

Pubblicato il 01/03/2023

N. 00107/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00170/2022 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 l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 170 del 2022, proposto da:

Sammartino Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Franco Coccoli, Lorenzo Aureli, e Francesco Coronidi, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Penne, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Cutilli, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'ottemperanza della sentenza del T.a.r. Abruzzo - Pescara, Sez. I, n. 435 del 2 novembre 2021, passata in giudicato nonché per la declaratoria di nullità:

a) del verbale di gara n. 8474770172, relativo alla seduta del 13.04.2022, avente ad oggetto “Affidamento della concessione per la progettazione definitiva/esecutiva, costruzione e gestione delle opere vecchie e nuove finalizzate all'ampliamento del cimitero principale e per la ristrutturazione e

gestione del cimitero in località Roccafindamo (Project Financing)”, con cui la Commissione di gara istituita presso gli uffici del Comune di Penne, all'esito del soccorso istruttorio attivato in presunta ottemperanza della sentenza del TAR Abruzzo - Pescara n. 435/2021, ha disposto l'esclusione della Sammartino Costruzioni S.r.l. dalla procedura di project financing in precedenza richiamata;

b) per quanto occorrer possa, della nota del 8.02.2022, con cui l'Amministrazione - attivando il sub-procedimento di soccorso istruttorio, in pretesa ottemperanza della sentenza del TAR Abruzzo n. 435/2021 - ha richiesto alla Sammartino Costruzioni S.r.l. la presentazione di documentazione integrativa rispetto a quella depositata in sede di gara;

c) di ogni altro atto e/o provvedimento a questi presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Penne;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2023 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi per la parte ricorrente l'avv. Lorenzo Aureli e per il Comune resistente l'avv. Giuseppe Cutilli;

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ex art.112 c.p.a. iscritto al n. 170/2022, la Sammartino Costruzioni s.r.l. instava per l'ottemperanza della sentenza n.435 del 2.11.2021, passata in giudicato, con cui questo T.a.r. annullava la sua esclusione - motivata per l'omessa menzione nella busta A dei professionisti che devono svolgere i servizi tecnici - dalla procedura di gara indetta dal Comune di Penne con determina n,432 del 20.10.2020 per l'affidamento della concessione per la progettazione, costruzione e gestione e ristrutturazione del cimitero in località Roccafinadamo.

Con il medesimo ricorso instava per la declaratoria di nullità del verbale di gara n.8474770172 relativo alla seduta del 13.04.2022 con cui veniva disposta la esclusione della ricorrente dalla gara previa sua ammissione a soccorso istruttorio con nota dell'8.02.2022.

Esponessa che, con la sentenza oggetto di ottemperanza, era stato annullato il provvedimento di esclusione impugnato per violazione dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016, stante la lacunosità del disciplinare di gara nella parte relativa ai requisiti minimi di partecipazione, e vista l'ambiguità della formulazione della lex specialis cui non erano stati allegati i moduli di dichiarazione di cui ai punti 15.3.1. n.3, 15.3.1.n.4, 15.3.1. n.5, 15.3.1.n.6, sul possesso dei requisiti dei professionisti, e che, su tale rilievo, il T.a.r. adito aveva accolto il ricorso ordinando all'amministrazione di integrare i modelli di dichiarazioni mancanti e non allegate al capitolato, onde consentire alla ricorrente di integrare la propria domanda di partecipazione nelle parti omesse per fatto imputabile alla non intelligibilità della lex specialis.

Aggiungeva che la stazione appaltante, nell'ammettere la ricorrente a soccorso istruttorio con la nota dell'8.02.2022, le trasmetteva i moduli riscontrati nel giudizio a quo come mancanti, ed un ulteriore modulo sui requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale di cui ai punti 3.3.2.2. e 3.3.2.3. del disciplinare di cui però non vi era menzione né nella disciplina di gara né nell'ottemperanda sentenza.

Precisava di aver trasmesso la detta documentazione integrativa unitamente ai bilanci dal 2016 al 2020. pur avendo contestato. con la nota di accompagnamento allegata alla documentazione, la contraddittorietà tra le richieste istruttorie ed il dictum della sentenza, e contestava come elusiva del giudicato la nuova esclusione disposta all'esito della seduta del 13.04.2022 sulla base dei seguenti motivi di diritto:

1) Omessa e/o erronea esecuzione del dictum della sentenza del Tar Abruzzo, violazione e/o erronea applicazione dell'art.112 c.p.a.;

L'amministrazione ha modificato ex post la documentazione di gara imponendo alla ricorrente di compilare un nuovo modulo ideato ad hoc al solo fine di individuare una nuova causa di esclusione della ricorrente dalla gara.

2) Omessa e/o erronea esecuzione del dictum della sentenza del T.a.r. Abruzzo Pescara n.435/2021, violazione e/o erronea applicazione dell'art. 112 c.p.a.;

Nel giudizio a quo la stazione appaltante, dopo aver opposto in sede di esclusione, la carenza dei requisiti di cui ai punti 3.3.2.1. Requisiti di idoneità, e 3.3.2.2. Requisiti di capacità economico finanziaria, con una prima nota di chiarimenti prot. n. 13276 del 2.10.2021 e con una memoria del 4.10.2022 aveva surrettiziamente tentato di modificare ex post la motivazione dell'esclusione. Sul punto è stata accolta dal T.a.r. l'eccezione di inammissibilità sollevata ravvisandosi un'integrazione postuma della motivazione. L'amministrazione, nonostante l'espressa declaratoria di inammissibilità, ha surrettiziamente esteso l'ambito oggettivo del soccorso istruttorio ai requisiti di cui al punto 3.3.2.3. del disciplinare ben al di là di quanto disposto dalla sentenza ottemperanda limitatamente alla comprova dei requisiti di cui al punto 3.3.2.1. del disciplinare di gara.

3) In via subordinata: omessa e/o erronea esecuzione del dictum della sentenza, violazione e/o erronea applicazione dell'art. 112 c.p.a.;

Affermando che la società istante non avrebbe indicato la forma legittimante la partecipazione del geologo alla procedura, la stazione appaltante confonde le società di ingegneria e di architettura con le società qualificate per le sole opere di costruzione, dal momento che ai sensi dell'art. 59 comma 1 bis del codice, le società qualificate per la sola progettazione possono partecipare alla procedura anche tramite tecnici indicati in sede di gara ed in possesso dei necessari requisiti. Con tale rilievo, emendabile in sede istruttoria, la Commissione di gara ha introdotto un nuovo motivo di esclusione fondato su una lettura del disciplinare di gara già ritenuta erronea da codesto T.a.r.. La

Sammartino è una società qualificata per soli lavori di costruzione e non è contestato che il geologo sia in possesso dei requisiti richiesti dal disciplinare per svolgere i servizi tecnici.

Sulla carenza dei requisiti di cui al punto 3.3.2.2. la sentenza ottemperanda è stata chiara nell'affermare che, per le società di capitali, i requisiti predetti dovevano essere documentati in due distinte e diverse voci di fatturato globale degli ultimi cinque esercizi mediante i bilanci approvati corredati da una nota integrativa e per i liberi professionisti e le imprese individuali mediante modello unico o dichiarazione iva, ferma restando la necessità di privilegiare una lettura della *lex specialis* idonea comunque a tutelare l'affidamento degli interessati.

La Commissione ha violato il dictum della sentenza avendo confuso la Sammartino Costruzioni per una società di ingegneria in spregio a quanto disposto dal disciplinare di gara.

E' errato anche il rilievo secondo cui la società ricorrente avrebbe affermato, nel modulo creato dalla Commissione, di voler subappaltare alcune lavorazioni senza indicare, ai sensi dell'art. 31 comma 8 del d.lgs. 50/2016, le singole figure professionali, trattandosi di norma relativa al subappalto degli incarichi di progettazione e non di singole lavorazioni.

Sulla base di tali motivi concludeva per l'accoglimento del ricorso e per la condanna all'ottemperanza della sentenza previa declaratoria di nullità dell'esclusione gravata il tutto con vittoria di spese di giudizio.

Costitutosi il Comune di Penne eccepiva, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso per difetto dei presupposti ex art. 112 c.p.a. non discendendo dalla pronuncia ottemperanda un obbligo talmente puntuale da conformare il successivo operato dell'amministrazione, ed opponeva nel merito l'infondatezza del ricorso sul presupposto che:

- per il geologo, per cui era stata omessa l'indicazione del collegamento con la società ricorrente, il punto 15.3.1. n.5 del disciplinare con disposizione

inequivoca imponeva all'offerente di specificare anche la forma di partecipazione tra quelle ivi specificate;

- la lacunosità della disciplina di gara di cui al punto 3.3.2.1. del disciplinare è stata sanata tramite la trasmissione, in fedele ottemperanza alla sentenza, del modulo in discussione rimesso dalla società ricorrente senza completa compilazione nella parte d'interesse del geologo;

- sui requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al punto 3.3.2.3. del disciplinare, la ricorrente ha indicato il valore delle opere progettate senza il necessario scorporo, tramite apposito elenco nella specie mancante, nelle tre categorie indicate nel bando di gara riguardo alle opere oggetto di Project Financing E.11, E.20 ed S.03 per cui occorreva un elenco di servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi anni relativi a lavori di ognuna delle predette categorie indicate in tabella con i rispettivi valori minimi;

- sulla comprova della capacità economica e finanziaria di cui al punto 3.3.2.2. del disciplinare, il riquadro relativo alle lett.g) ed h), relative ai tre migliori volumi di fatturato degli ultimi cinque anni, è stato lasciato totalmente in bianco, rendendo impossibile l'accertamento della sussistenza del requisito e senza che sia esperibile il soccorso istruttorio ben potendo l'operatore avvalersi del disposto di cui all'art. 86 fornendo qualsiasi altro documento utile;

-nella dichiarazione relativa al subappalto la ditta ha incluso non solo le lavorazioni ma anche servizi vari e non compare alcun richiamo all'art. 105 del Codice.

Sulla base di tali motivi concludeva quindi per la declaratoria di inammissibilità ed in subordine per il rigetto del ricorso con ogni conseguenziale statuizione in ordine alle spese di lite.

Alla camera di consiglio del 23.09.2022 il giudizio veniva rinviato per consentire alle parti di precisare la natura dell'azione introdotta se di ottemperanza o impugnatoria.

Con ordinanza collegiale n. 439 del 4.11.2022, questo T.a.r., premesso che ai sensi dell'art. 32 comma 2 c.p.a., primo periodo, il giudice dell'ottemperanza è tenuto a qualificare l'azione proposta distinguendo le domande attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non attiene al giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorii, e tenuto conto che sulla base del comma 1 in caso di cumulo di domande soggette a riti diversi trova applicazione quello ordinario, disponeva la conversione del giudizio da rito ex art. 112 c.p.a, in rito ordinario, e sottoponeva alle parti, ex art. 73 comma 3 c.p.a, la questione in rito relativa all'idoneità della comunicazione di esclusione della ricorrente contenuta nel verbale del Seggio di gara del 26 aprile 2022 a far decorrere i termini di impugnazione abbreviati di cui all'art. 120 c.p.a, nonché sulla natura o meno definitiva del verbale di esclusione gravato e comunque sulla competenza del Seggio di gara ad adottare il provvedimento definitivo di esclusione di un concorrente alla procedura per cui è causa.

Alla pubblica udienza di discussione del. 10.02.2023, il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

2. Ritiene il Collegio che sia fondata e meriti accoglimento l'eccezione sollevata dall'amministrazione intimata circa l'insussistenza dei presupposti per l'instaurazione nella specie del giudizio di ottemperanza.

Innanzitutto ad avviso del Collegio dalla pregressa sentenza di annullamento del primo provvedimento di esclusione non emerge un vincolo talmente preciso e puntuale da vincolare in modo anticipato ed unidirezionale il successivo sviluppo dell'azione amministrativa.

Per effetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato il T.a.r. adito si è pronunciato sui soli profili di riconosciuta fondatezza del ricorso nella parte relativa all'omessa attivazione del soccorso istruttorio su profili della lex specialis riscontrati all'evidenza come lacunosi e carenti, ordinando alla stazione appaltante di ammettere la società istante al soccorso istruttorio

pervia integrazione nella disciplina di gara dei moduli risultati mancanti per la comprova dei requisiti dei professionisti.

Dall'accoglimento del ricorso è conseguita la regressione del procedimento ad uno stadio istruttorio in cui non era ancora conclusa la fase della definitiva ammissione dell'impresa alla gara.

Di qui non può pertanto accedersi alla prospettazione di parte ricorrente secondo cui l'attività posta in essere dall'amministrazione in esecuzione del giudicato sarebbe affetta da nullità per violazione ed elusione del dictum giudiziale, dal momento che, come ribadito anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa "solo per un numero infinito di volte" dopo ogni annullamento giurisdizionale è impedito all'amministrazione pubblica di esprimersi in modo analogo su una medesima questione.

2.1 Il principio del cosiddetto one shot c.d. puro, in virtù del quale sarebbe preclusa all'Amministrazione la reiterazione del provvedimento di rigetto a seguito dell'annullamento di un primo provvedimento, è stato di recente introdotto nell'ordinamento solo per l'art. 10 bis della legge n.241/1990 come modificato dal d.l. 76/2020 per cui in caso di annullamento giurisdizionale l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria. L'ambito applicativo di tale istituto tuttavia è limitato ai procedimenti avviati su istanza di parte e non comprende, per espressa esclusione di legge, le procedure in materia concorsuale. Con quest'ultima espressione il legislatore ha inteso fare riferimento a tutte le procedure - quale quella inerente all'affidamento di un pubblico appalto - caratterizzate da una pluralità di istanze e da un concorso delle stesse ai fini del conseguimento della utilità perseguita.

2.2 In ogni caso, anche a voler ritenere applicabile il principio del c.d. one shot puro, la fattispecie in esame esulerebbe dalla preclusione dal momento che i nuovi motivi di esclusione non preesistevano al primo provvedimento impugnato ma sono scaturiti dalla successiva rinnovata istruttoria.

Nella materia in esame trova senza dubbio applicazione il differente principio del c.d. one shot temperato, che “consente all’Amministrazione pubblica che abbia subito l’annullamento di un proprio atto, di rinnovarlo una sola volta e, quindi, di riesaminare l’affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati” (CGA, sent. 597 del 18.05.2022, ma anche Cons. St., sez. II, sent. n. 2378 del 14.04.2020; Cons. St. n. 3480 del 4.05.22).

In sostanza il giudicato di annullamento non preclude in sede di remand all’amministrazione il potere di riesaminare funditus la questione, configurandosi un siffatto effetto preclusivo solo per l’avvenire, ossia per un terza e per le volte successive, onde evitare la reiterazione di decisioni negative a cascata sulla base di ragioni ostative che potevano essere opposte sin dal primo riesame.

Si attribuiscono quindi all’Amministrazione due chances decisionali, all’esito delle quali essa esaurisce il proprio potere di rinnovazione, alla condizione che i giudicati annullatori (quello afferente all’atto iniziale e quello afferente all’atto successivo) non riguardino vizi meramente procedurali, bensì il merito della vicenda (così Cons. St. 29.01.2015 n.439). La ratio sottesa a tale principio è nel trovare un “punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi”.

L’esigenza di garantire il principio di tendenziale non esauribilità del potere amministrativo viene ad essere compensata dalla necessità di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale del privato che non può trovarsi artatamente costretto a proporre una pluralità di ricorsi successivi avverso un’attività ripetitivamente reiterativa di provvedimenti negativi su ragioni non contestate tempestivamente.

Pertanto in seguito all’annullamento giurisdizionale è dovere della pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l’affare nella sua interezza,

sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva determinazione.

In tal caso, l'attività amministrativa coperta dal giudicato deve uniformarsi alle regole giudiziali, con competenza del giudice dell'ottemperanza; quella lasciata libera deve uniformarsi, in ossequio al principio di legalità, alle regole di diritto di disciplina dell'attività stessa, con competenza del giudice della cognizione. Si realizza, dunque, una concorrenza di regole legali e giudiziali ed una possibile concorrenza di processi.

3. Da quanto esposto consegue che, nella specie, avendo l'amministrazione reiterato il provvedimento di esclusione sulla base di motivi nuovi e diversi da quelli opposti originariamente, i motivi di legittimità posti a base del presente gravame sono suscettibili di sindacato in sede di impugnazione con rito ordinario ed esulano dal giudizio di ottemperanza.

Stante la conversione del presente giudizio di ottemperanza in rito ordinario, ritiene il Collegio che sia fondata e meriti accoglimento l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività.

Il provvedimento di esclusione oggetto di contestazione è stato adottato dal Seggio di gara presieduto dal R.u.p. nella seduta del 13 aprile 2022, come da relativo verbale allegato in atti, e la stazione appaltante con atto inoltrato via pec del 26.04.2022 ha comunicato alla ricorrente il provvedimento di esclusione facendo presente che sulla piattaforma tuttogare, alla sezione allegati, era stato pubblicato il verbale di gara relativo al soccorso istruttorio.

Sotto il profilo della definitività dell'atto impugnato, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, va rilevato che ai sensi del punto 9.1. del disciplinare la competenza alla verifica della documentazione amministrativa è rimessa al Seggio di gara che vi provvede prima della eventuale esclusione. Al riguardo, fermo restando che il disciplinare, nel riferirsi alle esclusioni, si limita a fare un generico richiamo alla stazione appaltante, occorre tener conto che, secondo il punto 5.2 delle Linee Guida Anac n. 3 (approvate ex art. 31 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 ed aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11

ottobre 2017), il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal Rup, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante. In ogni caso il Rup esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate.

Pertanto, ai sensi delle citate Linee Guida n. 3 cit. resta riservata alla discrezionale valutazione organizzativa delle singole stazioni appaltanti la scelta se demandare il controllo della documentazione amministrativa al Rup, ad un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell'organico, ad un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, ed in ogni caso, sia quando il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal Rup sia quando è svolto da un seggio di gara istituito ad hoc oppure da un apposito ufficio/servizio, il Rup è comunque chiamato ad esercitare una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e ad adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate.

3.1 Tanto premesso, nella specie, la circostanza che il Seggio di gara che ha proceduto in sede di soccorso istruttorio alla verifica della documentazione amministrativa sia stato comunque presieduto dal soggetto individuato quale Rup, consente quindi di ricondurre la determinazione escludente al verbale oggetto di gravame escludendone la natura endoprocedimentale e la necessità di sua formalizzazione nel contesto di un provvedimento formale in quanto non rimesso alla competenza di un soggetto terzo rispetto allo stesso Seggio di gara.

Da tanto consegue pertanto l'irricevibilità del ricorso in quanto notificato solo in data 9.06.2022 ossia quando era inutilmente decorso il termine dimidiato di trenta giorni di cui artt. 41 comma 2 e 119 comma 2 c.p.a

dalla data del 26 .04.2022 di inoltro della pec contenente il provvedimento di esclusione.

Va quindi dichiarata l'irricevibilità del ricorso con compensazione delle spese di rito in ragione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Ballorani, Consigliere

L'ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL PRESIDENTE
Paolo Passoni

IL SEGRETARIO