

ATTI AMMINISTRATIVI: Atto di conferma – In senso proprio – Nozione – Distinzione dall’atto c.d. di conferma impropria.

Tar Abruzzo - L’Aquila, Sez. I, 20 ottobre 2022, n. 378

1. “[...] l’atto di conferma in senso proprio costituisce un tipico provvedimento di secondo grado con funzione conservativa mediante il quale l’Amministrazione manifesta la volontà di mantenere fermo un precedente atto reputandolo conforme all’interesse pubblico specifico ed attuale sulla base di un nuovo procedimento amministrativo, con rinnovazione della fase istruttoria e nuova ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti [...]”.
2. “[...] La “conferma propria”, come innanzi qualificata, deve essere tenuta ben distinta dalla cd. “conferma impropria” (definita anche atto meramente confermativo) con cui la P.A. si limita a dare atto dell’esistenza di un atto precedente senza procedere ad un effettivo riesame del caso concreto, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione [...]”.
3. “[...] ciò che qualifica un provvedimento come “conferma propria” è la rinnovata lesione derivante dal nuovo provvedimento adottato all’esito di un diverso procedimento e di diverse valutazioni degli interessi in gioco. “Di conseguenza, solo nel caso del provvedimento di conferma in senso proprio vi è un procedimento; e, all’esito di questo, un nuovo provvedimento, sia pure di contenuto identico al precedente, che si sostituisce ad esso, dopo una nuova considerazione della fattispecie concreta, e in particolare dopo una nuova istruttoria” [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castelli e dell’Ufficio Speciale Ricostruzione Sisma 2016 Abruzzo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2022 il dott. Giovanni Giardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.§- Con il ricorso in epigrafe la Società di Ingegneria EDILING srl insorge, previa concessione di idonee misure cautelari, avverso la determina del responsabile del servizio tecnico del Comune di Castelli n. 137 del 20.07.2022 con cui è stata disposta la sua esclusione dalla gara per l’affidamento di servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria relativi all’intervento di messa in sicurezza e

stabilizzazione del versante in località posta a margine del centro storico del capoluogo e l'aggiudicazione definitiva al controinteressato R.T.P. "Ing. NINNI Gabriele".

La ricorrente deduce di aver partecipato alla procedura negoziata indetta dal Comune di Castelli, ai sensi dell'art. 2, comma 2 – bis, del Decreto Legge 17 ottobre 2016, n. 189 e dell'art. 4 dell'Ordinanza del Commissario Straordinario n. 56 del 10.05.2018 e s.m.i., per l'affidamento di servizi di cui innanzi, e di essere stata individuata inizialmente quale aggiudicataria provvisoria della procedura di gara.

Di poi, con determinazione del RUP n. 5 del 12.01.2021, la stazione appaltante aggiudicava alla medesima società ricorrente in via definitiva l'appalto. Sennonché, a distanza di diversi mesi, con il gravato provvedimento n. 137 del 20 luglio 2022, l'ente civico resistente disponeva l'esclusione della ricorrente dalla gara per aver reso una dichiarazione falsa e mendace integrante una circostanza escludente ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. f-ter del d.lgs. 50/2016 nonché i presupposti di cui all'art. 80, comma 5 lettere c)-bis e f-bis) del Dlgs 50/2016 e, al tempo stesso, aggiudicava in via definitiva l'appalto al R.T.P. "Ing. Ninni Gabriele".

Nonostante l'invito all'autotutela formulato dalla ricorrente, la stazione appaltante con nota del RUP del 25 agosto 2022, a seguito di rinnovata istruttoria e di nuova ed approfondita valutazione degli interessi, ne ha confermato l'esclusione ribadendo le motivazioni già enunciate nel primo provvedimento e corredando il supporto motivazionale con nuovi elementi di "*carattere integrativo e sostanziale*" rispetto alla determinazione 137 del 20 luglio 2022 in questa sede impugnata.

Detto provvedimento di conferma non ha costituito oggetto di gravame ad opera della ricorrente.

Si è costituito in resistenza al ricorso il Comune di Castelli eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del gravame per mancata impugnazione del provvedimento di conferma dell'esclusione ed instando, comunque, per il suo rigetto in quanto privo di merito di fondatezza.

L'Ufficio Speciale Ricostruzione Sisma 2016 Abruzzo si è costituito chiedendo la sua estromissione dal giudizio per essere estraneo rispetto ai fatti di causa.

Il RTI controinteressato, pur ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

Alla camera di consiglio del 19 ottobre 2022, fissata per la discussione della istanza cautelare, previo avviso alle parti, il gravame è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art. 120, comma 6 c.p.a., come da ultimo modificato dall'art. 4, comma 4, lett. a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, vista la sua manifesta inammissibilità e la non incompatibilità della predetta opzione con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa.

2.1.§- Preliminarmente va disposta l'estromissione dal giudizio dell'Ufficio Speciale Ricostruzione Sisma 2016 Abruzzo, non avendo detto ufficio concorso in alcun modo all'adozione degli atti impugnati ed essendosi invero limitato a trasmettere al Comune di Castelli la risposta che l'ANAC aveva predisposto in merito al rilascio del parere obbligatorio ex art.32 del D.L. 189/2016, in attuazione dell'Accordo per l'alta sorveglianza siglato tra Commissario Straordinario, ANAC eUSR.

2.2.§- Ciò posto, sempre in via preliminare, seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015), in ordine logico è prioritario l'esame della eccezione di inammissibilità formulata dall'amministrazione resistente secondo cui, stante la natura di atto confermativo proprio della nota del RUP del 25 agosto 2022, la sua omessa impugnazione renderebbe inammissibile l'odierno gravame che si appunta, invece, soltanto sull'originario provvedimento di esclusione di cui alla determina n. 137 del 20.07.2022.

L'eccezione è meritevole di positivo apprezzamento.

Come già ha avuto modo di rimarcare questo Tribunale (T.A.R. Abruzzo – L'Aquila, sentenze nn. 277/2021 e 24/2021), aderendo al costante orientamento giurisprudenziale formatosi in materia, l'atto di conferma in senso proprio costituisce un tipico provvedimento di secondo grado con funzione conservativa mediante il quale l'Amministrazione manifesta la volontà di mantenere fermo un precedente atto reputandolo conforme all'interesse pubblico specifico ed attuale sulla base di un nuovo procedimento amministrativo, con rinnovazione della fase istruttoria e nuova ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti.

La “*conferma propria*”, come innanzi qualificata, deve essere tenuta ben distinta dalla cd. “*conferma impropria*” (definita anche atto meramente confermativo) con cui la P.A. si limita a dare atto dell'esistenza di un atto precedente senza procedere ad un effettivo riesame del caso concreto, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione (*ex plurimis*, Cons. giust. amm. Sicilia, 13/12/2016, n. 460).

In buona sostanza, ciò che qualifica un provvedimento come “*conferma propria*” è la rinnovata lesione derivante dal nuovo provvedimento adottato all'esito di un diverso procedimento e di diverse valutazioni degli interessi in gioco. “*Di conseguenza, solo nel caso del provvedimento di conferma in senso proprio vi è un procedimento; e, all'esito di questo, un nuovo provvedimento, sia pure di contenuto identico al precedente, che si sostituisce ad esso, dopo una nuova considerazione della fattispecie concreta, e in particolare dopo una nuova istruttoria*” (Cons. Stato Sez. III, 18/11/2020, n. 7172).

2.3.§- Ebbene, applicando le suesposte coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, rileva il Collegio che, dall'esame del contenuto della nota del RUP in data 25 agosto 2022, emerge con palmare evidenza come la stessa non si sia limitata a confermare il contenuto dell'originario provvedimento di esclusione ma, a seguito del riesame disposto su iniziativa della ricorrente con la nota del 27/07/2022 ed alla luce della nuova istruttoria compiuta e della valutazione di nuovi elementi, abbia "rinnovato" l'esclusione della medesima ricorrente dalla gara sulla base di un corredo motivazionale ulteriore ed integrativo rispetto a quello enunciato nel provvedimento oggetto di gravame.

Ed infatti il responsabile, oltre a confermare le circostanze e le motivazioni che hanno condotto a ritenere come ricorrenti le motivazioni di esclusione di cui alle lettere f-bis e c-bis dell'art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016 per avere la ricorrente, in sede di compilazione e sottoscrizione del DGUE, falsamente attestato di non essere iscritto nel Casellario Informatico tenuto dall'Osservatorio dell' ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti, ha riscontrato ulteriori omissioni rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c-bis del d.lgs. 50/2016.

Quanto sopra trova testuale riscontro nel dato letterale del provvedimento di conferma ove si rimarca il "*carattere integrativo e sostanziale che la presente raffigura rispetto alla determinazione del Comune di Castelli n. 137 del 20/07/2022*".

Ne consegue, pertanto, che al predetto provvedimento debba attribuirsi valenza di atto confermativo in senso proprio con carattere rinnovatorio e che la ricorrente aveva l'onere di impugnare nei termini di rito.

Né vale obiettare in senso contrario, come fa parte ricorrente, che la stessa non fosse tenuta ad impugnare il diniego di autotutela richiamando a sostegno della propria tesi la disposizione dell'art. 243 bis del d.lgs. n. 163 del 2006 del previgente Codice degli appalti e la giurisprudenza formatasi al riguardo, attesa l'abrogazione dell'intero D.Lgs. n. 163 del 2006 ad opera dell'art. 217, comma 1, lett. e), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la mancata reintroduzione nel nuovo Codice degli appalti di una disposizione di contenuto analogo a quella di cui innanzi.

3.§- In definitiva, l'omessa impugnazione della nota del RUP in data 25 agosto 2022, avente una immediata e definitiva attitudine lesiva che ne imponeva la tempestiva impugnativa, rende quindi inammissibile il presente gravame.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così statuisce:

1. dispone l'estromissione dal giudizio dell'Ufficio Speciale Ricostruzione Sisma 2016 Abruzzo;
2. dichiara inammissibile il gravame nei sensi di cui in motivazione;
3. condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune di Castelli che liquida in euro 2.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere

Giovanni Giardino, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO