sessanta giorni dalla data di stipulazione. 3. Se la stipula del contratto o la sua approvazione, ove prevista, non avviene nei termini fissati dai commi precedenti, l'impresa può, mediante atto notificato alla stazione appaltante (Seguivano alcune parole non ammesse al «Visto» della Corte dei conti) sciogliersi da ogni impegno o (seguiva una parola non ammessa al «Visto» della Corte dei conti) recedere dal contratto. In caso di mancata presentazione dell'istanza, all'impresa non spetta alcun indennizzo.”*.

Una pronuncia di condanna di tal genere, infatti, servirebbe ad assicurare all'aggiudicataria la pretesa alla stipula disattesa dal comportamento omissivo dell'Amministrazione. In sostanza, la condanna in questione postula la preesistenza nel patrimonio della parte ricorrente del diritto soggettivo all'affidamento dei lavori oggetto di causa.

Ma, come detto, nella fattispecie la parte ricorrente non vanta un diritto soggettivo ma solo un interesse legittimo pretensivo al perfezionamento del contratto e, quindi, al giudice non è consentito imporre all'ANAS s.p.a. di stipulare il negozio.

A tali conclusioni si giunge anche se si volesse disattendere l'orientamento secondo il quale è inammissibile una condanna della pubblica amministrazione ad un *facere* (nella fattispecie, a concludere il contratto) (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 18 maggio 1998, n. 612), sulla base del rilievo ostativo della riserva di amministrazione che impedisce la sostituzione del giudice in valutazioni di esclusiva spettanza dei pubblici poteri.

Inoltre, come si preciserà al punto seguente, l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione dichiarata per vizi formali condiziona la stipulazione del contratto alla rinnovazione del procedimento di autotutela.

Alla luce delle considerazioni che precedono, le domande di accertamento-condanna dell'ANAS s.p.a. a stipulare il contratto vanno dichiarate inammissibili.

10. Passando a considerare la domanda di risarcimento danni avanzata dalla parte ricorrente, occorre porre attenzione al fatto che l'accoglimento della domanda di annullamento della revoca dell'aggiudicazione è dichiarata per i motivi formali ed i vizi procedurali sopra indicati, sicché la pronuncia demolitoria non

fa venire meno il potere discrezionale dell'Amministrazione di determinarsi in senso contrario alla stipula del contratto d'appalto.

In sostanza, l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione non vieta l'avvio di un nuovo procedimento di secondo grado, nel rispetto dei principi e delle regole dettate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.

Ciò impone, allo stato, di respingere la domanda di risarcimento danni, poiché l'ANAS s.p.a., a seguito dell'annullamento della revoca, potrà o addivenire alla stipula del contratto e all'affidamento dei lavori – ed, in tal caso, gli interessi della parte ricorrente sarebbero, sostanzialmente, soddisfatti -, ovvero determinarsi diversamente - ed assumere un nuovo provvedimento di secondo grado -.

11. Sussistono validi motivi per disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, riuniti i ricorsi indicati in epigrafe, così dispone sui medesimi:

- accoglie nei sensi indicati in motivazione la domanda impugnatoria e, per l'effetto, annulla il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva;
- dichiara inammissibile la domanda di accertamento;
- respinge la domanda di risarcimento del danno;

- compensa tra le parti le spese di lite;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 luglio 2004.

Vito Carella - Presidente

Roberto Proietti - Estensore