

N. 02181/2025 REG.PROV.COLL.

N. 03897/2024 REG.RIC.



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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3897 del 2024, proposto da Baia S.r.l.S., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Caserta, non costituito in giudizio;
Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per Le Province di Caserta e Benevento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria *ex lege* in Napoli, via Diaz 11;

per l'annullamento

1) Determina n. 712 del 10/07/2024 del Comune di Caserta recante all'annullamento degli impegni 307 e 308, nonché al disimpegno della prenotazione n. 38;

- 2) Determina n. 712 del 10/07/2024 del Comune di Caserta ed avente ad oggetto l'affidamento dei LAVORI DI “MIGLIORAMENTO DELLA QUALITÀ DEL DECORO URBANO E DEL TESSUTO SOCIALE E AMBIENTALE, RIQUALIFICAZIONE DELLA PAVIMENTAZIONE E DELL'IMPIANTO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE NELLO SPAZIO ANTISTANTE LA CHIESA DI SAN ROCCO” – CUP D27H21001140009, finanziato con Decreto del Ministero dell'Interno del 30.12.2021 (RIGENERAZIONE URBANA) e recante l'annullamento in autotutela ex art. 21 nonies della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., della Procedura Negoziata ai sensi dell'art. 1, c.2, l. b) della legge n. 120 del 2020, così come modificato dall'art. 51 della legge n. 108 del 2021. CIG: 98585962C9;
- 3) con nota n. 14217 del 10/07/2023 della Soprintendenza e parere di cui si ignorano estremi e contenuto;
- 4) di ogni altro provvedimento connesso e consequenziale a quelli impugnati; e con richiesta di esecuzione in forma specifica od in via subordinata per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per Le Province di Caserta e Benevento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2025 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Baia s.r.l.s. ha impugnato, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, il provvedimento del comune di Caserta di annullamento in autotutela (D.D. n. 712 del 10/07/2024) della procedura negoziata per l'affidamento della esecuzione dei lavori di “*miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale e ambientale, riqualificazione della pavimentazione e dell'impianto di pubblica illuminazione nello spazio antistante la chiesa di San Rocco*” in Casertavecchia (per un importo pari ad € 523.788,54), indetta con determina n. 697 del 31/05/2023 e aggiudicata alla società ricorrente con determina di approvazione n. 603 del 31/05/2024.

2. – La ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'impugnato autoannullamento – formulando, altresì, domanda di risarcimento dei danni patiti, in forma specifica o, in subordine, per equivalente (*sub V*), anche a titolo, se del caso, di responsabilità precontrattuale (*sub VI*) – per violazione del limite temporale di 12 mesi stabilito dall'art. 21 *nonies*, L. n. 241/90 e del legittimo affidamento (*sub I*), per omessa comunicazione di avvio del procedimento di secondo grado (*sub III*), per *deficit* ed erroneità della motivazione, sviluppata sulla scorta di un parere della Soprintendenza il cui contenuto, in sostanza, sarebbe stato del tutto travisato, non imponendo affatto, come ritenuto nell'atto impugnato, l'esecuzione di lavori nella categoria OG 2 (*sub II e IV*).

3. – Il comune di Caserta non si è costituito in giudizio.

Si è costituita la Soprintendenza Archeologica Belle Arti e Paesaggio (APAB) per le Province di Caserta e Benevento, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva. Con deposito del 3 e del 29 gennaio 2025 l'Ente ha ottemperato alla richiesta istruttoria (verbalizzata all'udienza pubblica del 23 ottobre 2024) finalizzata all'acquisizione del parere del 9/7/2024 della Soprintendenza speciale per il PNRR e del parere istruttorio della Soprintendenza APAB n. 14217 del 10/07/2023.

4. – La motivazione dell'avversato atto di annullamento d'ufficio – premesso che il comune, “*ai fini della partecipazione alla procedura di cui in oggetto, ha richiesto quale requisito di qualificazione il possesso della categoria OG3, non ritenendo che l'area fosse sottoposta alla tutela di cui all'art. 21 del D.Lgs. n. 42/2004*” – riposa sulle differenti indicazioni che si trarrebbero, sul punto, dalle “*prescrizioni cristallizzate nell'indicato parere della Soprintendenza Speciale per il PNRR*”, alla luce delle quali, infatti, “*è necessario individuare un O.E. che abbia la qualificazione per la categoria OG2 in luogo della erroneamente indicata categoria OG3*”.

4.1. – Di qui la rappresentata necessità di “*rimediare*” a siffatto “*errore materiale*” il quale, unitamente al rilievo che il contratto di cui alla commessa annullata non è stato ancora stipulato, rappresenterebbero, ad avviso del comune, elementi giustificativi sufficienti, nella logica dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/90, a sorreggere la legittimità dell'autoannullamento, in particolare a motivare la ritenuta “*preminenza*” dell'interesse pubblico (alla rimozione degli effetti dell'aggiudicazione) su quello privatistico del destinatario dell'atto.

5. – All'udienza pubblica del 29 gennaio 2025 la controversia è stata trattenuta in decisione.

6. – L'avviso del Collegio è che la motivazione dell'annullamento d'ufficio resista alle censure sollevate dalla società ricorrente, risultando l'aggiudicazione in suo favore viziata, a monte, dall'illegittimità della *lex specialis* di gara per erroneità della categoria di lavori richiesta per l'appalto (OG3 in luogo di OG2).

6.1. – Tanto, del resto, ha esplicitamente dichiarato il comune di Caserta nel contestato annullamento d'ufficio e tanto, in effetti, si ricava, sia pure in via mediata, dal parere della Soprintendenza Speciale per il P.N.R.R., richiamato *per relationem*,

trattandosi di lavori che interessano un bene immobile sottoposto a un doppio regime di tutela ai sensi del d.lgs. n. 42/04.

6.2. – Ed invero, da un lato, il parere della Soprintendenza Speciale per il P.N.R.R., diversamente da quanto dedotto dalla ricorrente, fa espressamente riferimento all'art. 21 del *cit.* d.lgs. n. 42/04, dall'altro, il parere della Soprintendenza A.P.A.B. del 2023, le cui prescrizioni sono integralmente confermate dalla Soprintendenza Speciale, dà atto che il bene immobile oggetto dell'intervento è soggetto al “*vincolo vigente ai sensi dell'art. 136 D.lgs. 42/2004*”, con D.M. 28/3/85 e alle prescrizioni di tutela di cui al P.T.P. approvato con D.M. del 18/10/2000, ZONA CRUE e, inoltre, è sottoposto alle norme di tutela cui all'art. 10, co. 4, lett. G, d.lgs. n. 42/04.

7. – Integra, pertanto, una disposizione *contra legem* il richiamo, negli atti di gara, da parte della S.A., alla categoria di lavori OG3, che si rivela erroneo e dunque illegittimo siccome affatto disancorato dalla natura del bene che forma oggetto dei lavori, sottoposto a tutela ai sensi del d.lgs. n. 42/04, la “*riqualificazione*” del quale, deve essere inquadrata, propriamente, nella categoria di lavori OG2, riguardando il “*restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali*” (All. A: “*Categorie di opere generali e specializzate*” al D.P.R. n. 207/2010, *Regolamento di esecuzione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*).

7.1. – Il sistema di qualificazione (che, *ratione temporis*, trovava disciplina transitoria nel *cit.* d.P.R. 207/2010 in base all'art. 216, comma 14, d.lgs. n. 50/2016), articolato in categorie di opere generali e speciali e classifiche, è inderogabile da parte della stazione appaltante e a quest'ultima non è riconosciuta discrezionalità nell'individuazione delle categorie o classifiche richieste dal bando ai fini della partecipazione alle procedure di gara, né alcuna discrezionalità può riconoscersi al progettista.

7.2. – L'errata individuazione della categoria necessaria per l'esecuzione dei lavori non comporta soltanto il rischio che venga selezionato un appaltatore non adeguatamente qualificato per l'esecuzione delle specifiche lavorazioni affidate, ma costituisce altresì un *vulnus* al principio di concorrenza e di libero accesso al mercato, in quanto preclude la partecipazione alla gara alle imprese in possesso della qualificazione tecnico-economica necessaria alla realizzazione dell'appalto ed inoltre consente che i lavori vengano affidati ad un soggetto privo delle capacità necessarie alla realizzazione dell'opera (Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2004 n. 8292).

8. – Il ravvisato vizio della *lex specialis* – che richiede una categoria di lavori erronea – si riverbera sugli atti successivi, determinando, a cascata, l'illegittimità dell'intera procedura evidenziale e, con essa, dell'atto terminale, cioè l'approvazione dell'aggiudicazione, oggetto specifico dell'impugnato atto di autotutela il quale interviene, annullandolo, pertanto, su un atto inficiato da illegittimità (derivata), in piana applicazione dell'art. 21 *nonies*, L. n. 241/90.

9. – Quanto osservato conduce alla reiezione dei motivi *sub* II e IV, volti a censurare la motivazione dell'autoannullamento e il parere della Soprintendenza e, inoltre, delle doglianze incentrate sulla presunta violazione dello sbarramento temporale annuale *ex* art. 21 *nonies cit.* (*sub* I) e sull'omessa comunicazione di avvio *ex* art. 7 L. n. 241/90 (*sub* III).

9.1. – La suggestiva evocazione di un superamento del limite temporale è smentita dal rilievo che oggetto di autoannullamento è l'aggiudicazione (approvata con D.D. n. 603 del 31/5/2024) e il conseguente impegno di spesa, di guisa che l'atto di autotutela (D.D. n. 712 del 10/07/2024) è tempestivo, restando sullo sfondo la circostanza che il vizio derivi, a monte, dall'illegittimità della legge di gara (indetta con D.D. n. 697 del 31/05/2023, anch'essa oggetto di ritiro), esigendo l'art. 21 *nonies*

cit., ai fini dell'annullamento, solo un “*provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies*”, senza ulteriori distinzioni, da ciò logicamente inferendosi l'irrilevanza del carattere “*originario*” o “*derivato*” della ragione di illegittimità che lo affligge.

9.2. – Quanto all'omessa comunicazione di avvio, la gravità del vizio rilevato dalla S.A., che investe l'intera procedura evidenziale a partire dalle regole della selezione, ne rende doverosa la rimozione, dovendosi dare atto della prevalenza dell'interesse generale alla salvaguardia dei beni culturali – quindi allo svolgimento dei lavori di cui alla commessa da parte di un operatore economico in possesso della necessaria competenza e qualificazione tecnico-economica – e al rispetto dei principi di concorrenza e di libero accesso al mercato.

9.2.1. – Per giurisprudenza consolidata ai sensi dell'art. 21 *octies* l. 7 agosto 1990 n. 241, “*il vizio comunicativo e partecipativo non inficia la validità dell'atto se per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato e, comunque, in caso di provvedimenti discrezionali, se l'Amministrazione dimostra in giudizio che il contenuto del provvedimento, quand'anche la partecipazione vi fosse stata, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*” (Cons. Stato, Sez. IV, 12/03/2015, n. 1279; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 07/03/2023, n.340).

9.2.2. – Nel caso concreto l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non può costituire, ad avviso del Collegio, stante la radicalità del vizio, circostanza idonea ad inficiare il provvedimento impugnato, il quale, per questa ragione, non avrebbe potuto essere di segno diverso, non potendo addivenirsi alla stipula di un contratto con un operatore sprovvisto della qualificazione per

interventi su beni tutelati dal T.U. dei Beni culturali, mettendo a rischio il patrimonio storico-medioevale di Caserta.

9.2.3. – A fronte di tanto, ne risulta svilita, già in astratto, la significatività dell’apporto partecipativo che la società avrebbe potuto fornire; sul punto, del resto, la ricorrente svolge solo generici e insufficienti richiami a possibili accorgimenti esecutivi (“*Ad esempio, potevano essere messo in atto con DL, RUP e Soprintendenza metodologia di esecuzione che non pregiudicassero beni storici o comunque che non mettevano a rischio il patrimonio storico di Caserta*”).

9.2.4. – Deve tuttavia rammentarsi, in proposito, che il privato è “*tenuto ad indicare o allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento*”, onde non ridurre la comunicazione di avvio del procedimento “*a mero rituale formalistico*” (Cons. Stato, Sez. III, 04/11/2024, n.8765).

In conclusione, sul punto, operando nella specie la “*sanatoria*” ex art. 21 *octies*, L. n. 241/90, la censura *sub* III non coglie nel segno.

10. – Quanto alle domande risarcitorie azionate dalla ricorrente, la reiezione, riguardo al ristoro dei danni richiesti a titolo di responsabilità aquiliana (*sub* V), si impone – oltreché quale conseguenza dell’inesistenza del presupposto della necessaria illegittimità del provvedimento – per effetto dell’assenza di specifiche allegazioni idonee a comprovarne l’*an* e il *quantum*.

11. – Il pregiudizio asseritamente subito dalla ricorrente in dipendenza dello scorretto comportamento del comune di Caserta, il cui risarcimento è richiesto a titolo di responsabilità precontrattuale (*sub* VI), infine, non è valutabile in questa sede (T.A.R. Napoli, sez. III, 24/10/2024, n. 5632), esulando la corrispondente domanda dalla giurisdizione del G.A. per essere devoluta alla cognizione del G.O.,

trattandosi del ristoro delle conseguenze dannose discendenti dalla lesione dell'affidamento sulla positiva conclusione della gara (*cf.* Cass. Civ., SS.UU., 28 agosto 2023 n. 25324, 19 gennaio 2023 n. 1567, 18 gennaio 2022 n. 1391 e 17 giugno 2021 n. 17329; da ultimo, l'orientamento è stato confermato, con diffuse argomentazioni, anche in dichiarato dissenso rispetto alle conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dalle SS.UU. n. 13191 del 14 maggio 2024).

12. – Le spese di giudizio possono essere compensate in considerazione della peculiarità della fattispecie e delle ragioni poste a base della decisione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI