

N. 00231/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00614/2012 REG.RIC.

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 614 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Consorzio Stabile Pa.Mo.Ter. S.C.A R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Damonte, con  
domicilio eletto presso Roberto Damonte in Genova, via Corsica, n. 10/4;

contro

Comune di Genova in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Paola  
Pessagno e Laura Burlando, con domicilio eletto presso Maria Paola Pessagno in Genova, via Garibaldi  
n.9;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Comunale n.137 del 30.4.2012 che ha fatto proprie le considerazioni  
tecniche della commissione riunitasi il 29.7.2011 ed il 20.12.2011 ed ha revocato la precedente propria  
delibera del 26.6.2002 n. 807 di aggiudicazione alla Pamoter srl della procedura di evidenza pubblica  
per l'individuazione del soggetto concessionario del diritto di superficie (nel sottosuolo) della Piazza  
Ragazzi'99, al fine della realizzazione di parcheggio privato interrato;

degli atti presupposti tra cui i verbali della Commissione giudicatrice riunitasi nelle date del 29.7.2011  
e 20.12.2011;

e (impugnata con motivi aggiunti) dell'ordinanza sindacale n. 285/2011 con cui sono stati individuati i  
componenti della commissione giudicatrice;

nonché per il risarcimento del danno o, in subordine, per la corresponsione di un indennizzo ex art. 21  
quinqies L. 241/90.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Genova in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2013 il dott. Desirèe Zonno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Giova premettere in fatto che il Comune di Genova, in ossequio alla L.R. n. 10/1997 (ormai abrogata), ha approvato, con D.C.C. n. 95 del 13.7.2000 un avviso pubblico di concessione a privati del diritto di superficie del suolo o del sottosuolo di aree pubbliche, al fine della realizzazione di parcheggi privati.

Tra tali aree figurava e figura la piazza Ragazzi del '99, per la concessione del cui diritto di superficie nel sottosuolo, ha presentato domanda la odierna ricorrente (*rectius* la Pamoter srl, cui l'odierno consorzio è subentrato).

V'è da precisare che la procedura ad evidenza pubblica contemplava la presentazione ed il vaglio, da parte della commissione, dei progetti di parcheggio (secondo un sistema assimilabile a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa), sicché l'aggiudicazione sarebbe avvenuta – per dirla in modo estremamente sintetico- sulla scorta della migliore idoneità tecnica del progetto presentato.

La Pamoter srl è risultata aggiudicataria sulla base di un progetto contenente la previsione di n. 98 posti auto.

La seconda classificata ha, tuttavia, impugnato l'aggiudicazione.

Il relativo giudizio si è concluso, favorevolmente alla ricorrente, con la sentenza del Tar Liguria n. 1596/2004 che ha annullato l'aggiudicazione.

Interposto appello avverso tale ultima sentenza, gli atti del giudizio sono stati rinunciati dalla ricorrente vittoriosa in I grado, sicché con decreto decisorio n. 1996 del 31.3.2009, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza di I grado.

L'aggiudicazione è stata, pertanto, oggetto di reviviscenza.

E' stata, quindi, "riavviata" la procedura di assegnazione dell'area alla Pamoter (oggi consorzio stabile scarl), non essendosi mai addivenuti alla stipula della relativa concessione, secondo lo schema di convenzione-tipo.

Nell'ambito di tale riavviata fase procedimentale, è stata emanata l'ordinanza sindacale n. 285 dell'8.7.2011 con cui è stata nominata nuova commissione giudicatrice, nel numero di otto componenti (7 + 1), per la prosecuzione delle operazioni.

La Pamoter, peraltro, ha presentato un nuovo e diverso elaborato progettuale per la realizzazione del parcheggio, contemplante una modifica dell'originario progetto mediante – per limitarsi agli aspetti più significativi- riduzione dei posti auto, passati da 98 a 63, e realizzazione di manufatti insistenti su piano stradale per adeguare il progetto alle sopravvenute prescrizioni del Piano di bacino e per garantirne la sicurezza in caso di eventi alluvionali, quali quelli già verificatisi in modo catastrofico nella città.

La possibilità di modifica progettuale risulta esplicitamente contemplata e consentita dall'art. 10 dell'avviso pubblico, purché vengano rispettate le condizioni di ammissibilità e le stesse non influiscano sulla graduatoria.

In tale ipotesi è prevista, per ciò, la apertura di una nuova ed ulteriore fase di valutazione della modifica progettuale che comporta un nuovo ed altrettanto ulteriore giudizio della Commissione. Poco importa in questa sede se tale clausola contrasti o meno con il divieto di rinegoziazione, in quanto la relativa previsione è rimasta inoppugnata.

La commissione così composta ha pertanto, proceduto all'esame del progetto che non ha riscosso lo sperato placet, in quanto gli esperti hanno ritenuto che le opere a piano stradale, pur garantendo la sicurezza del progetto, determinassero una sorta di perimetrazione (benché parziale) dell'area, tale da renderla difficilmente fruibile quale spazio pubblico (destinato a parcheggio pubblico), poiché chiusa persino alla vista della collettività. A ciò si aggiungeva l'insistenza di alcuni manufatti in posizione troppo prossima ai civici insistenti sulla piazza.

L'esito della riavviata fase procedimentale è stato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione da parte della Giunta comunale che, con DGC n.137 del 30.4.2012, ha fatto proprie le considerazioni tecniche della commissione riunitasi il 29.7.2011 ed il 20.12.2011 ed ha revocato la precedente propria delibera del 26.6.2002 n. 807 di aggiudicazione alla Pamoter.

Contro tale atto insorge l'originaria prescelta, lamentando una corposa serie di vizi, tutti puntualmente indicati nel ricorso principale ed in quello per motivi aggiunti, primo tra tutti, in ordine logico, la illegittima composizione della commissione per violazione della normativa di settore di cui agli artt. 21 l. 109/94 e 84 cod. app. e dei principi generali dell'ordinamento, senza tralasciare vizi propri dell'atto di revoca dell'aggiudicazione di cui si contesta la irragionevolezza ed erroneità, perché non sussisterebbe alcuna ragione ostativa all'approvazione del nuovo progetto (quello per la realizzazione di 63 posti auto, per intendersi), nonché la violazione del principio di affidamento che la società avrebbe fatto sulla esecuzione dell'opera.

In dipendenza di ciò la ricorrente chiede, inoltre, il risarcimento dei danni per l'illegittimità della disposta revoca o, in subordine, un indennizzo ex art. 21 *quinquies* l. 241/90.

All'udienza del 9.1.2013 la causa è stata trattenuta in decisione, dopo ampia ed articolata discussione delle parti che hanno illustrato le proprie difese.

Il ricorso è parzialmente fondato.

Per meglio comprendere l'iter motivazionale seguito dalla Sezione occorre premettere alcune imprescindibili puntualizzazioni.

L'atto impugnato, con cui la Giunta comunale ha revocato la originaria l'aggiudicazione in favore della Pamoter srl (cioè la DGC 137/20012), comprende in realtà di un duplice contenuto dispositivo e va, pertanto, correttamente qualificato.

Esso, infatti, dopo aver ricostruito il lungo iter procedimentale e giurisdizionale che ha caratterizzato l'aggiudicazione in questione (già sinteticamente esposto nella parte in fatto della presente decisione):

ha dato atto dell'impossibilità di realizzazione dell'originario progetto;

ha escluso, altresì, la idoneità tecnica del nuovo.

L'impugnata revoca, pertanto, si fonda - ad un attento esame- da un lato su di un accertamento di sopravvenuta irrealizzabilità dell'originario progetto; dall'altro di un diniego di approvazione del nuovo schema progettuale.

L'atto impugnato, dunque, in base al suo contenuto motivazionale, va definito quale atto fondato su plurime ragioni .

Relativamente ad esso, tale qualificazione, impone partite e distinte considerazioni che dipendono, fondamentalmente, dalla natura vincolata o meno delle stesse che incidono, evidentemente, sul contenuto dispositivo finale.

La Sezione intende procedere iniziando il proprio esame dall'accertata irrealizzabilità del primo progetto che ha condotto all'aggiudicazione.

Occorre a tal fine, in primo luogo, sgomberare il campo dalla suggestione, proposta dalla difesa di parte ricorrente, che il progetto originario sia stato considerato non più realizzabile esclusivamente in ragione degli esiti della CTU disposta nel giudizio proposto dalla II classificata che ebbe a rivelare una serie di originarie incongruenze del progetto stesso.

Invero, emerge dal complesso degli atti processuali che tale progetto, anche ammesso che fosse originariamente realizzabile (così sconfessandosi del tutto gli esiti della sopraccitata CTU), non lo sarebbe più alla data odierna (*rectius* alla data di adozione dell'atto impugnato).

Infatti, il sopravvenuto Piano di Bacino, imponendo nuove prescrizioni (successive alla valutazione che condusse all'aggiudicazione), esclude sicuramente la possibilità di costruire il parcheggio nel sottosuolo di Piazza ragazzi '99, secondo il progetto presentato dalla Pamoter srl in sede di gara.

A questo dato di fatto va aggiunta, per una completa composizione della situazione che si offre all'esame della Sezione, la considerazione che l'aggiudicazione è inscindibilmente legata alle condizioni dell'offerta che la hanno determinata.

Ciò che si vuol dire, in altri termini, anche a rischio di cadere nell'ovvio, è che l'ordinamento non contempla una figura di aggiudicazione (e di aggiudicatario) della gara scissa dal contenuto dell'offerta e che, intanto si può restare aggiudicatari in quanto l'offerta sia realizzabile.

In difetto di tale circostanza, non potendosi dare un'aggiudicazione a prescindere dall'offerta, l'aggiudicazione è destinata a cadere irrimediabilmente, salva la (eventuale) possibilità di modifica dell'offerta.

Tanto premesso, è bene ribadire che la non più attuale praticabilità del parcheggio originario, determinata dalla sopravvenienza delle previsioni di Piano è pacifica, tanto che la stessa ricorrente non dubita che il progetto originario vada abbandonato e non ambisce a realizzare tale progetto, ma quello successivamente presentato, senza proporre alcuna censura, a ben guardare, contro la parte della delibera di revoca che esclude la realizzabilità del progetto originario.

In altri termini, tutte le parti in causa concordano sulla circostanza che il progetto originario sia non più realizzabile, sicché, diviene questione che incide su aspetti non oggetto di contestazione e del tutto inconfidenti quali siano le ragioni ostative all'irrealizzabilità, da individuarsi - poco importa - negli esiti della CTU o nella sopravvenienza di previsioni di piano.

L'esame logico delle censure di parte ricorrente conduce, per ciò, a perimetrare l'oggetto effettivo della

controversia nei soli limiti della mancata approvazione del nuovo progetto, restando, in realtà, fuori dalla lite il presupposto della modifica progettuale, costituito dalla irrealizzabilità del progetto originario.

Il precipitato logico di tali puntualizzazioni è duplice:

In primo luogo tutte le censure, nella parte in cui vengono rivolte indistintamente verso il provvedimento di revoca (sic e simpliciter), vanno considerate ammissibili solo nei limiti in cui mirano a caducare il diniego di approvazione del nuovo progetto, ma non nella parte in cui si appuntano verso la ritenuta irrealizzabilità del primo progetto.

Se, infatti, il primo elaborato tecnico non può più essere realizzato, risulta del tutto conseguente che, salve le possibili modifiche progettuali, non possa che prendersi atto (così avviando un procedimento di autotutela che, per tale parte, risulta dovuto e vincolato negli esiti) di tale sopravvenienza.

La seconda conseguenza di tale assunto è che, se la Giunta comunale non poteva che dare atto dell'irrealizzabilità del primo progetto, in virtù del principio di cui all'art. 21 octies l.241/90, ogni eventuale vizio inerente tale parte del provvedimento plurimo risulta superato dalla dequotazione delle illegittimità puramente formali.

Pertanto, le doglianze avverso la delibera impugnata vanno dichiarate inammissibili e, comunque, infondate, laddove volte a contestare la determinazione dell'amministrazione di avviare un procedimento di ritiro in autotutela dell'aggiudicazione fondata sulla sopravvenuta irrealizzabilità dell'opera oggetto di aggiudicazione.

Tale accertamento (di irrealizzabilità sopravvenuta) e la determinazione di procedere in autotutela in considerazione di ciò, vanno considerati punti fermi nella vicenda procedimentale sottoposta all'attenzione della Sezione.

Le censure proposte vanno, pertanto, esaminate solo in riferimento al diniego di approvazione del nuovo progetto che muove dal presupposto appena indicato.

Deve, peraltro, ritenersi che, nel loro esame, non può seguirsi l'ordine proposto da parte ricorrente che prospetta in primo luogo vizi "sostanziali" dell'atto impugnato e poi, con la censura sub 6) e con i successivi motivi aggiunti, propone vizi attinenti la composizione della Commissione che ha seguito la fase procedimentale scaturita dalla conclusione del processo con cui si è contestata l'originaria aggiudicazione.

Se, infatti, è facilmente comprensibile che l'ordine di prospettazione delle doglianze sia frutto della diversa intensità dell'interesse all'accoglimento (perché la ricorrente mira in primo luogo ad ottenere un implicito riconoscimento della fondatezza della propria pretesa a realizzare l'opera), è parimenti insuperabile la circostanza che l'ordine logico di trattazione delle stesse, impone di esaminare in primo luogo le doglianze inerenti la composizione della Commissione che, incidendo sull'organo tecnico, imporrebbero di annullare gli atti con rinvio all'autorità amministrativa al fine di esercitare nuovamente poteri sul cui contenuto, data la natura discrezionale, questo Giudice non può in alcun modo intervenire.

Tali censure sono fondate nei limiti di seguito precisati.

Con esse la società ricorrente lamenta la violazione, come già anticipato, di disposizioni normative della Legge c.d. Merloni (art. 21 L. n.109/94) e del codice degli appalti (art. 84d.lgs 163/2006) e del

regolamento attuativo n. 554/99.

Sostiene, in estrema sintesi che la Commissione avrebbe dovuto essere composta da un numero dispari di membri, non superiore a 5 e scelti per sorteggio, diversamente da quanto è avvenuto.

I membri, infatti, erano 8 (per ciò pari e più di 5) ed erano stati scelti, in virtù dell'ordinanza sindacale n.285/2011, non per sorteggio, ma in quanto Dirigenti delle strutture di riferimento.

Peraltro, la concreta composizione della Commissione sarebbe avvenuta anche attraverso supplenti la cui nomina non solo non risulterebbe prevista e consentita, ma neppure mai formalizzata.

Fonda le doglianze sull'applicabilità di tali disposizioni anche alla fattispecie in esame, qualificandola come concessione di lavori pubblici, cui l'art. 142, co 3, cod. app. estenderebbe l'applicazione di tutte le disposizioni del codice, salve espresse deroghe.

In ogni caso deduce la violazione dei principi generali in materia di composizione delle Commissioni giudicatrici.

La doglianza è fondata.

Va, preliminarmente, chiarito che la tesi proposta da parte ricorrente contiene un'azzardata affermazione in punto di diritto, laddove deduce l'applicabilità delle disposizioni invocate, qualificando l'operazione economica perseguita dal Comune di Genova quale concessione di lavori pubblici.

In lavori in esame non sono pubblici, bensì privati, poiché il realizzando parcheggio resta un'opera privata.

Si è, infatti, in presenza di una concessione del diritto di superficie su (rectius: sotto) suolo pubblico, per la realizzazione di opera privata, affidata mediante procedura ad evidenza pubblica.

Per tale fattispecie non può trovare applicazione il codice dei contratti e andrà applicato il RD n. 2440/1923 che disciplina i contratti attivi dell'amministrazione.

Tuttavia, la normativa appena citata, non contemplando disposizioni speciali in tema di formazione delle commissioni, impone la integrazione attraverso i principi generali in tema di composizione delle commissioni che, in assenza di esplicita deroga o di norma che disciplini l'ipotesi di parità (eventualmente attribuendo valore doppio al voto del Presidente), vanno necessariamente composte in numero dispari.

Diversamente, nel caso di specie, l'atto impugnato con motivi aggiunti ne dispone la formazione in numero pari (7 con l'integrazione di un VIII componente per le ipotesi come quella in esame).

La Commissione risulta, pertanto, illegittimamente composta e tanto determina la caducazione di tutta l'attività amministrativa non vincolata che sia stata compiuta da tale organo e da quelli che hanno recepito le sue determinazioni tecniche.

Giova, peraltro, precisare che – pur non essendo rinvenibile nell'ordinamento un principio di immodificabilità delle Commissioni giudicatrici- la partecipazione dei supplenti va preventivamente disciplinata attraverso la determinazione dei criteri per la loro scelta o la loro nomina nominativa.

Né può ritenersi che la commissione sia stata composta in ossequio ad una clausola dell'avviso pubblico divenuta inoppugnabile.

Infatti, l'art. 5 dell'avviso in esame si limita a disporre le modalità di composizione (individuando i membri nei dirigenti e funzionari delle strutture competenti), senza prescrivere alcunché in ordine al numero dei componenti, relativamente al quale, pertanto, trovano applicazione i principi generali che lo richiedono dispari.

Per le ragioni appena esposte il ricorso principale e quello per motivi aggiunti vanno parzialmente accolti e per l'effetto vanno annullati:

- (integralmente) l'ordinanza sindacale n. 285/2011;
- tutti i verbali di riunione della Commissione successivi a tale ordinanza;
- la delibera di Giunta n. 137/2012 nella parte in cui dispone di non approvare il nuovo progetto presentato dalla Pamoter scarl (che andrà in primo luogo riesaminato dalla Commissione in legittima composizione), restando, invece, esclusa la sua illegittimità nella parte in cui prende atto della irrealizzabilità dell'opera secondo l'originario progetto e si determina ad agire in autotutela.

Le ulteriori domande di ristoro monetario formulate in termini di risarcimento o, in subordine, di indennizzo, non possono trovare accoglimento in questa sede e vanno dichiarate improcedibili, con pronuncia di rito, da preferirsi ad una reiezione nel merito, nell'interesse dell'odierna ricorrente, al fine di non precluderne in alcun modo la riproponibilità nell'eventuale ulteriore giudizio che dovesse scaturire dall'atto adottato dalla Commissione all'esito della rinnovata fase di valutazione del II progetto.

In particolare, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria poiché l'annullamento, disposto peraltro solo parzialmente ed in ragione del vizio rilevato, determina l'obbligo della riedizione del potere amministrativo, sicché solo all'esito potrà valutarsi se si sia verificata la lesione sostanziale ed effettiva dell'interesse fatto valere, dovendosi precisare, in questa sede, che poiché la ricorrente agisce facendo valere una pretesa sostanziale alla realizzazione del parcheggio, nessun rilievo possono avere lesioni di interessi solo strumentali (quale quello inerente la corretta composizione della Commissione).

La funzione svolta da un organo incompetente, quale è quella della commissione di gara composta in modo difettoso, va considerata espressione di "poteri non ancora esercitati" nell'accezione di cui all'art. 34 cod. proc. amm., rispetto ai quali sussiste un divieto di cognizione per il giudice amministrativo che, ovviamente, si estende anche alla connessa pretesa risarcitoria.

Analoga sorte, benché per diverse ragioni, tocca alla richiesta di un indennizzo.

Essa è stata formulata in via subordinata alla domanda risarcitoria, per cui è necessario il preventivo scrutinio di quest'ultima, su cui si è soprasseduto in questa sede.

Le spese della controversia, in ragione della parziale soccombenza, possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

accoglie parzialmente il ricorso principale e quello per motivi aggiunti e per l'effetto annulla:

- l'ordinanza sindacale n. 285/2011;

- tutti i verbali di riunione della Commissione successivi a tale ordinanza;
- la delibera di Giunta n. 137/2012 nella parte in cui dispone di non approvare il nuovo progetto presentato dalla Pamoter scarl.

Dichiara improcedibile la domanda risarcitoria e quella indennitaria.

Respinge nel resto.

Spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Desirè Zonno, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2013

IL SEGRETARIO

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