



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 591 del 2017, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
SOCIETA' AGRICOLA SA COLVULA S.S., Giuseppe Ghisu, Marco Faedda, in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Marcello
Bazzoni, Vittore Davini, con domicilio eletto presso lo studio Monica Macciotta in
Cagliari, via San Salvatore Da Civita 11;

contro

COMUNE DI BONORVA - Settore Finanziario e Contabile - Area Socio-
Culturale, Comune di Bonorva - Settore Amministrativo, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gian Comita Ragnedda,
con domicilio eletto in Cagliari presso lo studio Debora Urru in 44, via Farina;

nei confronti di

-SOC. AGRICOLA RINASCIMENTO S.R.L., COSTITUENDA SOCIETA'
AGRICOLA FONDAZIONE MANAI S. R.L.,

-DITTA	INDIVIDUALE	PUDDU	MARIANO,
-DITTA	INDIVIDUALE	MARRAS MICHELE	ANGELO,
-DITTA	INDIVIDUALE	MORITTU	SALVATORE,
-DITTA	INDIVIDUALE	MARRAS	FRANCESCO,
-DITTA	INDIVIDUALE	PINTORE	GAVINO,
-DITTA	INDIVIDUALE	DETTORI	TONINO,
-DITTA	INDIVIDUALE	SERRA	ALESSANDRO,
-DITTA	INDIVIDUALE	TESTONI	TONINO,
-SOCIETA	AGRICOLA	F.LLI MATTEOLI	S.S.

Tutte non costituite in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO:

- 1.- della determinazione n. 220 del 23.06.2017 del Responsabile pro-tempore del Settore Finanziario – Area Socio-Culturale del Comune di Bonorva , che ha disposto, <<per le motivazioni esposte nella parte narrativa: di annullare in autotutela, tutti gli atti riguardanti la procedura di gara relativa all'affitto dei terreni agricoli dell'Ex Pia Fondazione Manai, e precisamente le proprie determinazioni n. 140 del 13/04/2017, n. 165 del 08/05/2017 e n. 171 del 15/05/2017 in premessa richiamate>>;
- 2.-di ogni altro atto, allo stato incognito, a questo presupposto connesso e consequenziale;
- 3.- del provvedimento, ove esistente e del quale allo stato si ignorano gli estremi, con il quale il Comune di Bonorva ha rigettato la richiesta della Società ricorrente (di cui istanza - diffida in data 14.7.2017) di annullare integralmente ex artt. 21-octies e nonies, e/o comunque a caducare integralmente con altro atto di ritiro, la determinazione del Responsabile del Settore Finanziario e Contabile – Area Socio-Culturale, n. 220 del 23.06.2017 e tutti gli atti ad essa presupposti, connessi e con-

sequenziali , e conseguentemente, a procedere, ove occorresse, alla aggiudicazione definitiva e alla formalizzazione della concessione e/o alla stipula del contratto con la scrivente società;

4.- della deliberazione GC n. 75 del 12.07.2017 recante direttive al Responsabile del servizio Amministrativo per concessione di alcuni terreni (in allegato A alla stessa) di proprietà comunale siti in agro di Bonorva facenti parte del disciolto Ente Manai.-

4.- della determinazione del Responsabile del Settore Amministrativo n. 66 del 12.07.2017 di approvazione del bando di pubblico incanto per la concessione di terreni agricoli di proprietà comunale destinati alla vendita di stoppie , erba mediante uso pascolativo e/o di sfalcio – ex Ente Manai e del bando e di ogni altro allegato con tali atti approvato e dei relativi allegati.

E PER

l'annullamento delle concessioni e/o la dichiarazione di inefficacia dei contratti, medio tempore stipulati, in relazione agli stessi terreni oggetto della gara indetta con determinazione 140/2017 del Resp. Ser. Finanziari, con gli aggiudicatari della gara indetta con determinazione Responsabile Settore Amministrativo 12.7.2017 n. 66; ovvero, dichiarare la nullità, ovvero disporre l'annullamento dei medesimi contratti, o la loro caducazione automatica, anche in via derivata.

**

Per quanto riguarda i MOTIVI AGGIUNTI depositati il 25\9\2017 :

per l'annullamento

A) degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo:

1.- della determinazione n. 220 del 23.06.2017 del Responsabile pro-tempore del Settore Finanziario – Area Socio-Culturale del Comune di Bonorva , che ha disposto, <<per le motivazioni esposte nella parte narrativa di annullare in autotutela, tutti gli atti riguardanti la procedura di gara relativa all'affitto dei terreni

agricoli dell'Ex Pia Fondazione Manai, e precisamente le determinazioni n. 140 del 13/04/2017, n. 165 del 08/05/2017 e n. 171 del 15/05/2017 >>;

2.-di ogni altro atto, allo stato incognito, a questo presupposto connesso e consequenziale;

3.- del provvedimento, ove esistente e del quale allo stato si ignorano gli estremi, con il quale il Comune di Bonorva ha rigettato la richiesta della Società ricorrente (di cui istanza - diffida in data 14.7.2017) di annullare integralmente ex artt. 21-octies e nonies, e/o comunque a caducare integralmente con altro atto di ritiro, la determinazione del Responsabile del Settore Finanziario e Contabile – Area Socio-Culturale, n. 220 del 23.06.2017 e tutti gli atti ad essa presupposti, connessi e consequenziali , e conseguentemente, a procedere, ove occorresse, alla aggiudicazione definitiva e alla formalizzazione della concessione e/o alla stipula del contratto con la scrivente società;

4.- della deliberazione GC n. 75 del 12.07.2017 recante direttive al Responsabile del servizio Amministrativo per concessione di alcuni terreni (in allegato A alla stessa) di proprietà comunale siti in agro di Bonorva facenti parte del disciolto Ente Manai.-

5.- della determinazione del Responsabile del Settore Amministrativo n. 66 del 12.07.2017 di approvazione del bando di pubblico incanto per la concessione di terreni agricoli di proprietà comunale destinati alla vendita di stoppie , erba mediante uso pascolativo e/o di sfalcio – ex Ente Manai e del bando e di ogni altro allegato con tali atti approvato e dei relativi allegati.

E PER

6.- l'annullamento delle concessioni e/o la dichiarazione di inefficacia dei contratti, medio tempore stipulati, in relazione agli stessi terreni oggetto della gara indetta con determinazione 140/2017 del Resp. Ser. Finanziari, con gli aggiudicatari della gara indetta con determinazione Responsabile Settore

Amministrativo 12.7.2017 n. 66; ovvero, dichiarare la nullità, ovvero disporre l'annullamento dei medesimi contratti, o la loro caducazione automatica, anche in via derivata.

**

B) ATTI IMPUGNATI CON MOTIVI AGGIUNTI:

7.-della determinazione della quale si ignorano gli estremi di nomina della Commissione di gara indetta del Responsabile del Settore Amministrativo con determinazione n. 66 del 12.07.2017 di approvazione del bando di pubblico incanto per la concessione di terreni agricoli di proprietà comunale destinati alla vendita di stoppie , erba mediante uso pascolativo e/o di sfalcio – ex Ente Manai con determinazione 66/2017;

8) della determinazione Responsabile settore Amministrativo n. 70 del 4.8.2017 e di ogni eventuale ulteriore atto allo stato incognito di approvazione dei verbali e relativi allegati del pubblico incanto (verbale 01.08.2017; eventuali altri incogniti; relativi allegati) di cui al punto che precede e di aggiudicazione della concessione dei terreni ad uso pascolativo e/o di sfalcio e della vendita delle relative stoppie ed erba; dell'avviso esito gara prot. 5322 del 01.08.2017.

9) l'annullamento delle conseguenti concessioni, anche implicite o tacite, e/o l'annullamento o dichiarazione di invalidità e/o inefficacia dei contratti e/o convenzioni, medio tempore stipulati, con i controinteressati, aggiudicatari di uno o più degli 11 lotti della gara indetta con determinazione Responsabile Settore Amministrativo 12.7.2017 n. 66, aventi per oggetto i medesimi terreni della gara indetta con determinazione 140/2017 del Resp. Ser. Finanziari; ovvero, dichiarare la nullità, ovvero disporre l'annullamento dei medesimi contratti, o la loro caducazione automatica, anche in via derivata.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bonorva;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2017 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Determinazione Responsabile Servizio Finanziario Gianfranco Sechi n. 15 del 14.01.2017 veniva indetta (una prima) gara pubblica (antecedente a quella successiva, oggetto di questo contenzioso) per la concessione in affitto dei terreni dell'ex Pia Fondazione Manai ed approvato il relativo bando, il capitolato e gli schemi di domanda e dichiarazioni.

Con determinazione n. 55 del medesimo Resp. Serv. Fin. 14.02.2017 veniva nominata la Commissione così composta: sig. Sechi Gianfranco-Presidente (e RUP); Dott. Francesco Mura , componente; Dott.ssa Floriana Muroi-componente.

Alla gara partecipava una sola ditta nei cui confronti veniva effettuata l'aggiudicazione definitiva; con determinazione 118 del Resp.Ser. Fin. si provvedeva alla revoca dell'aggiudicazione a causa della rinuncia da parte della ditta risultata aggiudicataria.

Con successiva determinazione n. 140 del 13.04.2017 il Responsabile Settore Finanziario – Area Socio- Culturale Gianfranco Sechi approvava nuovamente la procedura di gara, in particolare pubblicando il bando di gara, il disciplinare e i documenti ad essi allegati, per la concessione in affitto dei terreni agricoli nell'area denominata “Ente Manai” (della ex Pia Fondazione G.Manai) nel Comune di Bonorva, per la durata di anni 15.

L'avviso pubblico (Bando) prevedeva l'oggetto della concessione come assegnazione in regime di <affitto terreni agricoli> ricadenti nell'area denominata

“ENTE MANAI” , composta dalle aree agricole in agro di Bonorva censite ai fogli e mappali di cui all'allegato A) al Bando (elenco terreni coinvolti).

La concessione , che prevedeva come finalita' l' affitto, era così articolata:

- gestione ad indirizzo agroalimentare dei terreni in affitto;
- valorizzazione dell'area e gestione della stessa secondo il <progetto gestionale> presentato in sede di gara;
- conservazione , manutenzione, sicurezza ed integrità dei beni nel rispetto della normativa vigente.

I più rilevanti obblighi del concessionario (rilevanti per la qualificazione e definizione della concessione) erano:

- provvedere a sua cura e spese alla <valorizzazione della suddetta area>, presentando un proprio “progetto di massima” secondo la scheda allegata all'avviso;
- provvedere, a propria cura e spese, alla manutenzione ordinaria di tutte quelle opere atte a garantire una corretta regimazione delle acque;
- provvedere, a propria cura e spese, alla manutenzione ordinaria dei manufatti;
- salvaguardare le specie arboree esistenti;
- provvedere a proprie spese all'acquisto di attrezzature, arredi e quant'altro si renda necessario per il buon funzionamento dell'attività proposta nell'area oggetto di concessione, che rimarranno di proprietà del concessionario;
- presentare un <progetto gestionale> dell'intera area garantendo la tutela ambientale , la proficua utilizzazione e la promozione del territorio, con assunzione a suo carico di tutta l'organizzazione gestionale, comprese tutte le spese relative al personale ai consumi , pulizie, imposte ecc..

Alla fine della concessione le strutture così come realizzate sarebbero rimaste di proprietà dell'amministrazione, senza che l'aggiudicatario potesse vantare pretese o diritto alcuno a corrispettivi, indennizzi o risarcimenti.

Inoltre veniva stabilito che la<< procedura viene regolata dal regolamento comunale sulla <concessione dei beni comunali> e dalla normativa di settore vigente al momento della pubblicazione del presente avviso e dalla normativa sui contratti pubblici in quanto applicabile>>.

La procedura di aggiudicazione veniva individuata come <<procedura aperta ad evidenza pubblica con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa su parametri di valutazione che verranno di seguito indicati>>.

L'importo a base d'asta veniva stabilito in euro 100 ad ettaro, annue.

La parte economica avrebbe inciso in modo minoritario (20 punti su 100).

Mentre la Qualità della proposta, fino a 80 punti, sarebbe stata valutata attraverso la considerazione degli elementi di:

- Qualità progettuale di valorizzazione dell'area in rapporto al contesto ambientale dell'Ente Manai: 10 punti;
- tipologia di produzione proposta in relazione alle coltivazioni tradizionali e alla possibilità di utilizzo e trasformazione delle stesse in ambito locale: fino a 40 punti;
- incidenza ambientale degli interventi previsti nella proposta progettuale: fino a 10 punti;
- materiali impiegati nel recupero dei fabbricati e infrastrutture, privilegiando quelli con minore impatto ambientale : fino a 10 punti;
- grado di occupazione derivante dall'intervento proposto: fino a 10 punti;

La normativa di riferimento veniva indicata, per quanto non previsto dal bando, nel capitolato d'oneri e nella normativa sia generale che speciale riguardante l'appalto dei servizi, per importo pari a quello previsto dal bando stesso.

La allora costituenda Società ricorrente partecipava alla gara, presentando regolare offerta secondo i termini e le modalità del Bando.

Partecipavano alla gara altresì le società odierne controinteressate (soc. agricola rinascimento s.r.l. e costituenda società agricola Fondazione Manai).

In data 12.5.2017 veniva costituita la ricorrente società Sa Colvula.

Con determinazione n. 165 del 08.05.2017 veniva nominata la Commissione di gara nelle persone dei sigg. : Gianfranco Antonio Sechi – Responsabile dell'area finanziaria – Presidente, Dott. Floriana Muroli e Dott. Francesco Mura componenti.

La Commissione si riuniva nelle sedute del 10/05/2017 (verbale n. 1) , 11/05/2017 (verbale n. 2) , e 12/05/2017 (verbale n. 3) e individuava come offerta economicamente più vantaggiosa quella della allora costituenda SOCIETA' AGRICOLA SA COLVULA; al secondo posto si classificava la Soc. Rinascimento; la terza concorrente era stata esclusa.

Con determinazione n. 171 del 15.05.2017 il Responsabile Settore Finanziario – Area Socio-Culturale Gianfranco ha approvato i verbali di gara 1, 2 e 3 .

Si è dato atto <<dell'aggiudicazione in via provvisoria della gara in oggetto alla costituenda "Società Agricola Sa Colvula", in quanto ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa>>.

A seguito della segnalazione della società agricola Fondazione Manai il responsabile del settore procedeva al <riesame> degli atti e rilevava la sussistenza dell'incompatibilità fra l'ufficio di RUP e quello di Presidente della commissione di gara.

Con determinazione n. 220 del 23.06.2017 del Responsabile Settore Finanziario – Area Socio-Culturale Gianfranco Sechi, rilevava che in sede di <verifica degli atti> di gara sarebbe emerso il vizio, sulla base delle seguenti considerazioni:

- <<l'incompatibilità fra RUP e Presidente di gara: si tratta di un vizio insanabile nella procedura di gara, come si evince dalle più recenti sentenze del TAR in merito alla compatibilità di RUP e di presidenza di gara, tra le quali: TAR Lazio – Latina con sentenza n. 325 del 23 maggio 2017; la mancata esclusione del Presidente dalla regola prevista dall'art. 77 implica chiaramente che il r.u.p. non

possa essere componente della commissione nemmeno quale Presidente e quindi il superamento della giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del soppresso codice degli appalti>>;

-inoltre <<Ritenuto che quanto precede implichi l'annullamento di tutti gli atti di gara e che i vizi riconosciuti implicano la caducazione dell'intera gara a partire dagli atti che l'hanno indetta>>;

- <<considerato che>> rientrerebbe <<nel potere discrezionale dell'Amministrazione disporre la revoca del bando di gara (...) ovvero disporre l'annullamento qualora siano ravvisati vizi del procedimento>> e che questo potere, in presenza della sola aggiudicazione provvisoria, sarebbe esercitabile senza attivazione (come in effetti accaduto) di alcuna garanzia partecipativa ex legge 241/90 e smei (e ciò, si afferma, a maggior ragione <<nella vigenza dell'art. 204 del D.Lgs 18.04.2016 n. 50, (...) che ha introdotto il comma 2-bis dell'art. 120 del c.p.a. sul rito speciale degli appalti>>);

- rilevato quanto disposto dall'art. 28-nonies della L. 241/90 e smei sui presupposti per l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo (sussistenza interesse pubblico, termine ragionevole, ponderazione anche degli interessi dei destinatari e dei contro interessati);

-<< che tutti i principi e le regole di buona amministrazione, unitamente alle sottese finalità di giustizia amministrativa, di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, impongono una doverosa attività di autotutela>>;

- <<che nella fattispecie in esame sussiste l'interesse pubblico richiesto dalla citata norma per disporre l'annullamento in autotutela delle determinazioni n. 140 del 13/04/2017, n. 165 del 08.05.2017 e n. 171 del 15/05/2017, in quanto il vizio riscontrato inficia l'intera procedura di gara>>

Per tali motivi il Dirigente ha deciso di:

<<annullare, per le motivazioni esposte nella parte narrativa, in autotutela, tutti gli atti riguardanti la procedura di gara relativa all'affitto dei terreni agricoli dell'Ex Pia Fondazione Manai, e precisamente le proprie determinazioni n. 140 del 13/04/2017, n. 165 del 08/05/2017 e n. 171 del 15/05/2017 in premessa richiamate>>.

Dunque sono stati rimossi tutti gli atti: pubblicazione del bando di gara, nomina della Commissione, approvazione degli atti di gara e l'adozione della <proposta di aggiudicazione>.

Con atto di intimazione, diffida e messa in mora e preavviso di ricorso depositato in data 14.07.2017, la ricorrente chiedeva al Comune di provvedere al ritiro in autotutela della determinazione 220/2017 e degli altri atti anche incogniti ad essa presupposti, connessi e consequenziali e a dare corso agli atti conseguenti fino alla stipula del contratto con la ricorrente.

Con delibera GC n. 75 datata 12.07.2017 e determinazione in pari data n. 66 del dirigente settore Amministrativo veniva approvato un (nuovo) bando di pubblico incanto per la concessione dal 01.08.2017 al 31.05.2018 degli stessi terreni agricoli di proprietà comunale destinati alla vendita di stoppi , erba mediante uso pascolativo e/o di sfalcio –fra i quali quelli dell'ex Ente Manai; i terreni, sono quelli individuati nell' allegato A) al Bando approvato con la determinazione 66/2017, e sono gli stessi oggetto della precedente gara per concessione in affitto annullata con i provvedimenti qui impugnati.

**

La Determinazione n. 220/2017 del Resp. Serv. Finanziario, e gli atti, presupposti connessi e consequenziali, nonché gli ulteriori atti di indizione della nuova gara sono ritenuti illegittimi dalla ricorrente.

Con RICORSO PRINCIPALE depositato il 24.7.2017 la società agricola Sa Colvula ha impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati (essenzialmente

provvedimento di autotutela rispetto alla procedura di gara precedentemente espletata), con la formulazione delle seguenti censure:

1) 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 per illogicità e perplessità dell'azione amministrativa. arbitrarietà; difetto di motivazione e di istruttoria; ingiustizia manifesta.

2) violazione e falsa applicazione di norme di legge : art. 3, comma 1, rd n. 2440/1923 e artt. 36, 37 comma 1 rd 827/1924 ; “regolamento Comunale sulla concessione dei beni”; d.lgs 50/2016 e Smei;

3) violazione e falsa applicazione di norme di legge: art. 3, comma 1, rd n. 2440/1923 e artt. 36, 37 comma 1 rd 827/1924; art. 77 D.lgs 50/2016 e 216, comma 12 (cd. Nuovo codice appalti); art. 107 D.l.vo 267/2000 e smei.- eccesso di potere per carenza di presupposti e contraddittorietà con precedenti atti;

4) violazione e falsa applicazione artt. 21- octies e nonies Comma 1 della legge n. 241/1990 e smei.- violazione art. 3 l. 241/90 E smei ed eccesso di potere per carenza e comunque insufficienza Di motivazione;

5) violazione e falsa applicazione di norme di legge; violazione del principio di conservazione dell'effetto utile degli atti - violazione di legge: violazione art. 97 Cost. (principi di buon andamento dell'amministrazione) e violazione dei derivati principi di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa – violazione art. 1, comma 1, L. 241/90 e smei (principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa).- violazione del principio comunitario dd interno (anche ex art. 1 comma 1 l., 241/90) di proporzionalità dell'azione amministrativa.- eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza, per contraddittorietà e per ingiustizia grave e manifesta;

6) violazione del principio di concorrenza - violazione di legge (combinato disposto artt. 41 e 117 Cost.);

- 7) violazione e falsa applicazione dell'art. 21-quinquies l. 241/90 e smei ;
- 8) illegittimità ed invalidità derivata - eccesso di potere per carenza di presupposti, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza manifeste, sviamento e ingiustizia grave e manifesta.

Il "petitum" include anche la richiesta di annullamento delle concessioni e/o la dichiarazione di inefficacia dei contratti, eventualmente medio tempore stipulati, in relazione agli stessi terreni oggetto della gara indetta con determinazione 140/2017 del Resp. Serv. Finanziari, con gli aggiudicatari della gara indetta con determinazione Responsabile Settore Amministrativo 12.7.2017 n. 66; ovvero la dichiarazione di nullità, ovvero di annullamento dei medesimi contratti, o la loro caducazione automatica, anche in via derivata.

Si è costituito in giudizio il Comune di Bonorva che ha sostenuto la legittimità della procedura in autotutela che è stata esperita, in quanto necessitata dalla presenza in Commissione, in qualità di Presidente, del RUP.

Alla Camera di consiglio del 14/9/2017 la domanda cautelare è stata riunita al merito.

Successivamente sono stati notificati MOTIVI AGGIUNTI, depositati il 25/9/2017 , con rinnovata istanza cautelare contro la nuova gara indetta dal Comune.

Con i motivi aggiunti sono stati impugnati il nuovo bando per la concessione dei terreni agricoli, l'atto di nomina della (nuova) commissione di gara 66/2017, l'avviso dell'esito di gara, gli atti di concessione dei terreni, con richiesta di invalidità/inefficacia dei contratti-convenzioni stipulati con gli aggiudicatari di uno o più degli 11 lotti della gara (aventi per oggetto i medesimi terreni).

Con richiesta nullità/annullamento dei contratti o loro caducazione automatica anche in via derivata.

L'amministrazione, infatti, aveva nominato la nuova commissione (senza RUP), nell'ambito di una procedura sorretta da un nuovo e diverso bando.

All'esito dell'incanto erano risultati aggiudicatari: PUDU Mariano (Lotto1); MARRAS Michele Angelo (LOTTO 2); MORITTU Salvatore (LOTTI 3 e 7); MARRAS Francesco (LOTTO 4);

PINTORE Gavino (LOTTI 5 e 6); DETTORI Tonino (LOTTO 8); SERRA Alessandro (LOTTO 9); TESTONI Tonino (LOTTO 11); Società Agricola Fratelli Matteoli (LOTTO 12).

Con i motivi aggiunti si ribadisce essenzialmente la richiesta di annullamento della determinazione 220/2017 di revoca-annullamento della precedente gara nonché dei nuovi atti successivamente assunti (nuova aggiudicazione e conseguenti contratti di concessione), in quanto si ritiene che la precedente aggiudicazione fosse già operante, posto che la proposta di aggiudicazione, scaturita dai lavori della (precedente) commissione, e oggetto dell'approvazione con determinazione 171/2017, risulterebbe ope legis approvata decorsi 30 giorni dalla comunicazione (articolo 33 del codice 50/2016), con formazione implicita del provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente.

Con i motivi aggiunti sono state riformulate le censure già sollevate con ricorso, ma aventi ad oggetto i nuovi provvedimenti assunti in esecuzione della nuova gara indetta (in particolare bando, nuova aggiudicazione e conseguenti contratti di concessione).

Parte ricorrente sostiene che i medesimi vizi inficiano anche tutti i nuovi provvedimenti, sia espliciti che impliciti o taciti, nonché (in via derivata) contratti e/o convenzioni, sopravvenuti al ricorso introduttivo.

Si formulano nei motivi aggiunti richieste di pronunzie dichiarative e costitutive anche con riferimento alle concessioni, convenzioni contratti ove stipulati medio tempore.

Si ripropone istanza cautelare in quanto la mancata stipula del contratto non consentirebbe alla ricorrente di avviare la complessa attività proposta nell'elaborato <progetto di gestione> e di accedere ai Fondi Comunitari Nazionali e Regionali previsti a sostegno dell'attività programmata (messa a reddito del terreno; attività agrituristiche; credito agevolato, "agricoltura di precisione", ricerca ecc.).

La mancata aggiudicazione determinerebbe l'impossibilità di partecipare ai bandi che sono in scadenza o che richiedono attività da svolgersi nella corrente annata agraria (in considerazione della durata prevista dal 01.08.2017 al 31.05.2018) , con pregiudizio dell'annualità agraria (semina autunno 2017, raccolto giugno 2018).

In relazione alla domanda di sospensiva, formulata nei motivi aggiunti, è stato depositato, il 6/11/2017, atto di rinuncia alla misura cautelare .

All'udienza del 6 dicembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale un cenno alla problematica della giurisdizione (peraltro non sollevata da controparte).

Trattandosi di procedura di evidenza pubblica il contenzioso appartiene al giudice amministrativo. Sul punto vedasi:

- Cassazione SS.UU n. 9689 22.4.2013 , sezioni unite, inerente materia del tutto affine (impugnativa di una delibera del consiglio comunale che aveva disposto di procedere alla vendita a trattativa privata di un immobile, facente parte del patrimonio disponibile dell'ente territoriale, spettando proprio al giudice amministrativo il compito di stabilire la legittimità dell'adottato metodo di scelta del contraente e del mancato utilizzo dei procedimenti di evidenza pubblica);
- Cassazione civile sez. un. 24 giugno 2011 n. 13910 "In tema di dismissione di beni pubblici, spetta al g.a. la giurisdizione in ordine all'impugnazione degli atti di indizione dell'asta e aggiudicazione a terzi di un bene immobile pubblico, essendo la domanda principalmente rivolta all'accertamento della nullità degli atti della

procedura, che sono espressione di attività pubblicistica provvedimentale e rispetto ai quali la posizione del privato riveste carattere di interesse legittimo, e soltanto in via consequenziale all'annullamento del contratto di compravendita. (procedura indetta dalla Fondazione Ordine Mauriziano, costituente soggetto di diritto pubblico).

**

Preliminarmente va riconosciuto, in capo alla ricorrente, l'interesse qualificato ad impugnare gli atti ritenuti lesivi, in quanto l'autoannullamento (determinazione 220 del 23.6.2017) della proposta di aggiudicazione (ex aggiudicazione provvisoria) determina l'impossibilità di pervenire alla concessione in affitto, già approvata dal Responsabile con la precedente determinazione n. 171 del 15.05.2017.

L'azienda ricorrente vantava una posizione peculiare qualificata, in quanto era risultata aggiudicataria definitiva con possibilità di addivenire alla stipula del contratto.

1) Si può prescindere dall'esame della prima censura, di ordine strettamente procedimentale, relativa all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, in quanto la sua valutazione risulta recessiva (e, eventualmente, secondaria) rispetto all'interesse primario della ricorrente ad ottenere la pronuncia giurisdizionale, nel merito, della controversia .

Tale profilo, se ritenuto fondato, garantirebbe un risultato non sostanziale ma di mero rinnovo/riedizione dell'esercizio del potere (con l'attuazione della garanzia partecipativa, avente rilievo squisitamente procedimentale).

Esaminando, nella sostanza, la decisione di autotutela , questa risulta attivata su sollecitazione del 5.6.2017 effettuata dalla società agricola S.A. Fondazione Manai, altra partecipante alla selezione.

Essenzialmente le censure, nel merito, proposte in giudizio dalla ricorrente (dalla seconda a seguire) con ricorso principale e motivi aggiunti, sono così sintetizzabili.

2) Si ritiene non applicabile la normativa sugli appalti-concessioni di cui al codice 50/2016 (in particolare l'articolo 77). La <concessione in affitto di beni comunali> a terzi è un contratto peculiare, caratterizzato da “elementi ulteriori” rispetto all'affitto ordinario civilistico. La procedura di gara, in questo caso, si svolge sulla base di offerte che debbono rispettare tutte le condizioni poste dal bando. E tra queste anche la presentazione di uno <specifico progetto> di valorizzazione delle aree.

Sussisterebbe in materia duplice regolamentazione comunale rilevante in materia di concessione dei beni comunali; in particolare:

- Regolamento per la concessione in uso dei beni di proprietà del Comune di Bonorva (approvato con deliberazione consiliare n. 42 del 18.11.2014);
- “Regolamento per la vendita degli immobili patrimoniali, per la gestione dei beni, la concessione e la locazione” (approvato con deliberazione CC n. 84 del 28.09.1998 e smei).

Ed in nessuno di tali Regolamenti Comunali in materia di concessione di beni si riscontra un richiamo al nuovo Codice Appalti e/o alla normativa sugli appalti e neppure all'art. 77 nuovo Codice Appalti e/o a correlative norme preesistenti; né risulta in essi norma di contenuto identico o analogo all'art. 77 o all'art. 4; con violazione e falsa applicazione del/dei predetto/i Regolamento/i comunale/i.

3) Qualora la normativa del Dlgs 50/2016 e smei fosse applicabile, l'articolo 77 sarebbe stato, comunque, erroneamente applicato.

Contrariamente a quanto sostenuto negli atti impugnati, la giurisprudenza largamente prevalente, anche del Consiglio di Stato porterebbe a conclusioni diverse rispetto al precedente citato dall'amministrazione (TAR Lazio – Latina , n. 325/2017).

Il TAR Lombardia – Brescia, ad esempio, con sentenza n. 1757 del 19.12.2016 ha affermato che la norma dell'art. 77 prima parte del d.lgs. 50/2016, invocata,

sarebbe destinata a valere solo “a regime”, ovvero dopo che sarà stato creato l’Albo dei commissari, che ancora non esiste. Fino alla sua istituzione, ai sensi del comma 12, “la commissione continua ad essere nominata dall’organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.

In tal senso, il <cumulo delle funzioni di RUP e di Presidente della commissione di gara> non lederebbe le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare, e quindi si deve ritenere condivisibile anche nel vigore della nuova normativa (si vedano C.d.S. sez. V 20 novembre 2015 n°5299 e 26 settembre 2002 n°4938).

Anche la decisione del Consiglio di Stato Sezione V sez. n., 5632/2014 (ed ivi ulteriori richiami di precedenti conformi) sostiene la tesi che:

<< il titolare del Servizio comunale competente riuniva in sé la duplice qualità di responsabile del procedimento di gara e di Presidente della relativa Commissione. Tale compresenza di qualifiche integrerebbe un vizio di legittimità. Ex adverso è stato fatto esattamente notare, inoltre, come le disposizioni recate dall’art. 84 del Codice dei contratti pubblici si esprimano in termini antitetici.

L’articolo, in particolare, non enuncia l’incompatibilità dell’incarico di R.U.P. con l’investitura della presidenza delle Commissioni di gara, ma è solo per i commissari diversi dal Presidente che prevede, con il proprio comma 4, un’ampia incompatibilità : “I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”. D’altra parte, la giurisprudenza della Sezione ha avuto già modo di osservare che non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella

stessa persona, delle funzioni di Presidente della Commissione valutatrice e di responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai principi sulla responsabilità dei funzionari degli enti locali, come delineati dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000 (V, 12 novembre 2012, n. 5703; 22 giugno 2010, n. 3890)>>. Analogamente TAR Marche n. 108/2017.

Tutti questi precedenti sarebbero applicabili anche dopo l'entrata in vigore del "correttivo" (D.L.vo 19.4.2017 n. 56 in vigore dal 20.5.2017) che ha abrogato l'art. 77 comma 12 (solo in quanto inutile duplicato dell'art. 216 comma 12, D.L.vo 50/2016 avente il medesimo contenuto).

Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto negli atti impugnati, anche nell'attuale situazione transitoria di cui all'art. 77, comma 12 (e art. 216 comma 12) del D.L.vo 50/2016, dovrebbe trovare applicazione il principio affermato dalla prevalente giurisprudenza, avente portata generale, della cumulabilità/compatibilità della funzione di RUP e di Presidente della Commissione giudicatrice.

Inoltre la decisione in autotutela sarebbe viziata per eccesso di potere, per contraddittorietà con gli atti della precedente procedura volta alla concessione in affitto dei medesimi terreni (poi revocata per rinuncia dell'aggiudicatario definitivo, unico partecipante, a stipulare il contratto). In quella gara la Commissione era stata costituita con gli stessi componenti e ruoli e il Presidente (Sechi) era anche RUP; e ciò sempre sotto la vigenza del D.L.vo 50/2016.

4) Violazione e falsa applicazione artt. 21 octies e nonies comma 1 della legge n. 241/1990 e smei.- violazione art. 3 l. 241/90.

Ritiene la ricorrente che l'esercizio del potere discrezionale di annullamento d'ufficio del provvedimento sarebbe illegittimo in quanto non coerente con gli articoli 21 octies e nonies comma 1 legge 241/90, perchè esercitato sull'esclusivo presupposto della asserita sussistenza di vizi "insanabili" del procedimento di gara .

L'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice deriverebbe dal cumulo di funzioni di RUP e Presidente della Commissione giudicatrice.

Ma mancando tale presupposto il potere sarebbe stato esercitato illegittimamente.

Inoltre la decisione sarebbe viziata anche per carenza dei presupposti di:

- a) idonea motivazione circa la natura e la gravità delle anomalie verificatesi;
- b) sussistenza di un interesse pubblico attuale;
- c) sua eliminazione non coincidente con il mero ripristino della legalità violata;
- d) comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato, oltre che alla ragionevole durata del tempo intercorso tra l'atto illegittimo e la sua rimozione.

Nel caso di specie, invece:

- a) mancherebbe una idonea e congrua motivazione sulla natura e gravità dell'asserita anomalia, alla luce di una corretta ricostruzione del quadro giurisprudenziale e delle stesse Linee Guida ANAC, che vedono largamente prevalere la opposta interpretazione;
- b) mancherebbe l'esplicitazione di un<interesse pubblico attuale> diverso da quello al <mero ripristino>della legalità violata; in sostanza l'intera procedura di gara è stata travolta con annullamento in autotutela delle determinazioni n. 140 del 13/04/2017, n. 165 del 08/05/2017 e n. 171 del 15/05/2017 in quanto il vizio riscontrato non consentirebbe la conservazione/permanenza parziale degli atti di gara;
- c) mancherebbe del tutto una comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato;
- d) mancherebbe del tutto un riferimento agli effetti che l'atto di annullamento potrebbe provocare sul privato, titolare di una posizione di legittimo affidamento, e sulla prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato.

Inoltre , a riprova dell'illegittimità del comportamento dell'Ente e, dunque, dell'insussistenza dei presupposti per procedere con l'annullamento in autotutela,

la ricorrente evidenzia che l'amministrazione, avrebbe dovuto anche sostenere i costi per una nuova gara, con evidenti profili di responsabilità contabile.

5) Con questo vizio la ricorrente sostiene che, anche ammessa l'applicabilità dell'articolo 77, l'autotutela non avrebbe comunque potuto colpire l'intera procedura di gara, ma, semmai solamente l'atto di nomina della commissione, nonché i provvedimenti successivi .

Avrebbero dunque dovuto essere mantenuti validi , in applicazione del principio di economicità e di conservazione, gli atti anteriori. In particolare l'avviso , il capitolato nonché le domande presentate dai concorrenti.

Anche se già conosciute le offerte dei concorrenti (con progetti tecnici e offerta economica) avrebbero potuto essere rivalutate senza violare la par condicio da parte della nuova commissione (si richiama Consiglio di Stato 2159/2015 e 4514/2014).

Oltretutto va considerato che l'articolo 77 comma 11 del codice 50/2016 prevede espressamente che in caso di rinnovazione della procedura per vizio nella composizione della commissione, questa <può essere ricostituita con altra composizione> (quindi con prosecuzione della gara e conservazione degli atti precedenti).

6) Parte ricorrente richiama anche l'adunanza plenaria 30/2012 del Consiglio di Stato che evidenzia le problematiche che insorgono in caso di presentazione di nuove offerte (con preferenza per l'ammissibilità della conservazione delle precedenti offerte già conosciute).

7) Qualora la disposta autotutela dovesse, invece, essere qualificata come revoca, la decisione sarebbe comunque illegittima per violazione dell'obbligo di motivazione in ordine alla sussistenza dei relativi presupposti normativi (sopravvenienza di motivi di pubblico interesse o mutamento del fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento).

Nè sarebbe applicabile la disposizione 15 dell'avviso-bando in ordine alla possibilità ritiro "ad nutum" della procedura selettiva, in relazione ad una valutazione insindacabile di non approvazione per mancanza di meritevolezza delle offerte.

Tale potere, se applicato, risulterebbe in contrasto con l'articolo 21 quinquies della legge 241/1990, per carenza di esplicazione dei presupposti. E comunque anche in contrasto con gli articoli 1355 e 1229 del codice civile (condizione risolutiva meramente potestà attiva e limitazione della responsabilità del debitore per dolo o colpa grave).

8) Infine, l'indizione della nuova gara per la concessione in affitto, con annullamento della precedente, ha per oggetto i medesimi terreni individuati nell'allegato A) della delibera GC 75/2017. La nuova procedura sarebbe viziata per illegittimità/invalidità derivata, per eccesso di potere per carenza di presupposti, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza manifeste, in quanto i terreni non sarebbero più nella disponibilità del Comune, in quanto già oggetto di aggiudicazione approvata con determinazione 171 del 15/5/2017 a favore della ricorrente, nonché per eccesso di potere per sviamento e ingiustizia grave manifesta; inoltre la nuova gara è stata indetta a soli 19 giorni dall'adozione della determinazione di annullamento in autotutela, quando, era pendente richiesta di accesso da parte della ricorrente e prima che fosse decorso il termine, anche ridotto, di impugnativa della determina n. 220/2017 e atti connessi; pregiudicando gli esiti delle azioni giudiziarie di tutela che la ricorrente poteva ancora esperire.

**

Il Comune sostiene, invece, che la procedura di autotutela e l'indizione della nuova gara sarebbe legittima, in quanto è stato applicato l'art. 77 del Codice 50/2016.

In riferimento al motivo 1) sostiene che essendo il procedimento ancora in corso e non ancora concluso non sussisteva l'obbligo di garantire la partecipazione.

In riferimento al motivo 2) il Comune contesta che la concessione di affitto di beni comunali a terzi sarebbe sottratta alla disciplina del codice degli appalti. Trattandosi di concessione di un servizio tale normativa sarebbe necessariamente obbligatoria, in quanto al concessionario è richiesto di eseguire una serie di attività dirette alla valorizzazione e alla conservazione del patrimonio agropastorale, assumendosi ogni tipo di rischio legato alla gestione del servizio stesso (essenzialmente erogazione di un servizio pubblico diretto alla tutela del territorio agricolo).

Con applicabilità, quindi, dell'articolo 164 nonché dell'articolo 77 del codice 50/2016, che lo stesso 164 richiama, riferito alla composizione della Commissione giudicatrice.

Dunque anche per le concessioni è richiesta l'applicazione delle norme generali sugli appalti pubblici (I e II parte del codice 50/2016), per garantire il rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, pubblicità e parità di trattamento dei concorrenti.

In riferimento al motivo 3) viene esaminato il profilo centrale della controversia relativo alla sussistenza/insussistenza dell'incompatibilità del RUP all'ufficio di Presidente della commissione di gara.

L'amministrazione ha richiamato giurisprudenza recente che ha ritenuto illegittima la partecipazione del RUP alla commissione con superamento della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del soppresso codice appalti 163/2006 (e menzionata nell'atto impugnato). E la nuova regola, prevista dall'articolo 77 del 50/2016, sarebbe destinata ad operare immediatamente e non solo dopo l'istituzione dell'Albo dei commissari previsto dall'articolo 77 comma 2. Trattandosi di norma formulata in termini generali, questa sarebbe immediatamente efficace anche nel "regime transitorio" delineato dal comma 12 dell'articolo 77.

La stazione appaltante ha condiviso la giurisprudenza che ha ritenuto che il RUP (soggetto che ha formulato la lex specialis) , avrebbe illegittimamente svolto l'ufficio di Presidente della commissione, con lesione dei principi di trasparenza ed imparzialità che devono governare le procedure ad evidenza pubblica.

In riferimento ai motivi 4 e 7) , in riferimento alle contestazioni inerenti il mancato rispetto dei presupposti previsti dagli articoli 21 octies e 21 novies per l'annullamento d'ufficio e dall'articolo 21 quinquies per la revoca, l'amministrazione ha aderito ad una determinata interpretazione dell'articolo 77, con riconoscimento della sussistenza dei presupposti che disciplinano la possibilità di addivenire all'autotutela. Il Comune ha motivato e giustificato l'esercizio dell'autotutela con ragioni di interesse pubblico, in considerazione, anche, dell'obbligatorio esame della segnalazione compiuta da altra concorrente.

In riferimento al motivo 5) Il Comune ha ritenuto di non poter conservare gli atti della gara pubblica, rieditando tutta la selezione, fin dal bando iniziale.

Sono state esplicitate le ragioni che rendevano necessario l'annullamento dell'intera procedura, in considerazione del illegittima composizione della commissione di gara (il bando era stato emesso dal RUP, Presidente dell'organo di valutazione).

Ritenendo che la conservazione degli atti precedenti alla nomina avrebbe violato i principi di trasparenza ed imparzialità.

In riferimento ai motivi 6 e 8) la difesa del Comune sostiene che il contenuto degli atti della gara annullata e quella indetta con la determinazione 66/2017 sarebbero diversi ed autonomi e non presenterebbero caratteri comuni. Gli atti successivamente adottati non avrebbero alcun collegamento con la prima gara e, anche per questo, dovrebbero essere considerati legittimi.

**

Con Memoria di REPLICA la ricorrente sostiene che l'aggiudicazione in proprio favore era pienamente operante essendo intervenuta, con determinazione n. 171 in

data 15.05.2017 del competente Responsabile del Servizio Finanziario, l'approvazione della "aggiudicazione provvisoria"(così definita dal Comune) effettuata dalla Commissione e di tutti i verbali dei lavori della Commissione.

Ed il capo 15 del Bando di gara prevede che <<La Commissione di gara formulerà la graduatoria finale rimettendo gli atti al responsabile del servizio per la definitiva approvazione.

L'aggiudicazione sarà operante solo dopo l'approvazione , mediante proprio atto, del Responsabile del servizio>>.

Parte ricorrente ritiene che il Comune sostenga una tesi molto particolare:

da un lato, esiste una Determinazione del responsabile del servizio di "presa d'atto" della graduatoria finale, dei relativi verbali e della individuazione della aggiudicatario (atti tutti formati, approvati e poi presentati dalla Commissione di gara al Responsabile del Servizio);

e , dall'altro, vi sarebbe una diversa ulteriore, successiva, Determinazione del medesimo responsabile del servizio "di approvazione definitiva".

Il che non troverebbe alcun riscontro nella lex specialis della gara e tantomeno nella normativa di contabilità pubblica (RD 2440/1923 e RD 827/1924) che disciplina la peculiare procedura.

In realtà sussisterebbe una piena operatività della aggiudicazione , in applicazione della normativa

sulla contabilità pubblica (RD 2440/1923 e RD 827/1924), primariamente applicabile alla fattispecie (artt. 88 e 89 RD 827/1924): in questa normativa sono gli stessi processi verbali formati ad esito della gara, nel caso di specie dalla Commissione, ad esser qualificati come <<di aggiudicazione definitiva>> .

Dunque la determinazione del responsabile del servizio n. 171/2017 (se non già il processo verbale della Commissione), con i relativi allegati, sarebbe qualificabile, ad ogni effetto, come <aggiudicazione definitiva>.

Ed anche la normativa contenuta nel codice appalti stabilisce che, salvo diverso termine contenuto nel regolamento comunale sui contratti, la “proposta di aggiudicazione” (scaturita dai lavori della Commissione Giudicatrice), oggetto di approvazione con determinazione 171/2017, si intende comunque “ope legis” approvata decorsi 30 gg. dalla comunicazione (art. 33 D.L.vo 50/2016) onde dovrebbe intendersi formato, implicitamente, il provvedimento di aggiudicazione.

La ricorrente controdeduce al Comune evidenziando i seguenti ulteriori aspetti.

Sul 1° motivo) ribadisce la necessità di garanzie partecipative (articolo 7 della 241/1990), in quanto l’annullamento ha colpito l’aggiudicazione definitiva.

Sul 2° motivo) sostiene l’inapplicabilità dell’articolo 77 del nuovo codice appalti, in quanto, sarebbe errato inquadrare il caso come <concessione di servizi> e non come <concessione di beni pubblici a terzi-concessione in affitto di fondi rustici (affitto attivo) di proprietà comunale, con corresponsione di un canone>. La classificazione nella seconda categoria emergerebbe sia dal bando che dal disciplinare, che si riferiscono, specificamente, a “concessione in affitto di terreni agricoli, con applicazione del regolamento comunale sulla concessione dei beni comunali e della normativa di settore vigente ed al codice dei contratti pubblici in quanto applicabile”. Quindi con conseguente applicazione del RD 2440/1923, articolo 3, comma 1 (e RD 827/1924, articoli 36 e 37 comma 1).

Non sarebbe applicabile, in questa prospettiva, secondo la ricorrente, la normativa in materia di appalti pubblici, neppure quella per i settori esclusi (ove rientrano invece le locazioni passive). L’articolo 1 del codice 50/2016 circoscrive l’ambito di applicazione, per le concessioni, ai contratti aventi ad oggetto l’acquisizione di servizi, forniture, lavori ed opere, nonché concorsi di progettazione.

Con conseguente inapplicabilità, nel caso di specie, dell’articolo 77 del nuovo codice appalti in materia di composizione delle Commissioni.

E nei regolamenti comunali approvati con deliberazioni consiliari (del 28/9/1998 per la vendita immobili di, gestione dei beni, concessione e locazione; e quello del 18/11/2014 per la concessione in uso dei beni di proprietà del Comune) non vi sarebbe alcun riferimento al codice appalti.

In particolare l'articolo 18 del regolamento per la gestione-concessione dei beni del 1998 reca, per la composizione della commissione, una specifica disciplina che non prevede il divieto di cumulo RUP/Presidente commissione.

Sul 3° motivo) si ribadisce in ogni caso inapplicabilità dell'articolo 77 del codice 50/2016 per insussistenza, in radice, dell'incompatibilità di carica.

Sul 4° e 7° motivo) non risulterebbero riscontrabili i presupposti per l'attivazione del procedimento di autotutela, mancando l'applicabilità, a monte, dell'articolo 77.

E comunque, anche in caso di sua possibile applicazione, difetterebbero i requisiti di rivalutazione della gravità dell'anomalia, dell'interesse pubblico attuale comparato all'interesse privato, nonché del legittimo affidamento. Non potendosi ammettere un mero ripristino della legalità asseritamente violata.

Con ingiustificata assunzione di nuovi costi per l'esperimento di una nuova gara sui medesimi terreni.

Sul 5° e 6° motivo) l'eventuale vizio di composizione della commissione non avrebbe potuto portare all'annullamento dell'intera gara, ma solo degli atti emessi "a valle" della nomina (qualora ritenuta illegittima) della commissione della precedente gara.

Con annullamento solo "parziale" della gara, e sostituzione del solo componente-Presidente o, eventualmente, dell'intera Commissione. Con salvezza degli atti precedenti, emanati anteriormente alla nomina del provvedimento ritenuto viziato; con illegittimità della decisione di rieditare l'intera gara.

Cioè doveroso rinnovo parziale in applicazione del principio di conservazione degli atti, che la giurisprudenza ritiene essere un parametro fondamentale e vincolante.

Ed è lo stesso articolo 77 comma 11 del codice 50/2016 che prevede espressamente che in caso di rinnovazione della procedura per vizio nella composizione della commissione questa possa essere ricostituita con altra composizione (proseguendo la gara originaria).

Sull'8° motivo) si ribadisce l'illegittimità di avvio di una nuova gara per i medesimi terreni oggetto della selezione annullata.

**

La tesi del Comune non convince.

Innanzitutto non sussiste inammissibilità del ricorso per mancanza di aggiudicazione definitiva.

La commissione ha concluso la procedura di valutazione delle offerte, individuando quella complessivamente più vantaggiosa, sia sotto il profilo tecnico che economico.

La rimozione di tutti gli atti attinenti la gara, compresa la proposta di aggiudicazione, ha inciso sulla posizione della ricorrente che risultava aver presentato la proposta migliore, con approvazione degli atti da parte del responsabile.

Sussiste dunque l'interesse in capo alla ricorrente ad impugnare nonché la legittimazione a proporre ricorso per contestare, in particolare, la correttezza dell'interpretazione dell'articolo 77 del codice 50/2016.

Il Collegio ritiene, con un passaggio argomentativo articolato, che l'autotutela non poteva essere legittimamente pronunciata.

Innanzitutto va considerato che, nel caso di specie, l'art. 77 del Codice 50/2016 (versione originaria, applicato in sede di autotutela) non era vigente, in quanto era intervenuto il correttivo 2017.

Occorre esaminare la normativa che si è stratificata (in parte anche confusa), in materia di composizione delle Commissioni.

Tale disposizione è stata modificata nel corso del tempo :

A) prima articolo 84 vecchio Codice 163/2006;

B) poi art. 77 nuovo Codice 50 /2016, versione originaria;

C) infine art. 77 Correttivo D. Lgs. 56/2017;

D), inoltre, per gli enti locali, vige ancora l'art. 107, 3° comma, del TU. D. Lgs. 267/2000.

Le richiamate disposizioni rilevano ai fini della verifica, nel caso di specie, della possibile o meno appartenenza alla Commissione del Rup come membro e/o come Presidente.

Occorre comparare ed analizzare le decisioni del Comune sulla base delle diverse norme che si sono succedute, in considerazione dei tempi nei quali si collocano i diversi provvedimenti impugnati.

L'Articolo 77 che è stato applicato dalla stazione appaltante è la norma indicata sub B: cioè la “versione originaria” del 50/2016.

Il testo del nuovo codice 50/2016 (ante correttivo 2017) prevedeva in generale, che:

“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta” (in vigore dal 19 aprile 2016 al 19 maggio 2017).

Quindi con negazione, per “tutti” i componenti , di <sovrapposizione> di funzioni.

Con il correttivo 56/2017 la previsione è mutata in quanto :

“La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.”, ex 4° Comma dell’art. 77 (così modificato dall’art. 46, comma 1, lett. d), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

Riportando, quindi, l’ambito di applicazione ad una portata simile a quella che era già prevista nel previgente Codice 163/2006.

Ove era consentita la possibilità di appartenenza del RUP alla Commissione.

Infatti l’art. 84 del 163/2006, ai commi 3 e 4, prevedeva che:

-al comma 3°:“ La commissione è <presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante> e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall’organo competente” (comma modificato dal D.Lgs. 113 del 31/07/2007 in vigore dal 01/08/2007);

-al successivo comma 4, che (solo) “ <i commissari DIVERSI DAL PRESIDENTE> non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”.

In sostanza la norma codicistica (previgente, 163/2006) consentiva e prevedeva (in linea tendenziale) non solo la possibilità di appartenenza, come membro, ma anche la coincidenza di ruolo del dirigente RUP e Presidente.

Inoltre come ulteriore elemento rafforzativo e molto importante a livello interpretativo, è rilevante anche altra norma, specifica per gli enti locali ,

l’art. 107, commi 3 e 4, del D. Lgs. 267/2000 (applicabile al caso di specie), che prevede l’attribuzione “di diritto” ai dirigenti della “presidenza delle commissioni di gare e di concorso” (cfr. 107 3° comma lett. a).

Il legislatore ha previsto, con una normativa speciale per i Comuni, la <generale coincidenza> tra Dirigente dell’ente (in questo caso anche RUP) e Presidenza delle Commissioni di gara .

Con una disposizione, oltretutto, inserita in un contesto di testo unico connotato da peculiare “forza” e “resistenza” , in quanto :

-“ le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere <derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative>” (cfr. comma 4 dell’art. 107);

-“ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni” (cfr. art. 1 comma 4).

Il testo unico enti locali prevede, quindi, in una norma ad hoc, che il Dirigente debba essere, in via tendenziale, anche il Presidente della Commissione.

Valutando la tempistica (da incrociare con le suddette norme) il quadro riassuntivo è il seguente.

*Indizione della prima gara con determinazione n. 140 del 13.04.2017 del Responsabile Settore (Finanziario – Area Socio- Culturale Gianfranco Sechi) .

* Nomina della Commissione di gara (Gianfranco Antonio Sechi – Responsabile dell’area finanziaria – Presidente, Dott. Floriana Muroni e Dott. Francesco Mura componenti) con determinazione n. 165 del 08.05.2017 .

*Approvazione dei verbali di gara e disposta l’aggiudicazione con determinazione n. 171 del 15.05.2017 .

*annullamento integrale in autotutela della procedura con determinazione n. 220 del 23.06.2017, per coincidenza RUP-Presidente e applicazione , in considerazione del limite/divieto posto dall’art. 77 del Codice 50/2016 (testo originario).

*Indizione del nuovo Bando con determinazione n. 66 del 12/07/2017.

*Nuova nomina della commissione di gara .

* Nuova Aggiudicazione con Determinazione n. 70 del 4 agosto 2017 per la concessione dei terreni.

La norma applicabile, al caso di specie, nel momento della decisione se intraprendere o meno l'autotutela, era, se applicabile il 77 50/2016 e non il 107 TU 267/2000, la (nuova) versione che prevedeva la compatibilità di ruoli di componente della Commissione del RUP, scaturita dal Correttivo 2017.

Differentemente la versione precedente, originaria, non consentiva che il RUP ne facesse parte (ma per gli enti locali permaneva la previsione specifica surrichiamata).

Dunque al momento dell'adozione dell'autotutela era ammissibile, in base al nuovo regime normativo, che il RUP potesse appartenere alla commissione.

Altra, ulteriore, questione è se potesse anche svolgere funzioni di Presidente.

Ciò significa che la procedura di gara, che si era precedentemente svolta e completata, non poteva essere "automaticamente", de jure, azzerata.

In materia di Presidenza si segnala che l'art. 77, corretto, prevedeva una disciplina alquanto articolate (che la stessa ANAC e la giurisprudenza hanno ritenuto confusa).

-Comma 8°: Il Presidente della commissione giudicatrice è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati;

-comma 3°: "La stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare alcuni <componenti interni> alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione, escluso il Presidente";

-comma 11: "Il Presidente della commissione giudicatrice è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati".

L'ANAC si è espressa in materia con "Linee Guida Linee n. 3 di attuazione del D.Lgs 50/2016 recanti "Nomina, ruolo e compiti del RUP per l'affidamento di

appalti e concessioni”, il 26.10.2016), in particolare al punto 2.2., ultimo periodo, ove ha affermato che:

“Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), <ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza>”. Dimostrando una situazione interpretativa alquanto ondivaga.

A favore della tesi restrittiva si è espresso di recente Tar Puglia -Lecce, Sezione II, con la sentenza 29 giugno 2017, n. 1074

Ma il Tar Veneto, Sezione I, con sentenza 7 luglio 2017, n. 660 è giunto ad una decisione totalmente opposta a quella del Tar Puglia -Lecce, affermando che la legge non può essere intesa nel senso di disporre un’astratta ed inderogabile incompatibilità tra commissari di gara e ruoli di dirigente/responsabile di servizio e Rup. Al contrario, occorre la “concreta dimostrazione dell’incompatibilità sotto il profilo dell’interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla Commissione”.

A conferma che il tema della composizione delle commissioni di gara è molto complesso e fonte di mille contrasti e contenziosi.

Con Determinazione n. 1007 dell’11 ottobre 2017, ANAC ha aggiornato il testo delle Linee guida n. 3, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni», approvate dal Consiglio dell’Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 (Linee Guida Aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell’11 ottobre 2017 in modifica a quelle approvate dal Consiglio dell’Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016).

Al punto 2.2 è stata eliminata la previsione che ribadiva l’incompatibilità del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice e manteneva ferme le acquisizioni giurisprudenziali in materia di

possibile coincidenza, attesa l'innovazione introdotta dal correttivo all'art. 77, comma 4, secondo cui, ferma restando l'incompatibilità tra il ruolo di commissario e lo svolgimento di altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto da affidare, la possibilità della nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata "con riferimento alla singola procedura".

Con conseguente possibile coincidenza.

Inoltre la (opposta) conclusione radicale adottata va a scontrarsi con l'articolo 107, comma 3, del d.lgs 267/2000, ai sensi del quale (nei Comuni) ai dirigenti o ai responsabili di servizio si assegna la responsabilità delle procedure di gara.

Dunque se è vero che la (prima) nomina della Commissione di gara, che è avvenuta l'8 maggio 2017 con determinazione n. 165, aveva come parametro normativo di riferimento l'art. 77 codice 50/2016 (versione originaria), è pur vero che, al momento della decisione di procedere in autotutela, con il correttivo, era stata riammessa e consentita la possibilità di cumulo del ruolo di RUP/componente la Commissione.

Va quindi considerato ed evidenziato che l'annullamento in autotutela è stato pronunciato, con determinazione 220 del 23 giugno 2017, senza tener conto dell'evoluzione normativa, in vigore del correttivo.

Quando, cioè, nella sostanza non sussisteva più neppure l'esigenza (astratta) di "ripristino della legittimità" violata, posto che a quella data (giugno 2017) il RUP poteva far parte della Commissione (dal maggio 2017).

Il RUP, alla luce della nuova normativa sopraggiunta, poteva essere "rinominato" componente. La scelta di rimuovere la precedente procedura (già conclusasi) risultava priva del supporto e del riferimento normativo congruo ed "attualizzato" (coerente alla "rimodellata" norma, art. 77 50/2016 corretto e comunque privo di fondamento in regime di vigore dell'art. 107 TU ee.ll.) .

L'amministrazione, in origine, aveva ritenuto (sebbene in un contesto normativo diverso) di poter nominare in Commissione il RUP, compiendo, sostanzialmente, una valutazione di congruità in ordine alla singola procedura (come poi è ciò che la nuova disposizione richiede).

Quindi qualora la norma non fosse mutata si poteva effettivamente porre la questione di "compatibilità" normativa (nell'ipotesi di applicabilità del 77 e non del 107); in quanto l'Amministrazione avrebbe potuto valutare la problematica della eventuale rimozione, in autotutela, dell'atto di nomina, per evitare la coincidenza di ruoli (vietato dalla disposizione originaria del Codice 50/2016).

Ma l'appartenenza del RUP alla Commissione, per novità normativa, non era più vietata (nel giugno 2017), al momento dell'adozione dell'autotutela.

E ciò privava di presupposto la decisione, in assenza del "valore" fondante e significativo (nomina del RUP all'interno della Commissione).

In considerazione della (ormai) legittimità dell'appartenenza del RUP ("in riferimento alla singola procedura", come si esprime il correttivo 2017).

In conclusione, sulla base del peculiare quadro normativo, emerge che l'autotutela è stata disposta, principalmente, senza considerare il correttivo 56/2017 al Codice appalti 50/2016 e comunque senza ritenere prevalente ed applicabile l'art. 107 TU ee.ll.

In corso di procedura, infatti, è intervenuto il D.Lgs. 56/2017, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" (pubblicato sulla G.U. n. 103 del 5 maggio 2017, ed entrato in vigore il 20/5), in modo significativo modificativo, per quanto qui interessa, della disciplina in materia di "Commissione giudicatrice" (art. 77), ammettendo valutazioni di appartenenza.

Tale versione, successiva e già vigente al momento dell'adozione dell'autotutela ha ripristinato la possibilità di ruolo coincidente fra Rup e componente la Commissione.

Quindi, se la (prima) procedura che il Comune ha esperito era coerente con l'art. 107 TU, ma non anche con la disposizione legislativa del 50/2016, al tempo vigente (bando approvato con determinazione n. 140 del 13.04.2017, anteriore al correttivo), l'autotutela (determinazione n. 220 del 23.06.2017) è stata assunta in regime di novella normativa, che ha inciso nel settore specifico (composizione Commissione), estendendo la possibilità di appartenenza del RUP.

Espletando una "valutazione in riferimento alla singola procedura" , che il correttivo 5/20 maggio 2017 esplicitamente (in modo innovativo) ammette.

Consentendo che, di volta in volta, possa essere compiuto l'esame da parte della stazione appaltante in ordine alla compatibilità del Rup di far parte della Commissione.

Inoltre il correttivo ha abrogato il comma 12 dell'art. 77, che prevedeva che " Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

La decisione di rimuovere (su sollecito della controparte), in autotutela, l'intera gara (che era stata aggiudicata all'azienda ricorrente), a causa della coincidenza soggettiva (RUP-Componente-Presidente), è scelta priva del necessario supporto normativo.

Il Comune ha ritenuto "necessitato" un intervento di autoannullamento per discrasia normativa, quando tale scostamento, in parte non sussisteva più ed, in parte, risultava ammesso dalla normativa specifica per gli enti locali.

Soprattutto in considerazione del fatto che, in caso di (futura) rinnovata nomina della Commissione, il medesimo soggetto RUP avrebbe, a quel punto, potuto , legittimamente, far parte dell'organismo (in forza di norma sopravvenuta).

In conclusione il ricorso va accolto , con conseguente annullamento degli atti impugnati, e con conservazione della procedura di gara che era stata conclusa in favore della ricorrente, con travolgimento della nuova gara indetta e degli atti conseguenti .

Per quanto concerne le spese di giudizio il Collegio ritiene di poterle integralmente compensare, sussistendo un margine di percepibile incertezza normativa in relazione a procedure che si pongono in un quadro di evoluzione e mutamento normativo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie , come da motivazione, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati (dall'autoannullamento in poi).

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Grazia Flaim

IL PRESIDENTE
Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO