

Publicato il 09/01/2017

N. 00026/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01411/2016 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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1411 del 2016, proposto da:
Basilio Buzzanca, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetto
Calpona C.F. CLPBDT62D24A638O, con domicilio eletto presso l'avv.
Ignazio Bonaccorsi in Catania, via Mario di Bella, 11;

contro

Città Metropolitana di Messina - VI Direzione - Servizi Tecnici
Generali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non
costituito in giudizio;

nei confronti di

Impresa Edile Teatino Gaetano di Teatino Rosario Maurizio,
rappresentato e difeso dall'avvocato Enzo La Torre C.F.
LTRVCN56E26A638W, domiciliato *ex art. 25 cpa* presso la Segreteria
del TAR Catania in via Milano 42/a;

per l'annullamento

- della nota della Città Metropolitana di Messina - IV Direzione Servizi Tecnici Generali - servizio edilizia scolastica - datata 27/05/2016 prot. N. D5/471 protocollo uscita 0017873/16 del 30/05/2016, con la quale è stato comunicato al ricorrente che in data 06/06/2016 si procederà alla riapertura del seggio di gara per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva avvenuta con DD N. 449 del 28/04/2016 e aggiudicazione definitiva dei lavori di manutenzione straordinaria per adeguamento alla normativa di sicurezza, igiene del lavoro da eseguire presso l'ITCG L. Da Vinci- nel Comune di Milazzo;

- della nota della Città Metropolitana di Messina - IV Direzione Servizi Tecnici Generali - Servizio Edilizia Scolastica - datata 16/06/2016 prot. N. 0020124/16, con la quale è stato comunicato al ricorrente che in data 23/06/2016 "si procederà all'apertura del seggio di gara" per l'annullamento, in autotutela della D.D. N. 449 del "28/04/2016 di aggiudicazione definitiva e nuova "aggiudicazione" dei lavori di manutenzione straordinaria per adeguamento alla normativa di sicurezza, igiene del lavoro da eseguire presso l'ITCG L. Da Vinci - nel Comune di Milazzo;

- del verbale di gara del 23/06/2016 con il quale sono state riaperte le operazioni di gara, sono state escluse due imprese precedentemente ammesse (Energia 2000 srl e Italica srl), sono state rideterminate le medie della gara e della soglia di anomalia ed è stato provvisoriamente aggiudicato l'appalto all'impresa Teatino Gaetano di Teatino Rosario Maurizio;

- del provvedimento di esclusione delle due imprese precedentemente ammesse (Energia 2000 srl ed Italica srl) e del provvedimento di modifica delle medie di gara e della soglia di anomalia già stabilizzata; di qualsiasi altro atto, presupposto, dipendente e/o esecutivo dell'atto

impugnato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Impresa Edile Teatino Gaetano di Teatino Rosario Maurizio e di Teatino Rosario Maurizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 la dott.ssa Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina n. 449 del 28 aprile 2016 la Città Metropolitana di Messina - Direzione IV Servizi Tecnici Generali Servizio Edilizia Scolastica - aggiudicava l'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria dell' I.T.C.G. Leonardo Da Vinci di Milazzo alla ditta Buzzanca Basilio. Con note del 27 maggio 2016 e del 16 giugno 2016 veniva disposta la riapertura delle operazioni di gara per procedere all'esclusione di due imprese (Energia 2000 srl e Italica srl) che non avevano indicato i costi di sicurezza aziendale; a seguito della predetta esclusione, la stazione appaltante rideterminava le medie delle offerte e procedeva ad una "nuova" aggiudicazione in favore della ditta Teatino. Con il ricorso in esame, la ditta Buzzanca, già aggiudicataria definitiva, ha impugnato i predetti provvedimenti e ne ha chiesto l'annullamento per i seguenti motivi:

- violazione dei principi di tipicità degli atti amministrativi; anomalia del provvedimento di riapertura della gara; eccesso di potere,

ingiustizia ed illogicità manifesta, difetto dei presupposti; incompetenza e violazione del principio del *contrarius actus*: la Città Metropolitana di Messina avrebbe disposto la riapertura di gara, senza procedere all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva già intervenuta; in ogni caso, qualora si dovesse ritenere che il seggio di gara abbia implicitamente disposto anche l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, questo sarebbe stato adottato da organo incompetente senza alcun procedimento di secondo grado (primo e secondo motivo di ricorso);

- violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990;
- violazione dell'art. 38, comma *2bis* del D.lgs. 163/2006;
- violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; violazione del principio di affidamento di certezza del diritto: in via subordinata, parte ricorrente ha censurato l'esclusione dalla gara delle ditte che non avevano indicato i costi generali di sicurezza.

La Città Metropolitana di Messina, regolarmente evocata in giudizio, non si è costituita.

Si è, invece, costituita la ditta controinteressata che ha chiesto il rigetto del ricorso rilevando, tra l'altro, che la definitiva cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia andrebbe riferita solo all'attivazione del sub procedimento del soccorso istruttorio.

Con ordinanza n. 697 del 26 settembre 2016 è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati e alla pubblica udienza del 15 dicembre 2016, il ricorso è stato posto in decisione, come da verbale.

Il ricorso è fondato, secondo quanto di seguito precisato.

È infondato il terzo motivo di ricorso concernente l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, poiché con note del 30

maggio 2016 e del 16 giugno 2016 l'amministrazione aveva espressamente comunicato che avrebbe proceduto "all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva avvenuta con D.D. n. 449 del 28 aprile 2016". Tuttavia, di là del mero dato testuale, è incontestato che nella seduta del 23 giugno 2016, la commissione di gara si sia limitata a disporre la riapertura delle operazioni di gara (al fine di escludere due concorrenti illegittimamente ammessi) e ad individuare un nuovo aggiudicatario, senza che fosse stato attivato un procedimento di autotutela volto all'eliminazione del precedente provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto in favore della ricorrente. In tale direzione risultano fondati i primi due motivi di ricorso poiché, come noto, la pubblica amministrazione conserva indiscutibilmente - anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente - il potere di annullare in via di autotutela sia il bando, sia le singole operazioni di gara, tenendo conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse: l'autotutela trova fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 della Costituzione cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, ed in tale prospettiva neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva osta all'esercizio di un siffatto potere che deve essere, tuttavia, esercitato attraverso un procedimento di secondo grado, nel rispetto dei requisiti esplicitati nell'articolo 21 nonies della legge n. 241 del 1990 (indicazione dei motivi d'illegittimità dell'atto da rimuovere, esternazione delle ragioni attuali d'interesse pubblico all'annullamento e adeguata e congrua ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati).

Orbene, nel caso di specie, non risulta adottato alcun provvedimento "tipico" di autotutela, con conseguente vulnus della situazione di

affidamento già consolidatasi in capo alla ricorrente e ciò è sufficiente a determinare l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento del verbale del 23 giugno 2016 nella parte in cui ha "implicitamente" disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva già adottato nei confronti della ricorrente.

Va, infine, rilevato che la previsione sulla c.d. stabilità o intangibilità delle medie e della soglia di anomalia di cui all'art. 38, comma 2bis del D.lgs. 163/2006 (che si applica non soltanto ai casi in cui sia in questione la carenza di uno dei requisiti elencati dall'art 38, ma in generale a qualunque altra potenziale ragione di esclusione di un concorrente, cfr Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107) preclude (o meglio rende inefficace sulla media delle offerte precedentemente definita) gli interventi in autotutela disposti successivamente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107 e C.G.A., n. 740/2015). Nel caso di specie, quindi, l'esclusione dei concorrenti Energia 2000 srl e - Italica srl, disposta successivamente all'aggiudicazione definitiva, non consentiva alcun ricalcolo delle medie e delle soglie.

In conclusione, il ricorso è fondato e va accolto.

L'articolazione concreta della vicenda induce il Collegio a disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate .

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre
2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Agnese Anna Barone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Agnese Anna Barone

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO