

**N. 02400/2013REG.PROV.COLL.**

**N. 05805/2012 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5805 del 2012, proposto da: SPINOSA COSTRUZIONI GENERALI S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso Nicola Marcone in Roma, piazza dell'Orologio, n. 7;

*contro*

COMUNE DI FIRENZE, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Sansoni, Debora Pacini e Maria Athena Lorizio, con domicilio eletto presso Maria Athena Lorizio in Roma, n. via Dora, 1;

*nei confronti di*

PISA COSTRUTTORI SPA IN LIQUIDAZIONE (GIÀ ROMAGNOLI S.P.A.), CONSORZIO TOSCANO

COOPERATIVE SOC.COOP. (GIÀ CTC CONSORZIO TOSCANO COSTRUZIONI SCRL), SACED SOCIETÀ APPALTI COSTRUZIONI EDILI S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, INGG. PROVERA & CARRASSI SP.A., ognuna in persona del rispettivo legale rappresentante in carica, non costituite in giudizio;

*per l'ottemperanza al giudicato*

formatosi sulla sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V, n. 826 del 13 febbraio 2009;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati N. Marcone, M.A. Lorizio;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando in data 31 luglio 2002 il Comune di Firenze indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del "Centro d'Arte contemporanea presso l'ex Meccanotessile area Galileo – Il lotto funzionale – completamento padiglione lato sud" (il cui progetto era stato approvato con deliberazione di giunta n. 428/938 del 4 giugno 2002), per un importo a base

d'asta di €. 9.848.172,62, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (inferiore a quello posto a base di gara, mediante ribasso sull'elenco prezzi, con esclusione delle offerte risultate anomale ai sensi dell'art. 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109).

Espletata la gara, individuata la soglia di anomalia (pari al 22,77%), sottoposte ad esame le offerte sospettate di anomalia (quelle delle concorrenti Saced, Corit, Spinosa, De Benedictis, Cons. Coop. Costruzioni e A.T.I. Romagnoli e CTC, il cui ribasso era stato rispettivamente del 28,63%, 28,14%, 24,50%, 24,21%, 24,21% e 22,87%) ed esaminate le relative giustificazioni, i lavori venivano affidati all'A.T.I. Romagnoli S.p.A. (poi Pisa Costruttori S.p.A.) e C.T.C., giusta determinazione dirigenziale n. 498 del 3 febbraio 2003.

Il tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II (che con sentenza n. 5479 del 27 ottobre 2003 aveva dichiarato inammissibile il ricorso della Spinosa Costruzioni Generali s.r.l. avverso il giudizio di anomalia della propria offerta e che con altra decisione aveva anche dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla soc. Percassi e Provera S.p.A.) con la sentenza n. 5478, pure del 27 ottobre 2003, accoglieva il ricorso della Saced s.r.l. ed annullava la fase del procedimento di verifica della anomalia delle offerte per difettosa costituzione dell'organo che aveva proceduto alla relativa valutazione.

Dando esecuzione a tale sentenza l'amministrazione rinnovava il procedimento di valutazione di anomalia delle offerte, al cui esito, giusta verbale in data 1° aprile 2004, i lavori venivano nuovamente aggiudicati all'A.T.I. Romagnoli S.p.A. e C.T.C.

2. A seguito dell'impugnazione di tale nuova aggiudicazione da

parte della Soc. Spinosa Costruzioni Generali S.p.A., il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (NRG. 1167/2004), con ordinanza cautelare n. 717 del 29 giugno 2004, ordinava di effettuare una ulteriore verifica dell'offerta della ricorrente.

Espletata, l'amministrazione appaltante confermava il giudizio di anomalia dell'offerta della ricorrente, che veniva impugnata con motivi aggiunti; la nuova aggiudicazione era impugnata anche dalla soc. Proversa & Percassi s.p.a. (NRG. 1210/2004) e dalla Saced s.r.l. (2275/2004).

Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, con la sentenza n. 825 del 4 giugno 2007, riuniti i tre ricorsi, esaminato in via prioritaria quello della soc. Spinosa Costruzioni Generali S.p.A. (sul presupposto che l'eventuale accoglimento avrebbe esteso i suoi effetti favorevoli anche nei confronti degli altri due ricorrenti), esperita una consulenza tecnica d'ufficio, riteneva illegittima l'esclusione dalla gara della ricorrente e accoglieva la domanda di risarcimento in forma specifica, limitatamente all'obbligo dell'amministrazione di rinnovare, con esito libero, il procedimento di verifica dell'anomalia, dichiarando improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse gli altri due ricorsi.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, con la decisione n. 826 del 13 febbraio 2009, decidendo sugli appelli proposti dalla società Spinosa Costruzioni Generali s.r.l. e dall'impresa Pisa Costruzioni S.p.A. (successore della soc. Romagnoli S.p.A.) avverso la ricordata sentenza del tribunale toscano, dopo averli riuniti, respingeva quello dell'impresa Pisa Costruzioni S.p.A. ed accoglieva in parte il primo (limitatamente cioè alla parte in cui erano stati estesi gli effetti dell'accoglimento del ricorso di

primo grado alla Saced s.r.l. e alla Percassi e Provera S.p.A.), confermando per il resto la sentenza impugnata.

3. Instaurato il giudizio di ottemperanza sul presupposto dell'inerzia dell'amministrazione appaltante, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3078 del 23 maggio 2011 lo ha dichiarato inammissibile, respingendo anche la domanda di risarcimento del danno da inesecuzione del giudicato, rilevando la piena legittimità della delibera di giunta n. 15 del 3 febbraio 2010 (con cui l'amministrazione comunale aveva revocato la originaria delibera n. 428/938 del 4 giugno 2001 di approvazione del progetto esecutivo dell'opera oggetto), non violativa o elusiva del giudicato in quanto giustificata da sopravvenute legittime ragioni di opportunità amministrativa e contabile -finanziaria (fermo restando la possibilità della sua impugnazione col rito ordinario).

4. Peraltro con altra sentenza, n. 2261 del 18 aprile 2012, la stessa Quinta Sezione del Consiglio di Stato, accoglieva l'appello proposto dalla società Spinosa Costruzioni Generali S.p.A. e, riformando la sentenza n. 6767 del 16 dicembre 2010 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, ha annullato la citata delibera della Giunta del Comune di Firenze n. 15 del 3 febbraio 2010, rilevando che la stessa era inficiata dalla mancata comunicazione alla società interessata dell'avvio del procedimento di revoca e da un macroscopico difetto di motivazione (specialmente in relazione all'omesso riferimento alla posizione acquisita dall'interessata Spinosa Costruzioni Generali S.p.A. 3 cioè "...all'aspettativa giuridicamente qualificata a che la procedura di affidamento dei lavori proseguisse con la verifica dell'anomalia della propria offerta,

dopo l'esclusione di quella della contro interessata ATI Romagnoli" e alla omessa "...necessaria comparazione tra i supposti risparmi di spesa e le poste negative...") e ritenendola in definitiva nulla per violazione del giudicato.

5. Con nuovo ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 6 novembre 2012 la società Spinosa Costruzioni Generali S.p.A. ha riproposto la domanda di ottemperanza al giudicato formatosi sulla decisione del Consiglio di Stato, sez. V, n. 826 del 13 febbraio 2009.

Ricapitolata l'intera tormentata vicenda contenziosa, la ricorrente ha nuovamente sottolineato l'ingiustificato comportamento omissivo tenuto dall'amministrazione comunale di Firenze nei riguardi del comando contenuto nella decisione del Consiglio di Stato n. 826 del 13 febbraio 2009, di rinnovare il sub procedimento di verifica dell'anomalia della propria offerta, riconoscendola congrua e dichiarandola aggiudicataria, ed ha chiesto che ordinato alla predetta amministrazione di ottemperare, assegnandole un termine per il definitivo adempimento, con eventuale nomina di un commissario ad acta per il caso di persistente inerzia; ha chiesto ancora la condanna della predetta amministrazione comunale al risarcimento del danno per equivalente monetario (sussistendo l'elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria), quantificato in complessivi €. 1.189.659,26 (pari al 16% del valore della propria offerta, di cui l'8% a titolo di utile di impresa e un ulteriore 8% a titolo di perdita di chances), nonché al pagamento della sanzioni di cui all'art. 114, comma 5, lett. e), del D. Lgs. 104/2010 per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza, sussistendone tutti i presupposti.

Ha resistito al giudizio il Comune di Firenze, deducendo l'improcedibilità e l'inammissibilità del ricorso in ragione dell'avvenuta adozione di nuovi ed ulteriori atti, non elusivi, né violativi del giudicato in questione, incompatibili con quest'ultimo.

6. Le parti hanno illustrato con articolate e approfondite memorie le proprie rispettive difese, insistendo nella relative conclusioni e replicando a quelle avverse.

All'udienza in camera di consiglio del 18 dicembre 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

### DIRITTO

7. Oggetto del presente giudizio è l'ottemperanza al giudicato formatosi sulla decisione di questa Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 826 del 13 febbraio 2009 che, accogliendo in parte l'appello spiegato dalla soc. Spinosa Costruzioni Generali S.p.A., ha confermato con diversa motivazione la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, n. 825 del 4 giugno 2007.

In particolare, a seguito di detto giudicato: a) è stata definitivamente accertata l'illegittimità dell'esclusione, per anomalia, dell'offerta della società Spinosa Costruzioni Generali s.r.l. dalla gara per l'affidamento dei lavori di completamento del Padiglione Sud del Centro d'Arte Contemporanea presso l'ex Meccanotessile, area Galileo, II lotto; b) è stato confermato l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara e della conseguente aggiudicazione definitiva in favore della società Pisa Costruzioni S.p.A.; c) sono state individuate le garanzie procedurali e le prescrizioni sostanziali vincolanti da osservarsi in sede di nuovo scrutinio della sola offerta della

società Spinosa Costruzioni Generali, comunque ad esito libero; d) è stato espressamente precisato che il successivo riesercizio del potere da parte della stazione appaltante è solo eventuale; e) è stata dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione diretta della gara in favore della predetta soc. Spinosa Costruzioni Generali S.p.A.; f) è stata infine respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario (mancato utile e perdita di chance).

Il Comune di Firenze non contesta l'esistenza del giudicato ed il suo ambito, così come sopra delineato, ma, con riferimento all'obbligo di procedere alla rinnovazione del giudizio di anomalia dell'offerta presentata dalla società Spinosa Costruzioni Generali s.r.l. nel procedimento di gara bandito nel luglio 2002 per l'affidamento dei lavori di completamento del padiglione sud del Centro d'Arte Contemporanea presso l'ex Meccanotessile – II lotto, ha negato la stessa configurabilità di una situazione di inottemperanza; a tal fine ha richiamato la precedente sentenza di questa Sezione n. 3078 del 23 maggio 2011 (che ha dichiarato inammissibile il precedente ricorso per l'ottemperanza per essere intervenuta la revoca della gara di appalto in questione, giusta delibera di giunta n. 15 del 3 febbraio 2010), aggiungendo di aver nuovamente revocato con la delibera di Giunta municipale n. 2012/G/424 del 20 novembre 2012 la originaria delibera n. 428/389 del 4 giugno 2002 (di approvazione del progetto esecutivo dei lavori di completamento del padiglione sud del Centro d'Arte Contemporanea presso l'ex Meccanotessile, II lotto, in virtù della quale era stata avviata la procedura concorsuale dalla quale



era stata illegittimamente esclusa la soc. Spinosa Costruzioni Generali s.r.l. per anomalia dell'offerta), eliminando i vizi che avevano inficiato la precedente delibera di revoca, n. 15 del 3 febbraio 2010, e che ne avevano determinato l'annullamento da parte della sentenza di questa Sezione n. 2261 del 18 aprile 2002. La società ricorrente per contro ha sostenuto che l'obbligo di rinnovare il giudizio di anomalia dell'offerta presentata nel procedimento di gara non poteva essere neutralizzato dalla nuova determinazione di revoca dell'originaria deliberazione di approvazione del progetto, determinazione che si atteggiava come inammissibile manifestazione di volontà di sottrarsi ingiustificatamente all'ordine del giudice e che dava luogo ad un atto palesemente violativo o elusivo del giudicato, essendo meramente confermativo dell'identica precedente delibera (n. 2010/G/00015 del 3 febbraio 2010), già dichiarata nulla proprio per violazione del giudicato con sentenza n. 2261 del 16 aprile 2012.

8. Così delineato l'oggetto del giudizio e le contrapposte tesi delle parti, la Sezione osserva quanto segue.

8.1. Occorre preliminarmente ricordare che nel giudizio di ottemperanza il giudice è chiamato non solo alla puntuale verifica dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione [C.d.S., sez. V, 3 ottobre 1997, n. 1108; sez. IV, 15 aprile 1999, n. 626; 17 ottobre 2000, n. 5512, verifica che, come'è noto, deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede

l'esecuzione (C.d.S., sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607; sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49; 28 dicembre 1999, n. 1964) e che implica una delicata attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, attività da compiersi esclusivamente sulla base della sequenza "petitum - causa petendi - motivi - decisum", C.d.S., sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49; 28 dicembre 1999, n. 1963; sez. V, 28 febbraio 2001, n. 1075], ma deve anche apprezzare le eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto per stabilire in concreto se il ripristino della situazione soggettiva, sacrificata illegittimamente, come definitivamente accertato in sede di cognizione, sia compatibile con lo stato di fatto e/o diritto prodottosi medio tempore [C.d.S., sez. V, 4 ottobre 2007, n. 5137; sez. VI, 5, luglio 2011, n. 4037; 27 dicembre 2011, n. 6849, ferma in ogni caso l'irrilevanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto successive alla notificazione della sentenza della cui ottemperanza si tratta, tra le tante, C.d.S., sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037; 3 novembre 2019, n. 7761; 22 ottobre 2010, n. 5816; sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8510].

Una simile ricostruzione dei poteri del giudice dell'ottemperanza non implica affatto un possibile inammissibile vulnus alla stessa effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli articoli 24, 111 e 113, rappresentando piuttosto il naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi e dei principi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo, quali quello secondo cui la durata del processo non deve andare a danno della parte vittoriosa (che ha diritto, però, all'esecuzione del giudicato in base allo stato di fatto e di diritto vigente al

momento dell'atto lesivo, caducato in sede giurisdizionale) e quello della stessa dinamicità dell'azione amministrativa e dell'esercizio della relativa funzione da parte della pubblica amministrazione che ne è titolare (che non consente di poter ragionevolmente ipotizzare una sorta di “congelamento” o di “fermo” della stessa, tant'è che sia l'atto amministrativo che la sentenza di primo grado, ancorché impugnati, non perdono in linea di principio la loro efficacia e la loro idoneità a spiegare gli effetti loro propri, tranne che questi ultimi non siano ritenuti meritevoli di essere sospesi, su istanza degli interessati, da parte rispettivamente del giudice di primo grado o da quello di appello).

8.2. E' anche da ricordare che la giurisprudenza ha sottolineato che nel giudizio di ottemperanza può essere dedotta come contrastante con il giudicato non solo l'inerzia della pubblica amministrazione cioè il non fare (inottemperanza in senso stretto), ma anche un fare, cioè un comportamento attivo, attraverso cui si realizzi un'ottemperanza parziale o inesatta ovvero ancora la violazione o l'elusione attiva del giudicato (C.d.S., sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6501).

Il nuovo atto emanato dall'amministrazione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento illegittimo, può essere considerato adottato in violazione o elusione del giudicato solo quando da quest'ultimo derivi un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, così che il suo contenuto sia integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza (C.d.S., sez. VI, 3 maggio 2011, n. 2602; sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 70; 4 ottobre 2007, n. 5188), con la conseguenza che la verifica della sussistenza del vizio di

violazione o elusione del giudicato implica il riscontro della difformità specifica dall'atto stesso rispetto all'obbligo processuale di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire (C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3233; sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3415; 5 dicembre 2005, n. 6963).

La violazione del giudicato è pertanto configurabile quando il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale ovvero quando si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione del giudice, mentre si ha elusione del giudicato allorquando l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l'obiettivo di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo (C.d.S., sez. IV, 1° aprile 2011, n. 2070, 4 marzo 2011, n. 1415; 31 dicembre 2009, n. 9296).

8.3. Con particolare riferimento alla specifica fattispecie in esame deve poi aggiungersi che l'amministrazione è notoriamente titolare del potere, riconosciuto dall'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, di revocare per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un proprio precedente provvedimento amministrativo (C.d.S., sez. V, 18 gennaio 2011, n. 283).

Con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica è stato considerato legittimo il provvedimento di revoca di una gara di appalto, disposta in una fase non ancora definita della

procedura concorsuale, ancora prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quando il contratto non è stato ancora concluso, motivato anche con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, ciò in quanto la ricordata disposizione ammette un ripensamento da parte della amministrazione a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (C.d.S., sez. III, 15 novembre 2011, n. 6039; 13 aprile 2011 , n. 2291); è stato ripetutamente ribadito che fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione, rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara, puntualizzando che le ragioni tecniche nell'organizzazione del servizio attinenti le concrete modalità di esecuzione, il riassetto societario, la volontà di provvedere in autoproduzione e non mediante esternalizzazione, la necessità di consentire attraverso tale scelta organizzativa un maggior assorbimento di personale in un quadro di attività concertate in sede sindacale mirante alla valorizzazione del personale interno, sono tutti profili attinenti al merito dell'azione amministrativa e di conseguenza insindacabili da parte del giudice, in assenza di palesi e manifesti indici di irragionevolezza (C.d.S., sez. V, 9 aprile 2010 , n. 1997); anche il riferimento al risparmio economico derivante dalla revoca è stato ritenuto legittimo motivo della stessa (C.d.S., sez. V, 8 settembre 2011, n. 5050).

9. In base ai consolidati principi giurisdizionali così ricordati, la Sezione è dell'avviso che il ricorso in esame non possono trovare favorevole considerazione.

9.1. Come rilevato in precedenza, il giudicato della cui ottemperanza si discute, avendo definitivamente sancito l'illegittimità dell'esclusione dalla gara di appalto dei lavori di completamento del Padiglione Sud del Centro d'Arte Contemporanea presso l'ex Meccanotessile, area Galileo, II lotto, dell'offerta proposta dalla società Spinosa Costruzioni Generali s.r.l. per anomalia e la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione definitiva dei lavori stessi in favore della società Pisa Costruzioni S.p.A., ha imposto all'amministrazione appaltante l'obbligo di procedere ad una nuova valutazione della offerta della soc. Spinosa Costruzioni Generali s.r.l.

Senonché proprio con riguardo a tale obbligo non può sottacersi che non solo è stato espressamente stabilito che l'esito della nuova valutazione era libero (nel senso che il giudizio sull'offerta presentata dalla ricorrente non doveva necessariamente concludersi in senso favorevole a quest'ultima), per quanto anche la riedizione del potere da parte dell'amministrazione era soltanto eventuale (pag. 16 della sentenza ottemperanda): il giudicato in questione non ha comportato alcuna limitazione della discrezionalità dell'amministrazione appaltante che poteva esplicarsi nella sua pienezza non solo quanto allo specifico segmento della gara di appalto che era stato oggetto della statuizione e cioè in ordine alla rivalutazione dell'offerta della società ricorrente, illegittimamente ritenuta anomala, ma anche quanto alla stessa possibilità, sussistendone i presupposti di legge, di non dare ulteriore impulso alla stessa procedura di gara (che, com'è intuibile, proprio per effetto del giudicato era ritornata alla fase della valutazione dell'offerta presentata).

E' pertanto in tale ottica che deve essere stabilito se la delibera n. 2012/G/00424 del 20 novembre 2012 (con cui l'amministrazione comunale ha (nuovamente) revocato la precedente delibera n. 428/389 del 4 giugno 2002, di approvazione del II lotto dei lavori di completamento del Centro d'Arte Contemporanea, e il relativo bando di gara) costituisca o meno violazione o elusione del giudicato e, in caso negativo, se la nuova determinazione dell'amministrazione sia legittimamente incompatibile con l'obbligo nascente dal predetto giudicato.

9.2. La pacifica circostanza che il giudicato derivante dalla sentenza n. 826 del 13 febbraio 2009 non contenga prescrizioni puntuali e precise in modo da conformare completamente la successiva attività della pubblica amministrazione esclude in radice che la nuova determinazione dell'amministrazione appaltante possa integrare una ipotesi di violazione del giudicato.

D'altra parte la mera adozione dell'atto di revoca dell'approvazione del progetto posto a base di gara, non costituisce di per sé elusione del giudicato, atteso che, come si è accennato, l'amministrazione appaltante può esercitare il potere di annullare un procedimento di gara, allorquando non sia intervenuto l'atto conclusivo (aggiudicazione definitiva) oppure quando, come nel caso di specie, a seguito dell'annullamento giurisdizionale, l'aggiudicazione definitiva sia stata annullata ed il procedimento di gara sia regredito alla fase di valutazione delle offerte presentate, sempre che ne sussistano i presupposti.

9.3. Altro profilo è quello poi della legittimità del provvedimento di revoca, atteso che, se fosse stato adottato

nella carenza dei presupposti legittimanti, potrebbe ragionevolmente ritenersi che lo scopo effettivamente perseguito era di sottrarsi all'obbligo nascente dal giudicato: tuttavia nel caso di specie il sereno esame della motivazione del provvedimento di revoca esclude l'esistenza di un simile sviamento.

9.3.1. Nella delibera di giunta n. 2012/G/00424 del 20 novembre 2012, dopo aver dato atto che l'originario progetto (2° lotto dei lavori per la realizzazione del Centro d'Arte Contemporanea) consisteva nel completamento delle opere del padiglione sud, nello spostamento della tubazione dell'acquedotto comunale e nella realizzazione di un parcheggio interrato con tutti i relativi impianti (mentre il primo lotto, i cui lavori iniziati nel giugno 1987 e conclusi, aveva riguardato opere murarie e di consolidamento delle strutture esistenti) e che a causa del contenzioso instaurato sul procedimento di gara i lavori, ancorché affidati all'A.T.I. Romagnoli S.p.A. – C.T.C., giusta contratto stipulato il 9 giugno 2004, ed effettivamente consegnati il 21 giugno 2004, erano stati sospesi sin dal 2 luglio 2004, l'amministrazione comunale ha evidenziato che, già prima della definizione del contenzioso (con la sentenza di questa Sezione del Consiglio di Stati n. 826 del 13 febbraio 2009, della cui ottemperanza si tratta) era stata avviata "...una riflessione...sull'opportunità di realizzare un Centro d'Arte contemporanea a Firenze, tanto che con delibera di Giunta 2007/G/00613, l'Amministrazione Comunale procedeva all'approvazione di un protocollo d'intesa con la Regione Toscana, in cui si individuava, di comune accordo, il Centro per l'arte contemporanea Luigi Pecci di Prato come perno del



sistema metropolitano di arte contemporanea per la Toscana, attribuendo invece alla struttura dell'ex Meccanotessile di Firenze la funzione di luogo per la produzione di arte contemporanea locale e regionale e quale luogo di educazione all'arte contemporanea da concordare con gli Istituti Superiori artistici di Firenze”, aggiungendo altresì che “le linee programmatiche relative alle azioni e ai progetti da realizzare nel corso del mandato contenute nel Documento Programmatico 2009/2014 “Per una Firenze più coraggiosa, più semplice, più bella”, approvate dal Consiglio Comunale nella seduta del 19 ottobre 2009 prevedono di procedere al recupero e alla riqualificazione dell'area Ex Galileo Meccanotessile ad uso pubblico e privato, in quanto area fortemente degradata e quale “porta” nord della città, sulla base di un processo di progettazione partecipata attraverso incontri e tavoli di lavoro tra amministrazione comunale e comitati di quartiere”.

E' stato poi evidenziato che, proprio in ragione di tali nuove prospettive era stata adottata la delibera n. 15 del 3 febbraio 2010 (che anch'essa aveva revocato la delibera n. 428/389 del 4 giugno 2002), a seguito della quale non solo era stato revocato il relativo finanziamento, per quanto era stata approvata nella riunione del consiglio comunale del 7 marzo 2011 una mozione sugli “Indirizzi per la riqualificazione dell'area dell'ex Meccanotessile” che, tra l'altro, impegnava il sindaco e la giunta a “sviluppare un percorso di partecipazione e coinvolgimento dei cittadini e del Consiglio di Quartiere sia nella fase di definizione della variante urbanistica che di redazione del progetto, dando seguito a quanto avviato con l'evento dei “100 luoghi”, con l'individuazione delle destinazione d'uso dell'area

nell'ambito degli indirizzi resi espliciti nel Piano strutturale (“la realizzazione nell’area di uno spazio socio – culturale, nonché di uno spazio di verde pubblico oltreché la contestuale riqualificazione del sistema di viabilità efficacemente collegati con il contesto circostante”) e “dettagliando gli spazi pubblici e i servizi da realizzare, che rispondano sia alle esigenze dei cittadini del rione, colmando alcune carenze (di) quartiere rilevate (asilo nido, biblioteca, ecc.), ma che introducano al contempo anche funzioni di rilevanza cittadina che conferiscano all’area la auspicata centralità con particolare riferimento all’arte contemporanea”.

Nella delibera non si sottace l’intervenuto annullamento della delibera n. 15 del 3 febbraio 2010 per effetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 2261 del 18 aprile 2012, ma si dà anche atto dell’avvenuta approvazione, con delibera di Giunta n. 2012/G/00045 del 13 marzo 2012, della soluzione progettuale relativa al futuro assetto dell’area ex Meccanotessile (atto di indirizzo).

9.3.2. Ancorché sotto il profilo temporale sia la delibera n. 15 del 3 febbraio 2010, sia quella n. 2012/G/424 del 20 novembre 2012 (entrambi di revoca della delibera di approvazione del progetto posto a base di gara, la prima annullata dalla sentenza di questa Sezione del Consiglio di Stato n. 2261 del 18 aprile 2012) si collochino dopo il formarsi del giudicato della cui ottemperanza si discute, la Sezione è dell’avviso che non possa ragionevolmente dubitarsi che le effettive ragioni della revoca affondino le proprie radici in atti antecedenti al giudicato stesso ed in particolare in una sopravvenuta rivalutazione dell’interesse pubblico che rendeva non più utile (e perciò non più

opportuno) la realizzazione del progetto del Centro d'Arte Contemporanea nell'area ex Meccanotessile.

Non vi è in realtà alcun elemento di fatto, neppure latamente indiziario, da cui possa desumersi una volontà distorta o sviata dell'amministrazione, finalizzata unicamente a non eseguire il giudicato e a vanificare le aspettative della società ricorrente, essendo invece del tutto logico e ragionevole, secondo l'id quod plerumque accidit, che alla sopravvenuta inopportunità di realizzare l'originario progetto abbia fatto seguito anche la scelta di revocare la procedura di gara, tanto più che, come si è già avuto modo di sottolineare, la stessa rivalutazione dell'offerta presentata dalla ricorrente nel procedimento di gara era "ad esito libero", non comportando quindi alcun affidamento della stessa sull'esito positivo della nuova valutazione e tanto meno sulla eventuale aggiudicazione in suo favore.

Meramente suggestiva, ma priva di qualsiasi effettivo fondamento, è l'argomentazione della ricorrente secondo cui la nuova delibera di revoca (n. 2012/G/424 del 20 novembre 2012) sarebbe stranamente successiva alla nuova notifica del ricorso per l'ottemperanza al giudicato, essendo appena il caso di rilevare che essa costituisce l'atto finale del procedimento di revoca, avviato con la comunicazione di avvio del relativo procedimento datata 10 settembre 2012.

9.3.3. Non può infine sottacersi che significativamente con la nuova delibera di revoca (n. 2012/G/424 del 20 novembre 2012) l'amministrazione comunale di Firenze ha inteso eliminare i vizi che inficiavano la precedente delibera di revoca n. 15 del 3 febbraio 2010, annullata da questa Sezione con la

sentenza n. 2261 del 16 aprile 2012, per violazione del giudicato (a causa del difetto di motivazione e omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca).

10. In conclusione, alla stregua osservazioni svolte, il ricorso per l'ottemperanza al giudicato in esame deve essere respinto.

Tuttavia la peculiarità della vicenda giustifica, ad avviso della Sezione, la integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando ul ricorso proposto dalla soc. Spinosa Costruzioni Generali S.p.A. per l'ottemperanza al giudicato formatosi sulla decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 826 del 13 febbraio 2009, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

# **L'ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2013

IL SEGRETARIO

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