



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 434 del 2009, proposto da:

Dinamic S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Fantusati, presso il quale è elettivamente domiciliata in Perugia, viale Centova, 6;

contro

Regione Umbria, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paola Manuali e Casimiro Iannotti, con i quali è elettivamente domiciliata in Perugia, corso Vannucci, 30;

nei confronti di

A.T.I. Tecnostrade S.r.l. - Ediltevere S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, , rappresentata e difesa dall'avv. Lietta Calzoni, presso la quale è elettivamente domiciliata in Perugia, via Bonazzi, 9;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale del Servizio provveditorato, gare e contratti della Regione Umbria n.6517 del 7 luglio 2009.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Umbria e dell'A.T.I. Tecnostrade S.r.l. - Ediltevere S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2012 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, già costituita in A.T.I. con Rotopi S.r.l., premette di avere partecipato alla gara indetta in data 22 settembre 2006 dalla Regione Umbria per l'appalto dei lavori di consolidamento della rupe di Massa Martana e di essere risultata terza graduata, preceduta dall'A.T.I. Tecnostrade-Ediltevere (prima) e dall'A.T.I. Trevi-Edilmassa (seconda).

Esponde che con la sentenza 31 gennaio 2008, n. 41 di questo Tribunale Amministrativo, in accoglimento del

ricorso dell'A.T.I. Trevi-Edilmassa, è stata accertata l'illegittimità dell'ammissione alla gara di Tecnostrade-Ediltevere per difetto di qualificazione; con successiva sentenza 9 maggio 2008, n. 153, sempre di questo Tribunale Amministrativo, in accoglimento del ricorso proposto dall'A.T.I. Dinamic-Rotopi, è stata accertata l'illegittimità dell'attribuzione di dieci punti per l'elemento "E" (proposta economica per due anni di manutenzione della realizzanda opera) in favore delle imprese classificate al primo ed al secondo posto, e conseguentemente riconosciuta come offerta economicamente più vantaggiosa quella dell'A.T.I. Dinamic.

Successivamente, con sentenza 23 marzo 2009, n. 1755, il Cons. Stato, Sez. V, ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado di Trevi-Edilmassa, in quanto la stessa era incorsa, in sede di presentazione della propria offerta, in un'irregolarità fiscale, che ne imponeva *ex lege* l'esclusione dalla gara; ha altresì riformato la sentenza n. 153/2008 del T.A.R. Umbria assumendo la piena legittimità dei dieci punti (cui si è fatto prima cenno) assegnati alla Tecnostrade-Ediltevere.

Dopo la pubblicazione della sentenza di secondo grado la Regione dell'Umbria ha serbato un lungo silenzio, senza provvedere nel merito; con la diffida dell'aprile/maggio 2009 l'esponente ha invitato l'Amministrazione regionale a considerare, in sede di riesame della pratica, nonostante la sentenza di secondo grado, che ha ritenuto inammissibile l'appello di Trevi-Edilmassa, la sentenza di primo grado n. 153/2008, oltre che il procedimento penale che vede coinvolti il legale rappresentante di Tecnostrade ed il presidente della Commissione giudicatrice della gara, proprio per l'appalto dei lavori di consolidamento della rupe di Massa Martana, disponendo per l'effetto l'esclusione di Tecnostrade-Ediltevere dalla gara.

Con la gravata determinazione dirigenziale n. 6517 in data 7 luglio 2009 la Regione, previa acquisizione di un parere legale, ha disatteso la richiesta di Dinamic, manifestando la volontà di confermare la propria precedente attività.

Avverso il predetto provvedimento deduce il seguente, articolato, motivo di diritto :

A) Circa i provvedimenti da assumere per effetto dei rilievi operati dal T.A.R. Umbria con la sentenza n. 41/08.

Dal provvedimento impugnato emerge l'illogicità della decisione di confermare tutta l'attività posta in essere dall'Amministrazione regionale, ed in particolare l'aggiudicazione in favore di Tecnostrade-Ediltevere, in asserita adesione al parere legale acquisito in data 2 luglio 2009. Ed invero il parere non indica una sola via percorribile da parte della Regione (conferma dell'aggiudicazione dell'attuale prima in graduatoria, a prescindere da quanto rilevato dalla sentenza n. 41/2008, annullata dal Consiglio di Stato per motivi di ordine processuale), avendo anche prospettato la possibilità, ove risulti pacifico il difetto di qualificazione dell'A.T.I. Tecnostrade-Ediltevere, di adottare un motivato provvedimento in autotutela di annullamento dell'aggiudicazione. La statuizione del giudice di primo grado, in ordine all'inesistenza, in capo alla mandante Ediltevere, del requisito di qualificazione per eseguire il 50% dei lavori previsti dal bando, non è stata oggetto di specifica valutazione da parte del giudice di appello, e dunque imponeva all'Amministrazione un'attenta valutazione.

B) Con riguardo all'aspetto penale della vicenda, risulta dalle intercettazioni che, a termine scaduto per la presentazione delle offerte (29 novembre 2006), il progettista ed il legale rappresentante di Tecnostrade sottolineano l'esigenza di "rivedere" il progetto iniziale, in quanto molto carente; successivamente l'A.T.I. si aggiudica l'appalto, benché il ribasso d'asta sia inferiore a quello offerto dalle altre imprese concorrenti. Il legale rappresentante di Tecnostrade e la presidente della Commissione giudicatrice, in ragione dei gravi indizi di collusione, sono stati rinviati a giudizio per il delitto di cui all'art. 353 del c.p. (turbata libertà degli incanti).

Tutto ciò, anche alla stregua del parere legale, avrebbe imposto l'adozione di un provvedimento in autotutela.

Emerge dunque che l'atto impugnato è illegittimo per illogicità, perplessità, contraddittorietà manifesta, erronea presupposizione, travisamento di quanto indicato dal parere legale come percorsi possibili, per difetto di

motivazione, per avere assunto in considerazione solamente ciò che l'Amministrazione ha voluto.

C) Quanto al rischio di un ricorso giurisdizionale dell'attuale aggiudicataria, prospettato dal parere legale, occorre ribadire che sarebbe stato sufficiente, da parte della Regione, evidenziare i gravi indizi di collusione, l'indiscussa familiarità ed amicizia tra il presidente della Commissione ed il legale rappresentante di Tecnostrade ed il suo tecnico progettista, i continui contatti tra questi, se non altro durante il periodo di valutazione del progetto e delle offerte.

Si sono costituite in giudizio la Regione Umbria e l'A.T.I. Tecnostrade-Ediltevere eccependo l'irricevibilità/inammissibilità del primo motivo, e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

Con ordinanza 20 dicembre 2009, n. 155 la domanda cautelare è stata respinta.

All'udienza del 20 giugno 2012, dopo ulteriore produzione documentale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Per chiarezza di esposizione i motivi dedotti nel ricorso, benché costituenti profili complementari di un'unica censura, con cui si deducono una pluralità di figure sintomatiche dell'eccesso di potere nei confronti della determina dirigenziale n. 6517 del 7 luglio 2009, di sostanziale conferma dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto di lavori in favore dell'A.T.I. Tecnostrade-Ediltevere, di cui alla determinazione n. 9787 del 24 ottobre 2007, possono essere trattati separatamente.

Viene dunque anzitutto in esame la doglianza con cui si lamenta, in sintesi, l'elusione dell'accertamento contenuto nella sentenza 31 gennaio 2008, n. 41 di questo Tribunale Amministrativo, in difformità di quanto rappresentato nel parere legale richiesto dalla Regione e reso dall'avv. Cancrini in data 2 luglio 2009, cui, pure, la determina in questa sede impugnata afferma di volersi adeguare, e che, argomentatamente, ha lasciato aperta alla Regione tanto l'opzione della conferma, quanto quella dell'annullamento dell'aggiudicazione, a seguito della vicenda processuale conclusasi con il giudicato di cui alla sentenza 23 marzo 2009, n. 1755 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

La Dinamic, in particolare, sottolinea che la sentenza n. 41/2008 del T.A.R. Umbria aveva accertato che la mandante Ediltevere del raggruppamento risultato aggiudicatario difettesse dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis* (categoria prevalente OS 21), e che il parere legale informatore del provvedimento gravato consentiva (alla stregua, appunto, di possibile opzione) all'Amministrazione di valorizzare tale aspetto, annullando in autotutela l'aggiudicazione.

La doglianza, pur se ammissibile, in quanto rivolta nei confronti del provvedimento di conferma propria, con conseguente inconfigurabilità di una preclusione da giudicato, e tanto meno da consolidamento del precedente provvedimento di aggiudicazione definitiva, non merita comunque condivisione.

Ed infatti legittimamente la determina dirigenziale adottata sull'atto di significazione e diffida della ricorrente, richiamando il parere dell'avv. Cancrini, rileva che non esiste un obbligo, per la Stazione appaltante, di conformarsi alla sentenza n. 41/2008 di questo Tribunale Amministrativo (che ha accertato il difetto dei requisiti di qualificazione dell'A.T.I. Tecnostrade, ed in particolare della mandante Ediltevere), essendo la medesima stata riformata in sede di appello con declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto paralizzato dal ricorso incidentale, e non evidenziandosi, al contempo, un interesse pubblico, che possa sorreggere il provvedimento demolitorio; né, del resto, risulta pacifico il *dictum* del giudice di prime cure, ed, al contrario, è ravvisabile una posizione tutelata dell'aggiudicatario.

Ricapitolando, la sentenza del Cons. Stato, Sez. V, n. 1755/2009, accogliendo l'appello di Tecnostrade, in riforma della sentenza n. 41/2008 di questo Tribunale Amministrativo, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale (dell'A.T.I. Trevi) in relazione al motivo diretto all'annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità

dell'ammissione alla gara di Tecnostrade.

La riforma in appello della sentenza di primo grado comporta, come effetto espansivo interno, che sono travolti anche i capi della sentenza che presuppongono quello riformato, e che non possono conservare un'efficacia autonoma; conseguentemente, l'aver riconosciuto, nel caso di specie, la fondatezza del ricorso incidentale di Tecnostrade, allegante la posizione di irregolarità fiscale dell'A.T.I. Trevi, che doveva dunque essere esclusa dalla gara, ha precluso, per carenza di interesse, lo scrutinio del ricorso principale (incentrato sul profilo, accolto in primo grado, del difetto del requisito di qualificazione di Ediltevere).

In questa prospettiva, dunque, non è ravvisabile un'illogicità della determinazione in questa sede gravata, e neppure un travisamento del parere legale che ne è a fondamento, il quale, pur avendo prospettato la percorribilità di entrambe le strade (quella della conferma dell'aggiudicazione, e quella dell'annullamento dell'aggiudicazione), propende, come meglio è evincibile nelle conclusioni, per una soluzione prudente, non demolitoria, in ragione non solo dell'urgenza di realizzazione dell'opera, ma anche del fatto che l'attuale aggiudicataria potrebbe invocare una tutela risarcitoria in caso di annullamento della propria aggiudicazione, esponendo l'Amministrazione anche al rischio di un esborso di denaro pubblico. D'altro canto, precisa il parere, a pagina 7, che non vi è alcuna sentenza che precluda alla Stazione appaltante l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. Tecnostrade, «né un interesse pubblico, diverso dal mero ripristino di una presunta legalità violata, che possa sorreggere un provvedimento demolitorio».

Un'ultima considerazione si impone in relazione all'allegazione di parte ricorrente che sottolinea come la peculiarità, anche processuale, della vicenda richiedeva un riesame della questione, stigmatizzando l'operato dell'Amministrazione, a suo avviso omissivo. E' bene ricordare, per obiettività, come, secondo costante giurisprudenza, non sussiste l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere in autotutela su di un proprio provvedimento divenuto inoppugnabile (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1178); conseguentemente, l'Amministrazione regionale, a fronte dell'istanza di riesame della ricorrente, avrebbe potuto non dare seguito alla diffida, od anche adottare un atto meramente confermativo, in quanto tale non impugnabile in sede giurisdizionale perché privo di valenza costitutiva. Al contrario, la Regione, per un'esigenza di trasparenza, e dunque opportunamente, ha adottato un provvedimento di conferma propria, all'esito di un accurato riesame della fattispecie, avvalendosi anche del supporto di un parere legale.

2. - Con il secondo ed il terzo sub-motivo, contenutisticamente connessi, si deduce l'illegittimità della delibera gravata che, nel confermare la precedente aggiudicazione, non avrebbe tenuto in adeguata considerazione il procedimento penale pendente nel quale sono indagati (per il reato di turbata libertà degli incanti) il legale rappresentante (all'epoca dei fatti) della Tecnostrade S.r.l. ed il presidente della Commissione giudicatrice. In particolare dalle intercettazioni risulterebbero gravi indizi di collusione tra i due, di per sé ostativi alla proposizione di una domanda risarcitoria da parte dell'aggiudicataria, in caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione stessa.

Anche tali motivi non appaiono meritevoli di positiva valutazione.

La pendenza di un procedimento penale (a prescindere dalla considerazione che, nella vicenda in esame, è documentato in atti che il Tribunale di Perugia, con ordinanza 2 febbraio 2012, ha dichiarato la inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni) riguardante profili di irregolarità della gara può rilevare, come implicitamente evidenziato nel parere dell'avv. Cancrini, ai fini dell'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione; ciò comporta che anche un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione deve essere adeguatamente motivato, comparando l'attualità dell'interesse pubblico sotteso con l'affidamento ingenerato dal provvedimento che si intende rimuovere.

Il provvedimento, a questo riguardo, seppure sinteticamente, evidenzia l'insussistenza dell'obbligo di annullare

l'aggiudicazione disposta; anche questa è statuizione legittima, seppure nel merito (sottratto al sindacato giurisdizionale) opinabile (nel senso che la pendenza di un procedimento penale può bene determinare anche la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto per motivi di inopportunità sopravvenuta, e non già di legittimità : cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 14 maggio 2012, n. 975).

Si tratta comunque di decisioni di merito, rimesse alla responsabilità dell'Amministrazione, alla quale si impone una valutazione complessiva dell'assetto degli interessi in giuoco.

Si intende, di conseguenza, come anche l'argomento della pendenza di un procedimento penale, ad oggi, per quanto evincibile dagli scritti difensivi, in fase dibattimentale di primo grado, non può costituire sicuro motivo idoneo a disattendere un'eventuale domanda risarcitoria dell'impresa aggiudicataria. E' evidente l'intrinseca debolezza di tale argomento difensivo, potendo il procedimento penale, di principio, ostacolare la pretesa risarcitoria solamente una volta accertata la penale responsabilità degli imputati.

3. - In conclusione, il ricorso deve essere respinto, in quanto infondato.

Si ravvisano tuttavia ragioni tali da giustificare la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Luigi Cardoni, Presidente FF

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/09/2012

IL SEGRETARIO

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