



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1347 del 2013, proposto da:

Cappelletti S.r.l. unipersonale, rappresentata e difesa dall'avv. Roberta de Pretis, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Acquarone nel suo studio in Genova, via Corsica, 21/18;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

Picalarga S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria dell'Associazione temporanea costituita con Iciet Engineering S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia e Andrea Barra, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Barra nel suo studio in Genova, via Macaggi, 21;

Habitat Italiana S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'ottemperanza

alla sentenza del T.A.R. Liguria n. 1242 del 2013 e per la conseguente dichiarazione di inefficacia:

- del decreto del Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici della Liguria del 11 novembre 2013, n. 50, comunicato alla ricorrente il 12 novembre 2013, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore dell'a.t.i. fra le imprese Picalarga S.r.l. e Iciet Engineering S.r.l. della gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori per la nuova sede della Biblioteca universitaria di Genova presso l'Hotel Colombia – via Balbi (lavori di completamento e allestimento – 1° stralcio funzionale);

- del verbale della seduta di gara del 6 novembre 2013, con il quale è stata formata la graduatoria che vede al primo posto l'offerta dell'a.t.i. fra le imprese Picalarga S.r.l. e Iciet Engineering S.r.l.;

- per quanto necessario, del decreto del Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici della Liguria del 6 novembre 2013, n. 49, non comunicato alla ricorrente, con cui è stata convocata, per il medesimo 6 novembre 2013, la Commissione di gara per rinnovare la valutazione delle offerte tecniche;

- di ogni altro atto ai precedenti connesso, presupposto o consequenziale,

nonché per la rinnovazione delle fasi di gara annullate, se del caso prescrivendo le modalità di esecuzione, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali e di Picalarga S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2014 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Con sentenza della Sezione n. 1242 del 18 ottobre 2013, non impugnata, era stato accolto il ricorso (r.g. n. 590 del 2013) proposto da Cappelletti S.r.l. avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura aperta, indetta dalla Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Liguria, per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori per la nuova sede della Biblioteca universitaria di Genova.

La sentenza ha accertato la fondatezza della censura concernente il vizio di carenza di motivazione, atteso che la mera attribuzione di punteggi numerici alle offerte tecniche non consentiva, a fronte della genericità dei criteri valutativi previsti dalla legge di gara, di comprendere le ragioni delle scelte compiute dalla Commissione giudicatrice.

Sono state disattese, invece, tutte le altre censure di parte ricorrente, comprese quelle di carattere sostanziale inerenti al merito dei giudizi formulati dalla Commissione.

In conseguenza, sono state respinte le domande di aggiudicazione dell'appalto e di risarcimento dei danni ed è stata disposta la caducazione degli atti di gara, "a partire dall'avvio delle operazioni valutative della Commissione fino all'aggiudicazione definitiva dell'appalto", stabilendo che le operazioni di gara avrebbero dovuto "essere rinnovate ai fini di una nuova attività valutativa".

2) Con atto del 6 novembre 2013, la stazione appaltante ha disposto la riconvocazione della Commissione giudicatrice, al dichiarato fine di ottemperare alla citata sentenza.

La Commissione si è riunita il giorno stesso ed ha proceduto al riesame delle offerte tecniche delle imprese concorrenti.

All'esito della valutazione, ha attribuito i medesimi punteggi che erano stati assegnati nell'ambito della procedura incisa dal provvedimento giurisdizionale, evidenziando per ciascuna offerta gli elementi considerati migliorativi ai fini dell'attribuzione del punteggio.

L'esito della gara, in conseguenza, è rimasto invariato: la ricorrente si è classificata al terzo posto (con 87,659 punti complessivi), preceduta da Habitat Italiana S.r.l. (punti 87,715) e dal raggruppamento costituito da Picalarga S.r.l. e Iciet Engineering S.r.l. (punti 88,871).

Con provvedimento del 11 novembre 2013, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto al raggruppamento "Picalarga".

3) Cappelletti S.r.l., quindi, ha proposto ricorso *ex art.* 112, comma 2, lett. b), cod. proc. amm., per l'ottemperanza della citata sentenza n. 1242/2013.

Lamentando il carattere elusivo delle operazioni compiute dall'amministrazione, la ricorrente chiede che, previa declaratoria di inefficacia degli atti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione dell'appalto, venga ordinata la rinnovazione delle fasi di gara già travolte dalla prima sentenza, con indicazione delle modalità di attuazione e con

la nomina di una nuova commissione o di un commissario *ad acta*.

Chiede, inoltre, che l'amministrazione venga condannata al pagamento di una penalità di mora nel caso di ulteriore inadempimento e al risarcimento dei danni cagionati dalla mancata aggiudicazione dell'appalto.

In via subordinata, per il caso in cui l'azione proposta con il ricorso debba essere qualificata di cognizione, anziché di ottemperanza, chiede che sia disposta la conversione del rito – ai sensi dell'art. 32, comma 2, cod. proc. amm. – e che venga annullata la nuova aggiudicazione dell'appalto.

Accedono alla domanda di annullamento proposta in via subordinata, un'istanza risarcitoria e un'istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

A sostegno delle domande come sopra proposte, parte ricorrente deduce, nel contesto di due motivi di gravame, censure di legittimità concernenti il merito della valutazione delle offerte, la carenza di motivazione, l'elusione della precedente sentenza e la violazione delle garanzie del contraddittorio nell'ambito del procedimento di gara.

4) Si è costituita in giudizio Picalarga S.r.l., capogruppo del raggruppamento aggiudicatario, eccependo l'inammissibilità del ricorso per ottemperanza e, comunque, l'infondatezza delle censure proposte dalla controparte.

Si è anche costituita l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova, in rappresentanza dell'intimato Ministero per i beni e le attività culturali, brevemente argomentando nel senso dell'infondatezza del ricorso.

Ha replicato parte ricorrente con memoria depositata il 7 febbraio 2014.

Il ricorso, infine, è stato chiamato all'udienza camerale del 19 febbraio 2014 e ritenuto in decisione.

5) Occorre soffermarsi, in via preliminare, sulla questione inerente all'ammissibilità del cumulo di azioni (di ottemperanza e impugnatoria) proposte con il ricorso introduttivo.

Parte ricorrente, infatti, agisce dichiaratamente per l'ottemperanza alla sentenza di annullamento del precedente provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto e delle operazioni di gara, lamentando il carattere elusivo degli atti successivamente posti in essere dalla stazione appaltante; in via subordinata, propone domanda di annullamento di questi ultimi atti e deduce specifiche censure intese a dimostrare l'illegittimità.

La questione concernente i possibili esiti del cumulo delle due azioni è stata esaminata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2 del 2013, nella quale si è precisato che "al fine di consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato", può ammettersi che "le doglianze relative vengano dedotte davanti al giudice dell'ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto, quale è la nullità. Naturalmente questi, in presenza di una tale opzione processuale, è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorii. Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, dichiarandone così la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità, il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione".

Applicando tali principi al caso in esame, deve quindi affermarsi, in presenza di doglianze propriamente intese a denunciare l'elusione della precedente sentenza resa fra le parti, l'ammissibilità del ricorso per ottemperanza.

6) Occorre verificare, perciò, se gli atti posti in essere dall'amministrazione successivamente alla sentenza da ottemperare siano in contrasto o risultino sostanzialmente intesi ad eludere il contenuto conformante della

medesima pronuncia giurisdizionale.

In tal senso, occorre tener conto dei principi elaborati da un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui “per ravvisare il vizio di violazione o elusione del giudicato non è sufficiente che la nuova attività posta in essere dall'amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronuncia passata in giudicato, essendo necessario che l'amministrazione eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo, oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che lo giustificano (Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037).

Nel caso in esame, la condotta dell'amministrazione non rivela alcun elemento elusivo (o, tantomeno, atto ad integrare la violazione) della precedente sentenza.

7) Come già precisato, infatti, la statuizione di annullamento degli atti di gara si fondava sull'accoglimento della censura inerente al difetto di motivazione delle valutazioni della Commissione giudicatrice, comportando il consequenziale onere di rinnovazione delle relative operazioni.

L'amministrazione ha puntualmente conformato la propria azione al *dictum* giurisdizionale, attraverso la pronta riconvocazione della Commissione giudicatrice che, come emergente dal verbale del 6 novembre 2013, ha riesaminato analiticamente le singole offerte tecniche e indicato per ciascuna di esse gli elementi “migliorativi” valorizzati ai fini dell'attribuzione del punteggio.

A prescindere da ogni considerazione riferita al merito delle scelte così compiute, la chiara indicazione degli arredi o soluzioni progettuali ritenuti di maggior pregio vale ad integrare l'onere motivazionale precedentemente non assolto.

La Commissione, quindi, ha adeguatamente ottemperato alla prescrizione esplicitata con la motivazione della sentenza.

8) La contraria tesi sostenuta da parte ricorrente lamenta che l'amministrazione, anziché procedere alla reale rinnovazione delle operazioni valutative, si sarebbe limitata a costruire una motivazione postuma allo scopo di sanare scelte viziate *ab origine* sotto il profilo dell'illogicità.

Tale assunto troverebbe conferma nella brevità del tempo dedicato al riesame delle offerte e nella perfetta identità dei punteggi (ri)assegnati loro.

La tesi non è persuasiva.

La Commissione, infatti, ha esaurito in unica seduta la valutazione delle sei offerte in gara, dedicandovi complessivamente 4 ore e 35 minuti (dalle 14.15 alle 18.50 del 6 novembre 2013): tenendo conto dei tempi occorrenti per il calcolo dei coefficienti e la redazione della graduatoria, residua un tempo di circa 40 minuti per ciascuna offerta che, trattandosi di documenti già conosciuti in dettaglio da tutti i membri della Commissione, appaiono senz'altro sufficienti a consentire un riesame non superficiale nonché una ponderata esplicitazione delle scelte compiute.

Per quanto concerne l'identità dei punteggi, si tratta di normale conseguenza dell'invarianza dei membri della Commissione ai quali non era stato imposto, con la sentenza da ottemperare, alcun vincolo inerente al merito delle valutazioni discrezionali.

Gli elementi evidenziati da parte ricorrente, in definitiva, non appaiono sintomatici di alcun intento elusivo.

9) Deve concludersi, pertanto, nel senso dell'infondatezza del ricorso per ottemperanza, avendo l'amministrazione correttamente provveduto alla riedizione delle fasi di gara travolte dalla precedente sentenza e sufficientemente esplicitato le ragioni delle scelte compiute.

Occorre disporre, altresì, il mutamento del rito – ai sensi dell'art. 32, comma 2, cod. proc. amm. – per l'esame nel merito, secondo il rito ordinario, delle censure proposte avverso la nuova aggiudicazione definitiva della gara d'appalto, con la contestuale fissazione della camera di consiglio per lo scrutinio dell'istanza cautelare incidentalmente proposta con il ricorso.

Si avvertono fin d'ora le parti che, in considerazione del tempo già trascorso e per evitare inutili dilazioni, sarà valutata la possibilità di definire il giudizio all'esito dell'udienza cautelare predetta, con sentenza in forma semplificata.

10) La decisione sulle spese può essere rimandata alla sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinge l'azione di ottemperanza.

Dispone la prosecuzione della causa con il rito ordinario.

Fissa l'udienza camerale del 17 aprile 2014 per l'esame dell'istanza cautelare.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Paolo Peruggia, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2014

IL SEGRETARIO

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