

T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, Sent., (ud. 12/11/2019) 25-11-2019, n. 13508

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Contratti

ATTI AMMINISTRATIVI

Motivazione e vizi dell'atto

Fatto Diritto P.Q.M.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2103 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da A. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Albanese e Gaetano Zurlo, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via dei Condotti, 91;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento Protezione Civile, Ministero dell'Interno, U.T.G. di Trapani, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12; Regione Siciliana, Presidenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Farina, Marina Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Raggruppamento temporaneo di Imprese M.I. S.R.L. - S. Spa - S. spa - S.E. S.r.l. - U. S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. n. (...) del 29.12.2010, comunicata in pari data, con la quale il soggetto attuatore, dirigente generale D.R.P.C., ha comunicato (tra l'altro) alla A. s.r.l. che con disposizione commissariale n. 199 del 16.12.2010 è stata annullata la gara, nonché gli atti presupposti e consequenziali relativi al pubblico incanto, non ancora concluso, per l'affidamento del servizio attinente l'architettura e l'ingegneria per la "Redazione della variante al piano regolatore del sistema portuale di Pantelleria e Scauri (Trapani) di cui all' O.P.C.M. n. 3580 del 2007, la redazione della progettazione definitiva per l'adeguamento del porto di Pantelleria centro e la redazione di uno stralcio funzionale esecutivo per l'adeguamento del porto di Pantelleria centro" e che "le motivazioni relative all'annullamento della succitata gara sono meglio esplicitate nella Disposizione Commissariale n. 199 del 16.12.2010 di cui sopra, che è agli atti di questa Struttura commissariale, e resta a disposizione per la eventuale consultazione delle parti interessate";

della disposizione commissariale n. 199 del 16.12.2010, conosciuta il 14.1.2011, a firma del Prefetto di Trapani, commissario delegato ex art. 11 dell' O.P.C.M. 9 luglio 2010, n. 3886 e del soggetto attuatore, dirigente generale D.R.P.C., con la quale è stato disposto che "per le motivazioni in premessa citate la gara - che contempla gli atti presupposti e consequenziali relativi al pubblico incanto, non ancora concluso - per l'affidamento del servizio attinente l'architettura e l'ingegneria" di cui sopra "è annullata"; che gli atti di cui alla gara stessa sarebbero stati archiviati, con disimpegno delle somme impegnate per l'affidamento del relativo servizio;

della nota prot. n. (...) del 30.9.2010 con la quale il Presidente della commissione tecnica, ing. N.A., nel riscontrare una discordanza tra il punteggio massimo (100 punti) riservato alla valutazione dell'offerta tecnica ed economica, come previsto nell'art. 12 del disciplinare di gara, e la somma dei punteggi dei sub elementi (che perviene a 95 punti) ha sospeso ogni azione in ordine alla convocazione della commissione tecnica in attesa della definizione della fattispecie esposta; della nota prot. n. (...) del 20.5.2009 con la quale il dirigente dell'Ufficio 4 - Opere marittime per la Sicilia del Provveditorato interregionale opere marittime Sicilia-Calabria ha comunicato che lo stesso Ufficio, per conto dell'Assessorato regionale per i lavori pubblici già in data 12.11.2004 aveva redatto apposito progetto generale di completamento del dispositivo portuale di Pantelleria; della nota prot. n. (...) dell'11.10.2010 con la quale il soggetto attuatore con riferimento alle motivazioni di cui alla nota prot. n. (...) del 20.5.2009 di cui sopra nonché alla discrasia riscontrata dal Presidente della commissione tecnica ha proposto l'annullamento della gara di appalto; d) della nota prot. n. (...) dell'8.11.2010 con la quale il soggetto attuatore ha rilevato dalla lex specialis recata dal bando e dal disciplinare di gara che agli artt. 4, 5, e 6 del disciplinare di gara sono stati richiesti requisiti di partecipazione difformi e in misura superiore alle soglie minime previste dalla normativa di settore in contrasto con i principi di logicità, di proporzionalità e della concorrenza; della nota del 23.11.2010 n. 1032 con la quale il predetto Ufficio opere marittime ha manifestato la propria disponibilità a completare le attività progettuali necessarie per le finalità della gestione commissariale;

di tutti gli atti preparatori, presupposti, connessi, consequenziali o collegati a quelli specificamente sopra indicati;

CON I MOTIVI AGGIUNTI DEPOSITATI IL 23.03.2011:

del diniego tacito, formatosi il 9.02.2011 per inerzia della stazione appaltante ai sensi art. 243 bis, comma 4, D.Lgs. n. 163 del 2006 inserito dall'art. 6 D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, sull'informazione ai sensi del citato art. 243 bis D.Lgs. n. 163 del 2006; di tutti gli atti preparatori, presupposti, connessi, consequenziali o collegati a quello specificamente sopra indicato;

CON ULTERIORI MOTIVI AGGIUNTI DEPOSITATI IN DATA 11.05.2011:

della nota del 20.10.2010 proc. n. 935 dell'Ufficio del Commissario delegato, a firma del Prefetto di Trapani, Commissario Delegato, e del Soggetto Attuatore, con la quale è stato comunicato allo stesso Soggetto Attuatore, al Responsabile del Procedimento e al Presidente della Commissione Tecnica che l'Ufficio avrebbe emesso il provvedimento di annullamento della gara di affidamento del servizio per la "redazione della variante al piano regolatore del sistema portuale di Pantelleria e Scauri (Trapani) di cui all' O.P.C.M. n. 3580 del 2007, la redazione della progettazione definitiva per l'adeguamento del porto di Pantelleria centro e la redazione di uno stralcio funzionale esecutivo per l'adeguamento del porto di Pantelleria centro";

della nota del 20.10.2010 prot. n. (...) dell'Ufficio del Commissario Delegato, con la quale è stato comunicato al Provveditorato Interregionale delle OO. PP. - Sicilia e Calabria che la gara per l'affidamento del servizio per la "Redazione della variante al piano regolatore del sistema portuale di Pantelleria e Scauri (Trapani) di cui all' O.P.C.M. n. 3580 del 2007, la redazione della progettazione definitiva per l'adeguamento del porto di Pantelleria centro e la redazione di uno stralcio funzionale esecutivo per l'adeguamento del porto di Pantelleria centro" "sarà oggetto di provvedimento di annullamento" e lo stesso Provveditorato è stato invitato "ad avviare ogni utile procedura tecnico-amministrativa necessaria per lo studio e l'adeguamento del Piano Regolatore Portuale del Porto di Pantelleria Centro oltre che per la relativa, eventuale, messa in sicurezza";

della nota prot. n. (...) del 21.12.2010 con la quale il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Sicilia-Calabria ha comunicato all'Ufficio del Commissario Delegato l'ammontare delle "spese tecniche da impegnare per compensare le prestazioni che saranno effettuate dal personale dell'Ufficio e dai collaboratori esterni";

della Disposizione Commissariale n. 204 del 29.12.2010, a firma del Prefetto di Trapani, Commissario Delegato, e del Soggetto Attuatore, con la quale è stato affidato all'Ufficio Opere Marittime per la Sicilia l'incarico di "revisione ed adeguamento tecnico funzionale del vigente Piano Regolatore Portuale del Porto di Pantelleria centro e progettazione definitiva delle relative opere foranee (prolungamento diga sopraflutto e realizzazione diga sottoflutto) per la messa in sicurezza dello scalo marittimo" ;

di tutti gli atti preparatori, presupposti, connessi, consequenziali o collegati a quelli specificamente sopra indicati;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Prefetto di Trapani e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Ministero dell'Interno e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Regione Siciliana Presidenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2019 il dott. Antonio Andolfi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Con D.P.C.M. in data 22 dicembre 2006 è stato dichiarato, fino al 31 dicembre 2007, lo stato di emergenza per la criticità del sistema portuale e dell'approvvigionamento idrico nel territorio dell'isola di Pantelleria, in provincia di Trapani.

Con successiva O.P.C.M. del 15 maggio 2007, n. 3589, sono state adottate disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare l'emergenza ed è stato nominato Commissario delegato il sindaco di Pantelleria.

Lo stato di emergenza è stato prorogato con D.P.C.M. del 21 dicembre 2007, fino al O.P.C.M. 31 dicembre 2009.

Lo stato di emergenza è stato ulteriormente prorogato con D.P.C.M. del 28 gennaio 2010, fino al O.P.C.M. 31 dicembre 2010.

Con ordinanza numero 3886 del 9 luglio 2010, in sostituzione del sindaco di Pantelleria, è stato nominato Commissario delegato il prefetto di Trapani.

Nell'ambito degli interventi di emergenza, è stata individuata la necessità di porre in sicurezza l'approdo del porto di Pantelleria Centro.

A tal fine, con Disposizione Commissariale n. 110 del 2008, il Commissario delegato nominava il responsabile del procedimento per l'aggiornamento e la integrazione del Piano Regolatore Portuale e la relativa progettazione di tutto il sistema portuale, come previsto nell'ordinanza del 2007 n. 3589 e, con successiva Disposizione Commissariale n. 41 del 2009, procedeva all'approvazione degli elaborati tecnici e amministrativi relativi all'affidamento del servizio attinente l'architettura e l'ingegneria per la redazione della variante di cui alla O.P.C.M. e per la redazione della progettazione definitiva per l'adeguamento del porto di Pantelleria Centro.

In data 31 marzo 2009 veniva indetta la gara per l'affidamento, mediante procedura aperta, del servizio attinente l'architettura e l'ingegneria per la redazione della variante al Piano Regolatore del sistema portuale di Pantelleria e Scauri, della progettazione definitiva per l'adeguamento del porto di Pantelleria Centro e di uno stralcio funzionale esecutivo per l'adeguamento dello stesso porto, compresi gli studi ed i rilievi specialistici funzionali al progetto stesso.

Accertata la sussistenza dei requisiti di ordine generale e relativi alla capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, venivano ammessi alla fase di valutazione delle offerte tecniche due operatori economici, tra cui la società A. S.r.l. odierna ricorrente.

Con disposizione commissariale n. 98 del 2010 veniva nominata la Commissione tecnica per l'espletamento della seconda fase della gara, relativa all'esame e alla valutazione delle offerte tecniche.

La società ricorrente, stante l'asserita inerzia dell'Amministrazione, inoltrava tre lettere chiedendo informazioni in ordine allo svolgimento della gara e ne sollecitava la prosecuzione, evidenziando il danno ingiusto che stava subendo a fronte del comportamento dell'Amministrazione.

Con nota del 29 dicembre 2010, il Soggetto attuatore comunicava all'A. S.r.l. che il Commissario delegato Prefetto di Trapani, incaricato a seguito delle dimissioni rassegnate con nota prot. n. (...) del 2010 dal Sindaco di Pantelleria, aveva provveduto ad annullare la gara con disposizione commissariale n. 199 del 16 dicembre 2010.

La ricorrente presentava dunque istanza di accesso volta all'ostensione del provvedimento di annullamento, poi rilasciato in data 14 gennaio 2011.

In data 25 gennaio 2011 la ricorrente informava l'amministrazione dell'intenzione di proporre ricorso, ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. n. 163 del 2006, provvedendo poi in data 28 gennaio 2011 alla notifica del gravame nei confronti dell'Ufficio del Commissario Delegato, del Prefetto di Trapani, della Regione Siciliana, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Interno, del Provveditorato interregionale opere marittime Sicilia-Calabria, nonché nei confronti del Raggruppamento temporaneo di Imprese M.I. S.R.L. - S. Spa - S. spa - S.E. S.r.l. - U. S.r.l.

Con il suddetto ricorso, la società ricorrente adiva il TAR Sicilia (Palermo) per chiedere l'annullamento, previa sospensione, dell'efficacia della nota prot. n. (...) del 29 dicembre 2010 con cui il Soggetto attuatore comunicava che, con Disposizione Commissariale n. 199 del 2010, era stato disposto l'annullamento della gara, della disposizione commissariale n. 199 del 2010 con cui il Prefetto di Trapani disponeva l'annullamento della gara di cui innanzi con disimpegno delle somme per l'affidamento del relativo servizio, della nota prot. n. (...) del 2010 mediante cui il Presidente della Commissione tecnica, rilevando una discordanza tra il punteggio massimo per la valutazione dell'offerta tecnica ed economica e la somma dei punteggi dei sub-elementi, aveva sospeso la convocazione della Commissione tecnica in attesa della definizione di quanto innanzi, della nota prot. n. (...) del 2009 con cui il Dirigente dell'Ufficio Opere Marittime per la Sicilia aveva comunicato che l'Ufficio aveva provveduto a redigere un progetto generale di completamento del dispositivo portuale di Pantelleria, della nota prot. n. (...) del 2010 con cui il Soggetto Attuatore aveva proposto l'annullamento della gara, stanti le irregolarità riscontrate, della nota prot. n. (...) del 2010 in cui il Soggetto Attuatore aveva rilevato che gli artt. 4, 5 e 6 del disciplinare di gara richiedevano requisiti di partecipazione superiori ai requisiti previsti dalla normativa di settore, della nota prot. n. (...) del 2010 con cui l'Ufficio Opere Marittime aveva manifestato la propria disponibilità a completare le attività progettuali necessarie per le finalità della gestione commissariale, nonché di tutti gli atti preparatori, presupposti, connessi, consequenziali o collegati. Avverso i suddetti atti, la ricorrente deduceva quattro motivi di diritto.

Con il primo motivo denunciava la violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990, atteso che i provvedimenti non avrebbero recato specificamente l'autorità cui ricorrere, ma si sarebbero limitati ad una mera indicazione generica, individuando quale autorità da adire il TAR competente.

Con il secondo motivo la ricorrente censurava l'eccesso di potere per difetto dei presupposti, contraddittorietà ed illogicità manifesta, violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 3 dell' O.P.C.M. del 15 maggio 2007, n. 3589, nonché il difetto di motivazione, in quanto i vizi di legittimità dell'indizione della gara sottesi al provvedimento di annullamento in autotutela sarebbero stati insussistenti. Asseriva difatti la ricorrente che il progetto dell'Ufficio Opere Marittime redatto nel 2004, il quale, secondo l'Amministrazione, avrebbe potuto incidere sull'oggetto e la determinazione del corrispettivo dell'appalto, non avrebbe potuto tenere in considerazione le esigenze sorte con lo stato di emergenza e, dunque, sarebbe stato del tutto ininfluenza sull'oggetto e, di conseguenza, sul corrispettivo dell'appalto. Rappresentava la ricorrente che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere in considerazione l'impatto di detto progetto sull'appalto e formulava dunque istanza di accesso al T.a.r. adito per ottenere l'ostensione della nota prot. n. (...) del 2009 e della nota con cui l'Ufficio del Commissario Delegato aveva riscontrato la suddetta nota. Rilevava inoltre la ricorrente che la discrasia tra il punteggio totale e i sub-punteggi doveva ritenersi un mero errore materiale che l'Amministrazione avrebbe potuto correggere in una fase embrionale quale quella della ammissione dei concorrenti alla valutazione delle offerte tecniche. Inoltre, con riferimento alla asserita illegittimità delle clausole del bando che avrebbero previsto requisiti di partecipazione in misura superiore rispetto alla normativa di settore, la ricorrente rilevava che la stazione appaltante avrebbe potuto elevare discrezionalmente tali requisiti, stante soprattutto la natura della procedura disposta in situazione di emergenza, evidenziando come l'illogicità rilevata dall'Amministrazione fosse stata solo asserita in carenza di motivazione alcuna. Infine non sarebbe stato considerato l'affidamento alla prosecuzione della procedura maturato dai concorrenti ammessi alla seconda fase della gara.

Con il terzo motivo la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 21 nonies della L. n. 241 del 1990, dell'art. 97 Cost., nonché il difetto di motivazione ai sensi degli artt. 3 e 10 della L. n. 241 del 1990, rappresentando che il provvedimento di autotutela non sarebbe stato motivato sotto il profilo dell'interesse pubblico che avrebbe comportato la decisione, non avendo nemmeno il provvedimento comparato analiticamente i costi prospettati dall'Ufficio del Genio Civile con quelli dell'appalto già avviato.

Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente denunciava la violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e dell'obbligo di buona fede nella conduzione delle trattative, formulando conseguente domanda risarcitoria, atteso che l'Amministrazione sarebbe stata nelle condizioni di valutare l'esistenza di progetti già redatti e comunque, quand'anche ne fosse venuta successivamente a conoscenza, avrebbe dovuto valutare la loro eventuale incidenza sulla procedura in corso a tutela anche dei concorrenti. La Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento della Protezione civile, l'Ufficio del commissario delegato, l'Ufficio territoriale del governo di Trapani, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il Provveditorato interregionale per le opere marittime si costituivano a mezzo dell'Avvocatura di Stato e all'udienza in camera di consiglio del 22 febbraio 2011 la causa veniva discussa e trattenuta in decisione.

Con ordinanza n. 310 del 22 febbraio 2011 il Giudice adito negava la propria competenza in favore del T.a.r. del Lazio ai sensi del combinato disposto degli artt. 133 e 135 c.p.a. essendo attribuita al T.a.r. del Lazio la competenza sulle controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5 comma 1 della L. n. 225 del 1992.

Il ricorso veniva dunque ritualmente riassunto con atto depositato in data 9 marzo 2011, dopo essere stato notificato alle controparti il 4 marzo 2011.

In data 15 marzo 2011 le convenute si costituivano in giudizio a mezzo dell'Avvocatura di Stato.

In data 23 marzo 2011 la ricorrente depositava un primo ricorso per motivi aggiunti, notificato l'11 marzo 2011, chiedendo l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del diniego tacito formatosi in data 9 febbraio 2011 per inerzia della stazione appaltante ex art. 243 bis del D.Lgs. n. 163 del 2006, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi o consequenziali, denunciando i medesimi vizi fatti valere con il ricorso principale, stante l'asserita illegittimità derivata in virtù del vincolo di connessione che legherebbe gli atti impugnati.

Con successiva memoria l'Avvocatura di Stato controdeduceva alle doglianze "ex adverso" dedotte, chiedendo che il ricorso venisse dichiarato inammissibile e comunque infondato.

In data 2 aprile 2011 la parte ricorrente veniva a conoscenza di ulteriore documentazione in conseguenza dell'istanza di accesso agli atti formulata, compresa quella oggetto di istanza istruttoria e, in data 11 maggio 2011, depositava un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato alle controparti il 2 maggio 2011, chiedendo l'annullamento di tutti gli atti già impugnati con il ricorso principale ed i primi motivi aggiunti, nonché della nota del 20 ottobre 2010 prot. n. (...) con cui l'Ufficio del Commissario Delegato ha comunicato al Soggetto Attuatore, al Responsabile del procedimento e al Presidente della Commissione Tecnica che si sarebbe proceduto all'annullamento della gara "de qua", della nota prot. n. (...) del 2010 con cui il medesimo Ufficio ha comunicato al Provveditorato Interregionale delle OO. PP. - Sicilia e Calabria che la gara sarebbe stata oggetto di annullamento, con invito ad avviare ogni procedura utile per l'adeguamento del Piano Regolatore Portuale del porto di Pantelleria Centro, della nota prot. n. (...) del 2010 con cui il Provveditorato Interregionale ha comunicato al Commissario Delegato l'ammontare delle spese tecniche per l'espletamento delle prestazioni di cui sopra, nonché della Disposizione Commissariale n. 204 del 2010 avente ad oggetto la revisione e l'adeguamento tecnico-funzionale del vigente Piano Regolatore Portuale del Porto di Pantelleria e la progettazione definitiva delle opere di messa in sicurezza e di tutti gli atti preparatori, connessi o consequenziali, sollevando quattro motivi di censura.

Gli atti impugnati presenterebbero gli stessi profili di illegittimità già dedotti con il ricorso introduttivo. Pertanto, con il primo motivo, la ricorrente ripropone il 2° motivo del ricorso introduttivo in quanto risulterebbe che il progetto già realizzato sarebbe ancora in corso e avrebbe presentato rilievi, essendone stata richiesta la parziale rielaborazione. Anche il parere tecnico richiamato nel provvedimento principale impugnato presenterebbe profili di perplessità. Dalla nota numero 905 del 2010 emergerebbe che il Soggetto attuatore propone l'annullamento sulla base di un ipotetico risparmio finanziario, richiamando il progetto di completamento del porto di Pantelleria Centro che comunque richiederebbe opportune modifiche ed integrazioni. Il presidente della Commissione tecnica avrebbe rinviato alla predisposizione di modifiche correttive dell'errore materiale contenuto nel disciplinare di gara, con riferimento ai punteggi collegati ai criteri di valutazione. Ipotetiche risulterebbero anche le valutazioni sulla proporzionalità dei requisiti di partecipazione, con riferimento alla capacità economico-finanziaria.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto dei presupposti ed illogicità manifesta, nonché il difetto di motivazione per la violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990, atteso che i provvedimenti impugnati evidenzieranno che l'annullamento della gara è stato disposto senza operare alcuna valutazione della discrasia riscontrata nel punteggio e in carenza di una valutazione motivata circa l'opportunità del progetto del 2004.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia l'eccesso di potere per illogicità manifesta e violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990, atteso che l'oggetto dell'appalto sarebbe più ampio dell'oggetto del progetto alla cui stregua è stato disposto l'annullamento e le Amministrazioni convenute non avrebbero motivato in merito alla congruità del medesimo a risolvere la situazione di emergenza. Ciò con specifico riferimento sia al Piano Regolatore Portuale che ai sondaggi marittimi.

Con il quarto motivo la ricorrente censura la violazione degli artt. 34 e 90 del D.Lgs. n. 163 del 2006, l'eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento di potere, atteso che la Disposizione Commissariale n. 204 del 2010 affiderebbe a professionisti esterni l'incarico relativo agli studi inerenti il completamento del progetto del 2004 in assenza di una procedura ad evidenza pubblica ed asseritamente in contrasto con l'annullamento della gara, in quanto gli studi affidati coinciderebbero con quelli oggetto della gara.

Con il quinto motivo la ricorrente rileva l'illegittimità derivata degli impugnati atti preparatori, per tutti i vizi già dedotti avverso il principale provvedimento impugnato e il diniego tacito di autotutela.

Con il sesto motivo rinvia integralmente al terzo e quarto motivo dedotti con il ricorso principale, insistendo dunque nella richiesta risarcitoria a titolo di responsabilità extracontrattuale o precontrattuale.

Con il settimo motivo, in via subordinata, per l'ipotesi in cui l'illegittimità degli atti impugnati non determinasse la privazione di efficacia degli eventuali contratti, chiede il risarcimento del danno per equivalente.

Con ordinanza cautelare numero 1962 del 26 maggio 2011, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio respinge la domanda cautelare.

La cessazione dello stato di emergenza è dichiarata con ordinanza del Capo di Dipartimento della Protezione civile numero 37 del 15 gennaio 2013, in base alla quale la Regione siciliana è stata individuata come

Amministrazione competente, in regime ordinario, al subentro al Commissario delegato nei rapporti giuridici pendenti.

La ricorrente nella memoria conclusionale rileva come a distanza di nove anni l'esecuzione del progetto non sia giunta a conclusione.

L'Avvocatura di Stato deposita memoria con cui eccepisce il difetto di legittimazione passiva delle Amministrazioni statali coinvolte, atteso che con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 37 del 2013 la Regione Siciliana è stata individuata come Amministrazione competente in regime ordinario, subentrando al Commissario delegato in tutti i rapporti giuridici pendenti e che dunque ai sensi dell'art. 1, comma 422, della L. n. 147 del 2013, che dispone che allo scadere dello stato di emergenza le amministrazioni competenti subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi e nei procedimenti giurisdizionali pendenti, si determinerebbe una successione dei rapporti ex art. 110 c.p.c. o comunque ex art. 111 c.p.c.

All'udienza del 18 giugno 2019, fissata per la trattazione di merito, il Collegio adotta l'ordinanza n. 8364, pubblicata il 27 giugno 2019, con cui, preliminarmente, ai sensi dell'art. 32, c. 2, c.p.a., dispone la conversione del rito, ritenendo che il rito speciale disciplinato dall'art. 120 c.p.a. si ponga in rapporto di "species" a "genus" rispetto al rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a. dovendo, dunque, trovare applicazione qualora si controverta in materia di procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a) del codice processuale.

Si è considerato che, nel caso controverso, la fattispecie dedotta in giudizio avesse ad oggetto una procedura di affidamento di un servizio attinente l'architettura e l'ingegneria per la "Redazione della variante al piano regolatore del sistema Portuale di Pantelleria e Scauri di cui alla O.P.C.M. n. 3580 del 2007 e la redazione della progettazione definitiva per l'adeguamento del porto di Pantelleria Centro e la redazione di uno stralcio funzionale esecutivo per l'adeguamento del porto di Pantelleria Centro" disposta per far fronte alla situazione di emergenza evidenziata dalla O.P.C.M. n. 3580 del 2007.

Quindi, essendo stato impugnato il provvedimento di annullamento d'ufficio della procedura di affidamento, provvedimento di secondo grado relativo ad una gara per l'appalto di un servizio di progettazione, la Sezione ha ritenuto che il rito processuale applicabile alla controversia fosse quello disciplinato dagli artt. 119 e 120 c.p.a. trattandosi di giudizio contemplato dall'art. 119 c.p.a. al comma 1, lettera a) e dall'art. 120 c.p.a. al comma 1.

Con la stessa ordinanza il Tribunale ha rilevato la nullità della notificazione del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti alla Regione siciliana presso l'Avvocatura dello Stato.

Al riguardo, si è ritenuto che l'estensione delle funzioni dell'Avvocatura dello Stato all'Amministrazione regionale siciliana, ai sensi dell'articolo 1 del D.Lgs. n. 142 del 1948, non si applica nei casi di litisconsorzio passivo, qualora vi sia un conflitto di interessi tra lo Stato e la Regione; nel caso di specie, ravvisandosi un potenziale conflitto di interessi in merito alla domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente, si è ritenuto che essa non avrebbe potuto validamente notificare i ricorsi alla Regione siciliana presso l'Avvocatura dello Stato. Peraltro, è stata ritenuta sanabile la rilevata nullità della notifica, essendo emerso il potenziale conflitto di interesse tra l'Amministrazione statale e quella regionale solo in seguito alla cessazione dello stato di emergenza, con conseguente separazione delle posizioni soggettive, laddove, all'atto della proposizione del ricorso introduttivo, la Regione siciliana neppure poteva essere riconosciuta come parte resistente necessaria, non avendo adottato il provvedimento impugnato.

In conclusione della fase interlocutoria, questo Giudice ha ritenuto, pertanto, di dover ordinare alla ricorrente di integrare il contraddittorio nei confronti della Regione siciliana, mediante notificazione del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti presso la sede reale dell'ente, entro il termine di giorni 30 dalla notifica o comunicazione della ordinanza, depositando la prova dell'avvenuto adempimento entro il successivo termine perentorio di giorni 15.

Integrato il contraddittorio nei termini stabiliti dal Giudice, si è costituita in giudizio la Regione siciliana, eccependo preliminarmente il difetto di legittimazione passiva della Regione siciliana e del Dipartimento regionale per la protezione civile, in quanto la L.R. n. 10 del 15 maggio 2000 non attribuirebbe alla Regione siciliana una soggettività giuridica unitaria, dovendosi fare riferimento ai singoli dipartimenti regionali competenti per materia. Nel merito, comunque, il ricorso sarebbe manifestamente infondato.

La ricorrente ha replicato a tutte le eccezioni della difesa regionale, affermandone l'infondatezza.

La trattazione di merito della causa si è svolta all'udienza pubblica del 12 novembre 2019, in esito alla quale i ricorsi sono stati decisi.

Motivi della decisione

In via preliminare il Collegio deve pronunciarsi sulle eccezioni di difetto di legittimazione passiva sollevate dall'Amministrazione Statale e da quella Regionale.

Ad avviso della difesa statale, essendo cessato lo stato di emergenza in precedenza dichiarato con D.P.C.M. 22 dicembre 2006 e tenuto conto che, con ordinanza del Capo di Dipartimento della Protezione civile numero 37 del 15 gennaio 2013, la Regione siciliana è stata individuata come Amministrazione competente, in regime ordinario, al subentro al Commissario delegato in tutti i rapporti giuridici pendenti, troverebbe applicazione il comma 422 dell'art. 1 della legge di stabilità 27 dicembre 2013 n. 147, laddove è previsto che "alla scadenza dello stato di emergenza, le amministrazioni e gli enti ordinariamente competenti, individuati anche ai sensi dell'articolo 5, commi 4-ter e 4-quater, della L. 24 febbraio 1992, n. 225, subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi, nei procedimenti giurisdizionali pendenti anche ai sensi dell'articolo 770 del codice di procedura civile, nonché in tutti quelli derivanti dalle dichiarazioni di cui all'articolo 5-bis, comma 5, del D.L. 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 novembre 2001, n. 401, già facenti capo ai soggetti nominati ai sensi dell'articolo 5 della citata L. n. 225 del 1992.

L'eccezione è fondata.

La cessazione dello stato di emergenza è stata dichiarata con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile numero 37 del 15 gennaio 2013, in base alla quale la Regione siciliana è stata individuata come Amministrazione competente, in regime ordinario, al coordinamento degli interventi per fronteggiare le situazioni di criticità del sistema portuale (mentre il Comune di Pantelleria è stato individuato come Amministrazione competente nel settore dell'approvvigionamento idrico) con subentro al Commissario delegato in tutti i rapporti giuridici pendenti.

La fattispecie è disciplinata oggi dal D.Lgs. 02 gennaio 2018, n. 1, Codice della protezione civile, che, all'art. 24, comma 6, confermando la norma già recata dall'articolo 1, comma 422, della L. n. 147 del 2013, abrogato dall'art. 48, comma 1, lett. n), del richiamato D.Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, così dispone: "alla scadenza dello stato di emergenza, le amministrazioni e gli enti ordinariamente competenti, individuati anche ai sensi dell'articolo 26, subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi, nei procedimenti giurisdizionali pendenti, anche ai sensi dell'articolo 110 del codice di procedura civile, nonché in tutti quelli derivanti dalle dichiarazioni già emanate nella vigenza dell'articolo 5-bis, comma 5, del D.L. 7 settembre 2001, n. 343 convertito, con modificazioni, dalla L. 9 novembre 2001, n. 401, già facenti capo ai soggetti nominati ai sensi dell'articolo 25, comma 7. Le disposizioni di cui al presente comma trovano applicazione nelle sole ipotesi in cui i soggetti nominati ai sensi dell'articolo 25, comma 7, siano rappresentanti delle amministrazioni e degli enti ordinariamente competenti ovvero soggetti dagli stessi designati".

Si deve ritenere, dunque, che dal momento della cessazione dello stato di emergenza la Regione Siciliana sia subentrata a tutti gli effetti all'Amministrazione statale nel processo amministrativo proposto dai ricorrenti per l'impugnazione dei provvedimenti adottati nelle more emergenziali (in questo senso si è già orientata in casi simili la giurisprudenza di questa Sezione, cfr. sentenza n. 11595 del 2019).

Ciò indipendentemente dalle articolazioni organizzative dell'Amministrazione regionale, unitariamente individuata come soggetto subentrante in forza della richiamata ordinanza del capo di Dipartimento della Protezione civile numero 37 del 15 gennaio 2013.

Conseguentemente risulta infondata l'eccezione della difesa regionale sul proprio difetto di legittimazione passiva.

Venendo all'esame, nel merito, dei motivi di impugnazione, si deve ricordare che, con il ricorso introduttivo, la società ricorrente chiede l'annullamento della nota prot. n. (...) del 29 dicembre 2010 e della disposizione commissariale n. 199 del 2010, con cui il Prefetto di Trapani ha disposto l'annullamento della gara per l'affidamento mediante procedura aperta del servizio attinente l'architettura e l'ingegneria per la redazione della variante al Piano Regolatore del sistema portuale di Pantelleria e Scauri, della progettazione definitiva per l'adeguamento del porto di Pantelleria Centro e di uno stralcio funzionale esecutivo per l'adeguamento dello stesso porto, compresi gli studi ed i rilievi specialistici funzionali al progetto stesso.

I provvedimenti impugnati sono motivati principalmente con la rilevazione di una discordanza tra il punteggio massimo della valutazione dell'offerta tecnica ed economica e la somma dei punteggi dei sub-elementi e in considerazione del fatto che gli artt. 4, 5 e 6 del disciplinare di gara richiedevano requisiti di partecipazione superiori a quelli previsti dalla normativa di settore, oltre che con riferimento alla nota prot. n. (...) del 2010 con cui l'Ufficio Opere Marittime aveva manifestato la propria disponibilità a completare le attività progettuali necessarie per le finalità della gestione commissariale.

Avverso i suddetti atti, la ricorrente deduce, con il ricorso introduttivo, quattro motivi di diritto.

Con il primo motivo denuncia la violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990, atteso che i provvedimenti non avrebbero recato specificamente l'autorità cui ricorrere, ma si sarebbero limitati ad una mera indicazione generica, individuando quale autorità da adire il TAR competente.

Il primo motivo del ricorso principale è infondato.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale, la mancata indicazione del termine e dell'autorità cui ricorrere ai sensi dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990 rileva solo ai fini dell'eventuale scusabilità della non tempestività del ricorso e dunque ai fini di una rimessione in termini per la sua presentazione. Diversamente opinando si porrebbe all'illogica conseguenza di consentire una indiscriminata impugnazione degli atti amministrativi in violazione della perentorietà dei termini previsti dal c.p.a. (Consiglio di Stato n. 1983 del 2011; TAR Trieste, n. 243 del 2017; Tar Bolzano, n. 162 del 2017; TAR Napoli, n. 5486 del 2016; TAR Lazio (Roma), n. 7685 del 2016).

Nel caso concreto, l'irregolarità derivante dal difetto di indicazione specifica dell'autorità cui ricorrere non ha inciso sul tempestivo deposito del ricorso, atteso che il ricorso principale è stato riassunto ritualmente innanzi al T.a.r. competente, dopo essere stato introdotto presso il T.a.r. Sicilia, funzionalmente incompetente, entro il termine di impugnazione e dunque del tutto irrilevante risulta essere l'irregolarità censurata dalla ricorrente ai fini della tutela del suo diritto di difesa, esigenza che l'art. 3, comma 4, della L. n. 241 del 1990 mira a perseguire.

Il secondo ed il terzo motivo di ricorso meritano una trattazione congiunta per i profili di connessione sottesi. Con il secondo motivo la ricorrente deduce eccesso di potere e violazione di legge, in quanto il lavoro di progettazione svolto dall'Ufficio del Genio Civile Opere Marittime, risalendo al 2004, non avrebbe potuto tener conto delle problematiche tecniche che hanno determinato l'emergenza, con specifico riferimento al rilievo plano-altimetrico e batimetrico. Sarebbe improbabile che l'Ufficio delle opere marittime non fosse stato coinvolto dal Commissario delegato nella predisposizione della gara d'appalto.

Inoltre l'errore nella predeterminazione dei punteggi sarebbe un errore materiale, da correggere attribuendo al criterio di valutazione "struttura tecnico organizzativa proposta" il massimo punteggio pari a 10, anziché quello pari a 5 indicato nel disciplinare di gara; l'errore sarebbe riconoscibile nel punteggio 35 attribuito al sotto-criterio "metodologie operative proposte" in quanto la somma dei relativi sotto-criteri sarebbe pari a

30. Il punteggio massimo da attribuire al criterio "struttura tecnico organizzativa" non avrebbe potuto che essere pari a 10, per la complessità e l'importanza del criterio di valutazione.

In subordine, ad avviso della ricorrente, il punteggio avrebbe potuto essere corretto, aumentando proporzionalmente i punteggi attribuiti ai singoli sotto-criteri fino a raggiungere la somma di 35.

Quanto ai requisiti di qualificazione, il provvedimento di annullamento d'ufficio sarebbe viziato per eccesso di potere, per difetto dei presupposti e di motivazione; la soglia minima dei requisiti di partecipazione potrebbe essere discrezionalmente elevata dalla stazione appaltante, con riferimento alle peculiarità del mercato e dei lavori; la illogicità dei requisiti non sarebbe stata motivata.

In subordine, l'Amministrazione non avrebbe considerato che la situazione di emergenza legittimerebbe la deroga a numerose disposizioni del codice degli appalti, tra cui l'articolo 42.

Infine, non sarebbe stato motivato sull'affidamento dei concorrenti ammessi alla seconda fase della gara.

Con il terzo motivo la ricorrente deduce violazione dell'articolo 21 nonies della legge sul procedimento amministrativo, non essendo state individuate le ragioni di pubblico interesse all'annullamento d'ufficio, comparativamente con le posizioni soggettive incise.

Entrambi i motivi non meritano accoglimento.

Ai sensi del rinvio operato dall'art. 5 della L. n. 225 del 1992 all'art. 2 lett. c) della medesima legge, lo stato di emergenza è definito come situazione di pericolo per i superiori interessi pubblici quali l'integrità pubblica e la salute, determinato da "calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo. Al fine di far fronte a tale situazione o nell'imminenza del suo verificarsi, il Consiglio dei Ministri delibera in merito agli interventi da attuare ovvero: a) all'organizzazione ed all'effettuazione dei servizi di soccorso e di assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, entro i limiti delle risorse finanziarie disponibili; c) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo strettamente connesso all'evento, entro i limiti delle risorse finanziarie disponibili e comunque finalizzate prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità; d) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza; e) all'avvio dell'attuazione delle prime misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera d), entro i limiti delle risorse finanziarie disponibili e secondo le direttive dettate con delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata."

In tale contesto dunque, il legislatore, per far fronte celermente ad una situazione di emergenza, consente che il Consiglio dei Ministri possa derogare alle norme ordinarie, attribuendo anche poteri straordinari ed urgenti al Commissario delegato, al fine di porre rimedio allo stato di emergenza determinatosi, rimuovendo in tempi brevi le situazioni di pericolo per la pubblica e privata incolumità e garantendo il ritorno alle normali condizioni di vita.

Nella fattispecie in esame, veniva disposta procedura per l'affidamento di alcuni servizi al fine di procedere al superamento dello stato di emergenza in relazione alla situazione determinatasi a causa della criticità del sistema portuale e dell'approvvigionamento idrico nel territorio dell'isola di Pantelleria, in provincia di Trapani, stante la grave condizione di carenza strutturale e di insufficiente sicurezza per la navigazione sia in fase di accosto che per l'approdo in cui versava il sistema portuale di Pantelleria, nonché stanti le forti criticità del sistema idrico inerenti sia alla produzione di acqua potabile che alla successiva distribuzione, per cui occorreva realizzare e completare il sistema infrastrutturale inerente il ciclo integrato delle acque.

Orbene, occorre esaminare la ragionevolezza e la legittimità del provvedimento di annullamento in autotutela della gara indetta per fronteggiare tale stato di emergenza alla luce della richiamata normativa.

A tal fine è pregnante il richiamo alla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre del 2004 con cui è stato rilevato che la Commissione europea ha avviato nei confronti dello Stato italiano procedure d'infrazione sul presupposto che alcune ordinanze emesse ai sensi della L. n. 225 del 1992 avrebbero violato le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e si è disposto che eventuali deroghe alle norme nazionali in materia di appalti, giustificate dallo stato di emergenza, sarebbero dovute essere conformi alle direttive comunitarie in materia ed essere motivate in merito all'esistenza di presupposti di necessità ed urgenza caratterizzate da imprevedibilità e non imputabilità allo Stato italiano.

Alla luce di quanto innanzi, deve dunque rilevarsi che i superiori principi, espressione del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., quale la garanzia di indipendenza della Commissione incaricata della valutazione delle offerte, nonché il principio della concorrenza di cui all'art. 101 e ss. TFUE sono coperti da un'intangibilità derogabile unicamente in presenza di un'imprevedibilità e non imputabilità allo Stato italiano della situazione di emergenza e, dunque, in presenza di un superiore interesse pubblico. Pertanto, avendo riguardo al caso di specie, deve evincersi la bontà dell'operato dell'Amministrazione precedente che ha provveduto ad annullare in autotutela la procedura di affidamento citata, atteso che del tutto irragionevole sarebbe stato procedere ad un restringimento della concorrenza determinato dalla previsione di requisiti di partecipazione tecnico-organizzativi ed economici più restrittivi rispetto a quelli ordinariamente prescritti dalla legge, determinazione che, seppure astrattamente giustificabile dalla normativa emergenziale, non è, in concreto, suffragata da alcuna motivazione in merito alle circostanze pocanzi individuate.

A ciò si aggiunga che anche la puntuale predeterminazione del punteggio da attribuire nella valutazione delle offerte tecniche ed economiche, oltre che costituire garanzia di trasparenza dell'azione amministrativa, risponde all'esigenza del superiore principio di imparzialità espresso dall'art. 97 Cost.

L'errore nella determinazione dei sub-punteggi, alla luce dei principi innanzi espressi, non può dunque definirsi mero errore materiale o di calcolo, come vorrebbe parte ricorrente, ma deve anzi qualificarsi come grave violazione dei sopracitati principi.

La Commissione valutativa infatti, correggendo in itinere i sub-punteggi da attribuire alle varie voci delle offerte, non solo avrebbe minato la propria imparzialità nella scelta dell'impresa che ha depositato l'offerta economicamente più vantaggiosa, dunque violando l'art. 97 Cost., ma avrebbe anche dato luogo ad una lesione della concorrenza, atteso che, per massima di comune esperienza, le imprese si determinano a partecipare ad una gara anche in forza delle indicazioni contenute nella "lex specialis" tra cui devono menzionarsi i punteggi attribuiti ai requisiti tecnico-organizzativi ed economici posseduti.

Del pari, deve essere ritenuta inconsistente la censura in merito alla mancata indicazione nel provvedimento di autoannullamento dell'indicazione dell'interesse pubblico sotteso, atteso che nella disposizione commissariale n. 199 del 2010 è dato rinvenire la motivazione per cui si è ritenuto di dover procedere all'annullamento, facendosi riferimento, mediante ricorso alla motivazione "per relationem", in forza del richiamo alla nota prot. n. (...) del 2010 dell'Ufficio del Genio Civile opere marittime, oltre che alle palesi violazioni di legge riscontrate ed in detta sede menzionate, anche al minore esborso economico che il proseguimento del progetto del 2004 avrebbe determinato.

Sebbene, difatti, tale progetto non poteva che prevedere la realizzazione di attività che fossero attuali alla luce delle esigenze del tempo e, dunque, inadeguate ad anticipare quelle che sarebbero state le esigenze poi emerse con la dichiarazione dello stato di emergenza, deve comunque rilevarsi che, da quanto versato in atti, le stesse risultavano oggetto anche delle prestazioni richieste all'impresa che sarebbe risultata affidataria in virtù della procedura di affidamento "de qua".

Dunque correttamente l'Amministrazione ha provveduto ad annullare la gara oggetto di odierna impugnazione, in quanto, come risulta dai depositi documentali delle parti, il precedente progetto non era stato adeguatamente preso in considerazione ai fini della determinazione dell'oggetto e del costo della procedura, con evidente lesione degli interessi pubblici.

Inopinabilmente tale errore valutativo dell'Amministrazione ha inciso sulla violazione delle regole di buona fede e correttezza che tutti i soggetti di diritto sono tenuti ad osservare anche ai sensi del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., violazione che la ricorrente deduce nel quarto motivo di ricorso.

Su tale presupposto, la ricorrente, con lo stesso quarto motivo di ricorso, chiede il risarcimento del danno a titolo di responsabilità extracontrattuale o precontrattuale, non essendo stata valutata a tempo debito l'esistenza di progetti già elaborati, per essere stato ingiustificatamente ritardato lo svolgimento della gara e per non essere stato comunicato tempestivamente alla ricorrente il procedimento di annullamento d'ufficio, così determinando un inutile spreco di risorse; il danno sarebbe pari ad Euro 393.000 di cui: per spese di personale tecnico specialistico Euro 270.000; per attività tecniche svolte in sede di gara, studio di fattibilità, Euro 108.000; per spese di sopralluogo e visite Euro 15.000.

Tuttavia, anche tale domanda non merita accoglimento.

Questo Collegio ritiene preliminarmente di dover condividere i principi di diritto espressi recentemente dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 laddove si è affermata la sussistenza di una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione anche prima dell'aggiudicazione definitiva o provvisoria, motivando in relazione all'interpretazione evolutiva delle norme di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.

Le norme testé richiamate, introdotte nell'era della vigenza del sistema corporativo, trovano oggi la loro "ratio" giustificatrice nell'art. 2 Cost. e nel principio di solidarietà sociale che esso esprime, che attribuisce rilievo non tanto all'instaurazione di una trattativa in sé considerata, bensì all'instaurazione di una relazione tra le parti di cui una rivesta una posizione qualificata, quale è la Pubblica Amministrazione, nei confronti della quale è dunque esigibile un dovere di correttezza, lealtà, tutela dell'affidamento, maggiore rispetto a quello che è logico attendere da un "quisque de populo".

La teoria del "contatto sociale" pocanzi brevemente riassunta ha avuto il merito di estendere l'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale non solo alle fattispecie in cui una trattativa in senso giuridico effettivamente esistesse, ma anche quando si fosse instaurata una mera relazione con un soggetto qualificato tale da far sorgere il legittimo affidamento circa la conclusione del contratto.

Argomentando da tali assunti, l'Adunanza Plenaria citata è pervenuta al riconoscimento in capo ai partecipanti ad una gara, in una fase anteriore all'aggiudicazione, della legittimazione ad agire per ottenere la condanna al risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, qualora non si pervenga alla definizione della gara medesima ed alla stipulazione del contratto.

Deve dunque concludersi per l'ammissibilità dell'esperimento di tale azione risarcitoria da parte della ricorrente, mera partecipante ammessa alla gara "de qua".

Si deve rilevare che la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione sussiste soltanto qualora si rinvengano gli estremi di una condotta colposa che sia connessa al danno da perdita di chance, il cui onere probatorio incombe comunque ai sensi dell'art. 2697 c.c. in capo al danneggiato.

L'Ad. Plen. n. 5 del 2018 ha inoltre chiarito che il "progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all'attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo" quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento.

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'Amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo

di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250).

Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.

Come è stato efficacemente rilevato, in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale.

Or dunque, la legittimità del provvedimento emesso dalla Pubblica Amministrazione non è tale da scongiurare la responsabilità precontrattuale della stessa, atteso che il presupposto di tale fattispecie di responsabilità non è l'illegittimità del provvedimento finale, che darebbe tutt'al più luogo ad ipotesi di responsabilità extracontrattuale, bensì il generale comportamento tenuto dall'Amministrazione prima della stipulazione del contratto.

Nel caso di specie l'Amministrazione si è resa di certo colpevole della violazione dei doveri di correttezza e buona fede, in quanto avrebbe dovuto valutare, essendone nelle condizioni, il progetto anteriore e dunque non avrebbe dovuto indire una gara avente ad oggetto la realizzazione, in parte, di analoghe attività oggetto del progetto, ma la domanda risarcitoria avanzata da parte ricorrente non può comunque trovare accoglimento.

Ai sensi dell'art. 2697 c.c., la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a carico dei danneggiati i quali ne devono fornire la prova rigorosa, non potendosi limitare ad una mera allegazione fattuale dei danni subiti.

In altri termini, la ricorrente avrebbe dovuto puntualmente provare il danno subito in relazione ad eventuali opportunità contrattuali perse a causa del comportamento colposo dell'Amministrazione od in merito alle spese sostenute, sempre a fronte della scorrettezza dell'operato dell'Amministrazione, mediante deposito probatorio che non è dato rinvenire negli atti di causa.

Al riguardo, la ricorrente si è limitata a depositare alcuni contratti stipulati per compensi al personale tecnico-specialistico, per attività tecniche da svolgere in sede di gara e per spese di sopralluogo, senza allegare alcuna dimostrazione della effettiva esecuzione di pagamenti (fatture, bonifici bancari), così riuscendo a provare il danno-evento (la scorrettezza nella conduzione della procedura) ma senza provare il danno-conseguenza (l'effettivo inutile esborso di denaro per la partecipazione alla gara).

Ne deriva la infondatezza della domanda risarcitoria.

Inammissibile, oltre che infondato, è poi il primo ricorso per motivi aggiunti, proposto per l'annullamento del diniego tacito di autotutela formatosi in data 9 febbraio 2011 per inerzia della stazione appaltante ex art. 243 bis del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Il preavviso di ricorso disciplinato dall'art. 243 bis del D.Lgs. n. 163 del 2006 aveva "ratione temporis" unicamente la funzione di sollecitare il riesame della decisione adottata, peraltro non obbligatorio. L'esito negativo è meramente confermativo del provvedimento contestato ed è privo di autonoma lesività, dovendo le doglianze dell'interessato essere dirette soltanto nei confronti dei veri atti lesivi (cfr. TAR Lazio, Roma, n. 5437 del 2019; Consiglio di Stato n. 4275 del 2017; Consiglio di Stato, n. 3613 del 2015; Consiglio di Stato n. 6712 del 2012).

Ne deriva l'inammissibilità del ricorso, per difetto d'interesse.

Venendo all'esame del secondo ricorso per motivi aggiunti si deve ricordare che, con tale gravame, la ricorrente impugna la nota del 20 ottobre 2010 numero di protocollo (...) dell'Ufficio del commissario delegato, la nota del 20 ottobre 2010 numero di protocollo (...), la nota del Provveditorato interregionale alle opere pubbliche del 21 dicembre 2010, la Disposizione commissariale numero 204 del 29 dicembre 2010, atti tutti preparatori e presupposti dal principale provvedimento impugnato.

Gli atti impugnati presenterebbero gli stessi profili di illegittimità già dedotti con il ricorso introduttivo.

Pertanto, con il primo motivo, la ricorrente ripropone il secondo motivo del ricorso introduttivo, in quanto risulterebbe che il progetto, già realizzato, sarebbe ancora in corso e avrebbe presentato rilievi, essendone stata richiesta la parziale rielaborazione. Anche il parere tecnico richiamato nel provvedimento principale impugnato presenterebbe profili di perplessità. Dalla nota numero 905 del 2010 emergerebbe che il Soggetto attuatore proponeva l'annullamento sulla base di un ipotetico risparmio finanziario, richiamando il progetto di completamento del porto di Pantelleria Centro che comunque richiederebbe opportune modifiche ed integrazioni.

Il motivo è infondato perché, da quanto versato in atti, risulta che il progetto del 2004, alla cui stregua si è proceduto all'annullamento della gara, indetta in parte per le medesime attività oggetto del progetto, si trovava già in una fase avanzata di definizione, sebbene non fosse provvisto della necessaria conformità urbanistica e della necessaria V.I.A. Or bene, risulta dunque che il progetto in questione aveva un'inconfutabile incidenza sull'oggetto della procedura di affidamento e dunque anche sui costi dello stesso per cui legittimamente l'Amministrazione ha annullato in autotutela la procedura, anche a tutela della finanza pubblica.

Con riferimento al secondo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti, trattandosi di censura sollevata con il secondo motivo di ricorso principale, si rinvia a quanto già detto innanzi.

Infatti, con tale motivo, ci si limita a riproporre il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti oltre che di motivazione, in relazione agli atti impugnati.

Parimenti infondato è anche il terzo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti.

Con il terzo motivo, dedotto nel secondo atto di motivi aggiunti, si rappresenta la differenza tra l'oggetto del servizio conferito in appalto e il progetto già realizzato, di minore ampiezza e meno rilevante anche sul piano qualitativo. Ciò con riferimento sia al piano regolatore portuale che ai sondaggi marittimi. Non sarebbe motivata la valutazione sulla congruità sotto il profilo tecnico del progetto in corso di realizzazione per la risoluzione della criticità del sistema portuale di Pantelleria.

A giudizio del Collegio, oltre a richiamare le conclusioni rassegnate con riferimento al primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti, deve pure rilevarsi che il provvedimento di annullamento in autotutela è sufficientemente motivato sul punto.

Difatti, già solo l'omissione della valutazione dell'impatto di opere in parte coincidenti con l'oggetto dell'affidamento, come asserisce anche parte ricorrente (circostanza da ritenersi dunque provata ai sensi dell'art. 115 c.p.c.), costituisce motivazione sufficiente a giustificare un ragionevole annullamento in autotutela, a prescindere dalla concreta quantificazione di tale incidenza sulla procedura di affidamento già avviata.

Avendo invece riguardo al quarto motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti deve evidenziarsi quanto appresso.

Con il quarto motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti si censura l'affidamento, con disposizione commissariale numero 204 del 29 dicembre 2010, dell'incarico al Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, avvalendosi per l'affidamento degli incarichi professionali di pubbliche amministrazioni o di professionisti specializzati senza svolgimento di alcuna gara ad evidenza pubblica, con violazione delle disposizioni del codice degli appalti. Qualora i servizi venissero, invece, affidati con una procedura ad evidenza pubblica, risulterebbe contraddittoria l'attività della pubblica amministrazione che ha annullato la precedente gara.

Il motivo è inammissibile, essendo formulato a titolo di ipotesi per contrastare atti non ancora adottati.

Infatti, da quanto depositato dalle parti in causa, non risultano attribuzioni di incarichi a privati oggetto di specifica impugnazione.

Pertanto, il quarto motivo deve essere dichiarato inammissibile per inesistenza degli atti impugnati.

Per tutto quanto innanzi devono pure rigettarsi il quinto ed il sesto motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti, attese le ragioni di connessione con le questioni sinora esaminate.

Con il quinto motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti si deduce la illegittimità derivata degli atti preparatori, per tutti i vizi già dedotti avverso il principale provvedimento impugnato e il diniego tacito di autotutela.

Con il sesto motivo si rinvia al terzo e al quarto motivo del ricorso introduttivo, ribadendo la domanda di risarcimento a titolo di responsabilità extracontrattuale o precontrattuale.

Si tratta di vizi e di domande già esaminati e confutati.

Infine, con il settimo motivo, in via subordinata, per l'ipotesi in cui l'illegittimità degli atti impugnati non determinasse la privazione di efficacia degli eventuali contratti, si chiede il risarcimento del danno per equivalente.

Anche la infondatezza della domanda subordinata, ripetitiva della domanda risarcitoria per responsabilità extracontrattuale o precontrattuale già proposta, è stata dimostrata in precedenza.

In conclusione, dunque, i ricorsi proposti devono essere rigettati o dichiarati inammissibili.

Ragioni di complessità della causa giustificano la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

Dichiara il difetto di legittimazione passiva delle Amministrazioni statali.

Rigetta il ricorso introduttivo.

Dichiara inammissibile il primo ricorso per motivi aggiunti.

Rigetta il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Antonio Andolfi, Consigliere, Estensore