

Pubblicato il 03/08/2021

**N. 05428/2021 REG.PROV.COLL.**

**N. 00816/2021 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 816 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da Aqua Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Maria D'Angiolella e Guido Acquaviva Coppola, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Maria D'Angiolella in Napoli, via Gramsci n. 16.

***contro***

Comune di Rocchetta e Croce, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio eletto presso lo studio Erik Furno in Napoli, via Cesario Console n. 3;

Commissione di Gara, Asmel Consortile non costituiti in giudizio.

***per l'annullamento***

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti presentati da Aqua Italia S.r.l. il 2/3/2021:

a) della determinazione del responsabile dell'UTC del Comune di Rocchetta e Croce (CE) geom. Raffaele Della Gatta n.1 del 26.01.2021 reg.gen. n. 12 del 26.01.2021 notificata a mezzo pec in data 27.01.2021 con cui l'amministrazione non procedeva all'aggiudicazione della gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di "adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo" in quanto "...le offerte presentate dagli operatori economici partecipanti non sono ammissibili e, comunque risultano non convenienti od idonee in relazione all'oggetto del contratto; b) della determinazione del responsabile dell'UTC del Comune di Rocchetta e Croce (CE) geom. Raffaele Della Gatta n. 1 del 26.01.2021, reg.gen. n. 12 del 26.01.2021 notificata a mezzo pec in data 27.01.2021 nella parte in cui l'amministrazione ha deciso di "... annullare e revocare, come in effetti revoca, in autotutela, la determinazione a contrarre n. 36 del 24.08.2020 -RG n. 92/2020- e di tutti gli atti conseguenti e posti in essere"; c) per quanto occorra della determinazione del responsabile dell'UTC geom. Raffaele Della Gatta n. 92 del 24.08.2020 di indizione della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo" richiamata nel provvedimento sub a).

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Aqua Italia S.r.l. il 12/5/2021:

a) della Determinazione del Responsabile dell'U.T.C. del Comune di Rocchetta e Croce (CE) Geom. Raffaele Della Gatta n. 1 del 26.01.2021, Reg. Gen. N. 12 del 26.01.2021 notificata a mezzo pec in data 27.01.2021 con cui l'Amministrazione non procedeva all'aggiudicazione della gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di "adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo" in quanto "[...] le offerte presentate dagli operatori economici partecipanti non sono ammissibili e, comunque, risultano non convenienti od idonee in relazione all'oggetto del contratto"; b) della Determinazione del Responsabile dell'U.T.C. del Comune di Rocchetta e Croce (CE) Geom. Raffaele Della Gatta n. 1 del 26.01.2021, Reg. Gen. N. 12 del 26.01.2021 notificata a mezzo pec in data 27.01.2021 nella parte in cui l'Amministrazione ha deciso di "[...] annullare e revocare, come in effetti revoca, in autotutela, la determinazione a contrarre n. 36 del 24.08.2020 – R.G. n. 92/2020 – e di tutti gli atti conseguenti e posti in essere"; c) per quanto occorra, della Determinazione del Responsabile dell'UTC, Geom. Raffaele Della Gatta n. 92 del 24.08.2020 di indizione della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo", richiamata nel provvedimento sub a); d) per quanto occorra, della Determinazione del Responsabile dell'UTC, Geom. Raffaele Della Gatta n. 45 del 14.10.2020 – Reg. Gen. N. 123/2020 di nomina della Commissione Giudicatrice, ", richiamata nel provvedimento sub a); e) per quanto occorra, dei verbali di gara n. 1 del 05.11.2020, n. 2 del 12.11.2020, n. 3 del 26.11.2020, n. 4 del 17.12.2020, n. 5 del 18.12.2020, richiamati nel provvedimento sub a); f) per quanto occorra, del verbale di gara n. 6 del 23.12.2020 con cui la Commissione giudicatrice proponeva per l'aggiudicazione dell'appalto di che trattasi la società AQUA Italia srl; g) per quanto occorra, del bando di gara; h) per quanto occorra del Disciplinare di gara; i) per quanto occorra del Capitolato Tecnico; l) di tutti gli atti preparatori, presupposti, connessi e consequenziali, eventualmente esistenti, non conosciuti dalla ricorrente, se ed in quanto lesivi per i suoi interessi; m) per l'accertamento del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara de qua e per il risarcimento in forma specifica del danno causato alla ricorrente; in subordine, per il risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati; n) per la declaratoria di illegittimità degli eventuali atti relativi alla nuova gara indetta dal Comune di Rocchetta e Croce (CE) mai comunicati né notificati.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Aqua Italia S.r.l. il 12/5/2021: a) della Determinazione del Responsabile dell'U.T.C. del Comune di Rocchetta e Croce (CE) Geom. Raffaele Della Gatta n. 11 del 20.04.2021, Reg. Gen. N. 57 del 20.04.2021 notificata a mezzo pec in pari data con cui l'Amministrazione confermava la non aggiudicazione della gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di "adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo" in quanto "[...] le offerte presentate dagli operatori economici partecipanti non sono ammissibili e, comunque, risultano non convenienti od idonee in relazione all'oggetto del contratto"; b) della Determinazione del Responsabile dell'U.T.C. del Comune di Rocchetta e Croce (CE) n. 8 del 23.03.2021, Reg. Gen. N. 46 del 23.03.2021 mai notificata con cui l'Amministrazione determinava di indire una gara d'appalto per la realizzazione dei lavori di adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo (tesa alla messa in sicurezza idrogeologico del territorio comunale), da aggiudicare mediante Procedura APERTA, con il criterio OEPV (art. 95 comma 2 del D.Lgs.n.50/2016)", e di provvedere a tutti gli atti consequenziali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rocchetta e Croce;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 23 giugno 2021 svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020 e al D.P.C.S. del 28.12.2020, il dott. Maurizio Santise e uditi i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del T.a.r., la società ricorrente ha esposto quanto segue:

- a) Con bando di gara pubblicato in data 24.08.2020 il Comune di Rocchetta e Croce (CE) indiceva una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori di "adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo (tesa alla messa in sicurezza idrogeologico del territorio comunale)", per un importo a base d'asta pari ad Euro 657.734,99 oltre oneri, da affidarsi secondo il criterio di cui all'art. 95 comma 2 del d.lgs. 50/16;
- b) A seguito dell'espletamento della procedura di gara la società ricorrente si collocava prima in graduatoria con un punteggio complessivo pari a 86,530 e la Commissione Giudicatrice proponeva per l'aggiudicazione la società ricorrente;
- 3) Con Determinazione del Responsabile dell'U.T.C. del Comune di Rocchetta e Croce (CE) n. 1 del 26.01.2021, Reg. Gen. N. 12 del 26.01.2021, l'Amministrazione, tuttavia, non procedeva all'aggiudicazione della gara in favore della società ricorrente e, contestualmente, annullava e revocava la determinazione a contrarre, riservandosi di procedere, con separata determinazione, alla indizione di una nuova procedura.

Con l'odierno ricorso la società ricorrente ha quindi impugnato il predetto provvedimento, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

- I. Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della l. 241/90, violazione e falsa applicazione degli artt. 32 3 33 del d.lgs. 50/16, violazione del giusto procedimento, eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa. Arbitrarietà, difetto di motivazione e di istruttoria, ingiustizia manifesta;
- II. Stessa censura sub i) sotto diverso profilo, difetto di motivazione e di istruttoria, ingiustizia manifesta, contraddittorietà, carenza ed illogicità della motivazione;
- III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 21 octies e 21 nonies della l. 241/90, violazione e falsa applicazione dell'art 21 quinquies della l. 241/90, violazione e falsa applicazione del capo 4 del disciplinare di gara, violazione del giusto procedimento, eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, arbitrarietà, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti ed inesistenza dei presupposti;
- IV. Illegittimità sotto diverso profilo, violazione e falsa applicazione degli artt. 21 octies e 21 nonies della l. 241/90, violazione e falsa applicazione dell'art 21 quinquies della l. 241/90, sviamento di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, arbitrarietà;
- V. Stessa censura sub iv) sotto diverso ed ulteriore profilo, eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, arbitrarietà dell'azione amministrativa, difetto di motivazione. sviamento di potere;
- VI. Stessa censura sub iv) e sub v) sotto diverso ed ulteriore profilo, mancata previsione di un indennizzo/risarcimento.

Il Comune di Rocchetta e Croce si è costituito regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 2 marzo 2021 la società ricorrente ha articolato i seguenti ulteriori motivi di ricorso:

I. Eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa. arbitrarietà dell'azione amministrativa. difetto di motivazione. sviamento di potere;

II. Violazione degli artt. 3 e 97 della costituzione. violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della l. 241/90, violazione e falsa applicazione degli artt. 21 octies e 21 nonies della l. 241/90, violazione e falsa applicazione dell'art 21 quinquies della l. 241/90, violazione e falsa applicazione degli artt. 32 3 33 del d.lgs. 50/16, violazione del giusto procedimento, eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, sviamento di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, arbitrarietà, difetto di motivazione e di istruttoria. Ingiustizia manifesta.

Con ordinanza cautelare n. 561 del 24 marzo 2021 questa Sezione ha accolto la domanda cautelare.

Con motivi aggiunti depositati in data 12 maggio 2021, la società ricorrente ha impugnato la determinazione n. 11 del 20.04.2021 del Comune con cui è stata confermata la non aggiudicazione nei confronti della società ricorrente, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I. Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della l. 241/90 e s.m.i., violazione del giusto procedimento, eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, arbitrarietà, difetto di motivazione e di istruttoria, ingiustizia manifesta;

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 77 e 31 del d.lgs. 50/16, violazione e falsa applicazione del capo 4 e del capo 6.4.2. del disciplinare di gara, violazione del giusto procedimento, eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, arbitrarietà, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti ed inesistenza dei presupposti;

III. Eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa, arbitrarietà dell'azione amministrativa, difetto di motivazione, sviamento di potere;

IV. Nullità dell'art. 10 punto 3 del disciplinare di gara, violazione degli artt. 1229 e 1355 c.c. violazione del giusto procedimento, eccesso di potere, illogicità e perplessità dell'azione amministrativa. Arbitrarietà dell'azione amministrativa.

Con ordinanza cautelare n. 1010 del 2021 questa Sezione ha accolto l'ulteriore domanda cautelare proposta unitamente ai motivi aggiunti.

Alla pubblica udienza del 23 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

Tanto premesso in punto di fatto il ricorso ed i motivi aggiunti sono fondati.

La società ricorrente ha contestato la determinazione del responsabile dell'UTC del Comune di Rocchetta e Croce (CE) n.1 del 26.01.2021, di non procedere all'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente nonostante la Commissione di gara, all'esito della valutazione delle offerte, avesse indicato proprio la ricorrente come la migliore offerente.

La ricorrente, in particolare, contesta la violazione delle regole di partecipazione procedimentale e, segnatamente, l'art. 7 l. n. 241/1990 e, in ogni caso, stigmatizza il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, oltre che la contraddittorietà dello stesso con la valutazione della Commissione aggiudicatrice che non aveva rilevato alcun tipo di ostacolo all'aggiudicazione della gara alla ricorrente.

Questa Sezione, condividendo le censure della ricorrente sotto il profilo del contrasto del difetto di motivazione del provvedimento impugnato, con ordinanza cautelare n. 561 del 2021, ha accolto la

domanda cautelare, “in quanto il provvedimento impugnato non è adeguatamente motivato, anche in relazione alla diversa valutazione espressa in merito dalla Commissione di gara”.

Tale valutazione merita di essere confermata anche in questa sede di merito, con conseguente annullamento dell’atto impugnato, per le considerazioni di seguito esposte.

Non risultano, invece, fondate le censure volte a contestare la violazione delle regole procedurali, perché la scelta di non aggiudicare la gara non rappresenta un provvedimento di autotutela, quindi di secondo grado, ma integra un provvedimento che si pone a valle del procedimento di gara cui la ricorrente ha preso parte formulando la propria offerta.

La stazione appaltante, con provvedimento n. 11 del 2021, ha successivamente confermato la non aggiudicazione della gara in favore della ricorrente per le seguenti ragioni:

- a) Gli interventi di sottofondazione dei gabbioni e i drenaggi e le trincee a tergo dei gabbioni devono essere effettuate in zona sottoposta a vincolo idrogeologico e in zona SIC per il quale è necessario acquisire apposite autorizzazioni, che, allo stato, mancano;
- b) Le lavorazioni relative alle opere stradali ricadono in zona provinciale e richiedono, pertanto, il nulla osta della Provincia.

La società ricorrente, con ricorso per motivi aggiunti, ha contestato anche tale provvedimento, evidenziando che il Disciplinare di gara non vieta l’acquisizione di ulteriori pareri, autorizzazioni o nulla osta, e, pertanto, è illegittimo il provvedimento del RUP, che ha dichiarato gli interventi inammissibili.

Ritiene il Collegio che tale censura sia fondata.

Dalla lettura del bando di gara e in particolare il capo 10, punto 10.3, richiamato nel provvedimento impugnato, la stazione appaltante può non procedere all’aggiudicazione se nessuna delle offerte risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto.

La norma richiama sostanzialmente l’art. 95, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016 che consente alla stazione appaltante di non aggiudicare la gara qualora l’offerta non sia idonea: nel fare ciò però è fondamentale che il provvedimento sia adeguatamente motivato.

Non è in sostanza in discussione il potere dell’amministrazione di decidere di non aggiudicare la gara all’operatore economico indicato dalla Commissione di gara, rientrando nella discrezionalità della amministrazione decidere se l’offerta, nonostante il superamento del vaglio tecnico della Commissione, sia comunque non conveniente o non idonea. Considerato però lo stato di avanzamento della procedura di gara è necessario che la stazione appaltante esponga adeguatamente le ragioni che non consentono di procedere oltre nella gara pubblica.

La stazione appaltante nei due provvedimenti con cui ha deciso di non procedere all’aggiudicazione della gara in favore della ricorrente ha specificato che l’offerta tecnica della ricorrente sarebbe in contrasto con i vincoli presenti nella zona SIC e con il vincolo idrogeologico che caratterizza la zona, oltre che con la circostanza che alcuni interventi relativi alla pavimentazione stradale rientrano nella competenza della Provincia.

Ritiene però il Collegio che tali ragioni non consentano di ritenere l’offerta della ricorrente non idonea ai fini dell’aggiudicazione, né in contrasto con il bando di gara.

Quest’ultimo prevede che gli interventi non devono essere in contrasto con i vincoli presenti nella zona di intervento che rientrano in zona Sic e zona sottoposta a vincolo idrogeologico.

La circostanza che le migliorie proposte richiedano il rilascio di autorizzazioni non vuol dire, però, che le stesse siano in contrasto con i vincoli derivanti dalla zona Sic e con il vincolo idrogeologico, in quanto il contrasto sussiste solo se i citati interventi non siano assentibili, ponendosi gli strumenti autorizzatori come valutazioni amministrative che esprimono la compatibilità degli interventi con gli interessi pubblici protetti.

Nel caso di specie, il Rup nel provvedimento n. 11 del 2021 si è solo limitato ad evidenziare che mancano le autorizzazioni, ma non che non sussistano le condizioni per rilasciarle.

Nella memoria difensiva del 19 maggio 2021, la stazione appaltante ha evidenziato che il provvedimento si giustifica in quanto la stazione appaltante aveva interesse all'esecuzione immediata dei lavori senza necessità di attendere il rilascio, peraltro, aleatorio, di altre autorizzazioni. Per questo motivo il progetto posto a base di gara "era stato calibrato in maniera tale da ottenere tutte le autorizzazioni necessarie, che erano state materialmente rilasciate, mentre si era specificamente stabilito che per alcuni lavori non fossero, appunto, necessari ulteriori autorizzazioni o provvedimenti. Questo perché il finanziamento concesso all'amministrazione precedente è inserito nell'ambito dei progetti cosiddetti di accelerazione della spesa. Tale circostanza è pacifica e non contestata dalle parti".

Di tali motivazioni non vi è però traccia nei provvedimenti impugnati ed esse non possono in via postuma sorreggere gli stessi, in quanto la pratica della motivazione postuma è inammissibile.

Questo T.a.r. ha già chiarito che "l'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto è ammissibile solo se effettuata mediante adozione di un autonomo provvedimento che intervenga all'esito di una rinnovata istruttoria. Deve, viceversa, ritenersi inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi, in quanto la motivazione costituisce contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata" (cfr., T.A.R. per la Campania, sez. V, 7 aprile 2021, n. 2295).

Ben può l'amministrazione decidere, nell'ambito della sua discrezionalità, di non procedere all'aggiudicazione perché ha ritenuto l'offerta non idonea, ma è necessario che l'adozione del relativo provvedimento sia adeguatamente motivata.

Nel caso di specie, invece, i provvedimenti emanati dalla stazione appaltante risultano non adeguatamente motivati e in contrasto con la diversa valutazione espressa dalla Commissione che è l'organo tecnico della procedura.

Va, peraltro, evidenziato che la giurisprudenza amministrativa ha già chiarito che tra i compiti del R.u.p. di una procedura evidenziale, rientra l'esercizio dei poteri di impulso rispetto agli organi della procedura, istruttori e di supporto alla commissione giudicatrice, tra i quali, in particolare, la possibilità di segnalare a quest'ultima ogni profilo delle offerte tecniche ritenuto necessario di approfondimento (e, naturalmente, in quale direzione), preservandone pur sempre le competenze valutative (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 16/02/2021, n.1415).

La valutazione tecnica delle offerte pertiene alla Commissione, che è l'organo tecnico della procedura e, quindi, ogni valutazione contraria del Rup deve, comunque, essere rigorosamente e coerentemente motivata.

Ne consegue che i provvedimenti impugnati sono illegittimi per eccesso di potere e, pertanto, vanno annullati.

Conseguentemente va annullato anche la Determinazione del Responsabile dell'U.T.C. del Comune di Rocchetta e Croce (CE) n. 8 del 23.03.2021, Reg. Gen. n. 46 del 23.03.2021 con cui l'Amministrazione, sul presupposto di non aggiudicare la gara alla ricorrente, ha deciso di indire una gara d'appalto per la

realizzazione dei lavori di adeguamento della rete fognaria e del sistema depurativo (tesa alla messa in sicurezza idrogeologico del territorio comunale).

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il comune di Rocchetta e Croce al pagamento delle spese di lite – che liquida in complessivi € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre accessori e rimborso dei contributi unificati corrisposti - in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 23 giugno e 7 luglio 2021 - svoltesi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020 e al D.P.C.S. del 28.12.2020 - con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Maurizio Santise**

**IL PRESIDENTE**

**Salvatore Veneziano**

IL SEGRETARIO