

N. 02725/2011REG.PROV.COLL.
N. 07772/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7772 del 2010, proposto da:

Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Ambroselli, Ennio Magrì e Salvatore Scafetta, con domicilio eletto presso il loro Studio legale in Roma, via Guido d'Arezzo, n. 18;

contro

Comune di San Leucio del Sannio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con domicilio eletto presso il suo Studio, in Roma, via Michele Mercati, n. 51;

nei confronti di

Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Settembrini, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, n. 2;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Consorzio Stabile Medil Soc. Cons. a r.l., nella qualità di mandante dell'ATI costituita con la "Ganosi Consorzio Stabile", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 16571/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori di completamento e restauro del palazzo Zampilli e per il risarcimento dei danni; nonché, a seguito di motivi aggiunti, per l'annullamento dei provvedimenti di indizione di una nuova gara per l'esecuzione di detti lavori.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Leucio del Sannio e del Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis;

Visto l'atto di intervento ad opponendum del Consorzio stabile Medil soc. cons. a r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il decreto n. 4366/2010;

Viste le proprie ordinanze 15 ottobre 2010 n. 4780 e 23 novembre 2010, n. 5329;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Ambroselli, Scafetta e Malena, su delega dell' avv. Settembrini, e Abbamonte, per sè e per delega dell' avv. D' Angiolella;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La ditta Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri ha presentato ricorso al T.A.R. Campania per ottenere l'annullamento dei provvedimenti del Comune di San Leucio del Sannio, di ritiro in autotutela del provvedimento di aggiudicazione in suo favore dell'appalto relativo ai lavori di completamento e restauro del palazzo Zampilli (sia per non essere stato posto a base di gara il progetto approvato dalla competente Sovrintendenza, sia perché questa non aveva espresso parer circa il cortile e la riqualificazione del giardino, sia perché due componenti della commissione non avevano prodotto la prescritta autorizzazione e sia perché la domanda della appellante era risultata priva della ricevuta di versamento di € 400,00), ed il risarcimento dei danni, nonché, a seguito di motivi aggiunti, per l'annullamento dei provvedimenti di indizione di una nuova gara per l'esecuzione di detti lavori.

Con il ricorso in appello in esame la citata società ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, di reiezione del suddetto ricorso, deducendo i seguenti motivi:

1.- Error in iudicando, erroneità e travisamento dei fatti e delle ragioni dedotti in ricorso. Motivazione contraddittoria, insufficiente ed infondata.

Il T.A.R., in violazione del principio della strumentalità delle forme, ha dato formalistica applicazione al punto 2.3.2 del disciplinare di gara senza tenere conto del contrasto con il seguente punto 3.3., che non elencava la ricevuta sopra indicata tra i documenti da allegare a pena di esclusione, né della incertezza dovuta oltre che a detta circostanza al fatto che la ricevuta stessa era stata trattenuta dal responsabile del procedimento ed era comunque nella disponibilità del Comune di San Leucio del Sannio.

L'evento avrebbe dovuto comunque comportare solo la esclusione della appellante e non l'annullamento della intera procedura di gara.

2.- Quanto agli ulteriori motivi posti dalla stazione appaltante a

fondamento dell'annullamento in autotutela della gara, ritenuti assorbiti in primo grado:

2.1.- Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto. Contraddittorietà rispetto a precedente attività dell'Amministrazione. Falsa applicazione degli artt. 21 e 22 del d.lgs. n. 42/2004. Eccesso di potere per erroneità, carenza di istruttoria, motivazione insufficiente, illogicità e irrazionalità. Sviamento dal prevalente interesse pubblico. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990. Violazione del principio di proporzionalità.

2.1.1.- Le circostanze che non era stato posto a base di gara il progetto approvato dalla competente Sovrintendenza e che questa non aveva espresso parere circa il cortile e la riqualificazione del giardino, poste a giustificazione del provvedimento di autotutela impugnato, sono insufficienti a costituirne valida motivazione.

Peraltro non sussisteva alcun vizio tale da giustificare, sotto il profilo del ripristino della legalità violata, il provvedimento di autotutela.

2.1.2.- Il terzo motivo posto a base del provvedimento di autotutela, cioè che due componenti della commissione non avevano prodotto la prescritta autorizzazione dell'Amministrazione di provenienza, sarebbe viziato sia dal non essere stato indicato nella comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela, sia perché la circostanza non ha valore invalidante della gara.

2.2.- Ha chiesto quindi all'appellante il risarcimento del danno in forma specifica, ovvero, in subordine, per equivalente, essendo manifesta la colpa dell'Amministrazione e sussistendo il danno ingiusto subito, da quantificarsi nel 10 % dell'importo di gara e nel 5 % per mancata implementazione del proprio curriculum, oltre che il danno emergente.

In ulteriore subordine sussiste il diritto al risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 c.c., nelle misure sopra

indicate.

Con decreto cautelare n. 4366/2010 del 16.9.2010 è stata respinta la istanza dell'appellante di misure cautelari provvisorie.

Con memoria depositata il 11.10.2010 si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis, che ha eccepito la improcedibilità del ricorso in appello sia per essere intervenuta anteriormente alla notificazione del ricorso la aggiudicazione definitiva dei lavori relativi alla nuova gara (nel frattempo bandita dal Comune di cui trattasi) al Consorzio stesso, cui peraltro il gravame avrebbe dovuto essere notificato nella qualità di aggiudicataria, non impugnata e sia per avere partecipato l'appellante anche alla seconda procedura aperta. Nel merito ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata l'11.10.2010 si è Costituito in giudizio il Comune di San Leucio del Sannio, che ha eccepito la inammissibilità dell'appello, sia per non essere stata intimata la soc. cons. Medil a r.l., aggiudicataria in ATI costituenda, quale mandante, della seconda gara esperita, sia per non essere stati impugnati il provvedimento di aggiudicazione e ed il contratto intervenuti nella seconda procedura concorsuale. Ha inoltre dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con atto notificato l'11.10.2010 e depositato il 12.10.2010 è intervenuto "ad opponendum" il Consorzio stabile Medil soc. cons. a r.l., che, premesso di aver, a seguito di aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione n. 107/2010, stipulato contratto di appalto in data 3.9.2010 e di avere in corso d'opera le lavorazioni appaltate, ha eccepito di non aver mai ricevuto alcuna notifica del ricorso contro il bando della seconda gara ed ha quindi sostenuto di essere legittimato all'intervento esperito, senza accettare il contraddittorio sui motivi di appello; ha quindi concluso per la reiezione.

Con ordinanza 15 ottobre 2010, n. 4870, la Sezione (rilevata l'infondatezza del motivo di annullamento in autotutela relativo alla asserita omessa

allegazione della ricevuta di versamento e l'opportunità di valutare, in sede di merito, la legittimità degli ulteriori motivi posti a fondamento del provvedimento di autotutela) ha accolto la istanza cautelare e sospeso la sentenza impugnata.

Con atto notificato l'8.11.2010, depositato il 16.11.2010, il Comune di San Leucio del Sannio, premesso che in data 23.10.2010 è stato notificato un ricorso presso il T.A.R. Campania avverso la determinazione di aggiudicazione della seconda gara all'ATI Consorzio stabile Ganosis e Consorzio stabile Medil, ha chiesto che sia chiarita la portata della ordinanza n. 4870/2010 ex art. 112 del c.p.a..

Con istanza notificata il 17.11.201, depositata il 18.11.2010, la Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri ha chiesto la esecuzione della ordinanza cautelare n. 4780/2010 e che sia ordinato all'Amministrazione di provvedere alla sospensione dei lavori in corso relativi alla gara per cui è causa, nonché alla contabilizzazione dei lavori eseguiti alla data di adozione della succitata pronuncia cautelare, con nomina di un Commissario ad acta.

Con ordinanza 23 novembre 2010, n. 5329 la Sezione ha accolto la istanza cautelare ed ordinato al Comune di San Leucio del Sannio l'immediata sospensione dei lavori in corso nelle more della definizione del merito.

Con memoria depositata il 21.1.2011 il Comune suddetto, premesso che i lavori sono giunti ad una percentuale del 45%, ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 21.1.2011 il Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis ha ribadito tesi e richieste, opponendosi alla domanda di risarcimento del danno in forma specifica, ed evidenziando che non sussistono le condizioni per dichiarare inefficace l'atto negoziale stipulato tra la stazione appaltante e la ditta aggiudicataria, sia ex art. 121 c.p.a., che ex art. 122 c.p.a. (dovendo essere tutelato il legittimo affidamento del Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis, dovendo essere valutato attentamente l'interesse del Consorzio

interveniente alla prosecuzione dei lavori, stante il loro avanzato stato di esecuzione, e comportando l'eventuale subentro della appellante alla esecuzione di una diversa proposta progettuale).

Con memoria depositata il 24.1.2011 il Consorzio stabile Medil soc. cons. a r.l. ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 28.1.2011 la Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri ha replicato alle avverse difese, deducendo di aver impugnato la aggiudicazione definitiva della seconda procedura di gara, che alla conclusione del giudizio di primo grado non esistevano controinteressati, che non poteva essere invocata tutela dell'affidamento da parte di meri concorrenti di una gara all'inizio, che nessun consolidamento di interesse può essere invocato dall'interveniente nel giudizio di appello (stante l'impugnazione della aggiudicazione definitiva e comportando efficacia caducante l'annullamento dell'atto presupposto). Nel merito ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 28.1.2011 il Consorzio stabile Medil soc. cons. a r.l. ha replicato alle avverse difese sostenendo che non sussistono le condizioni per la declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato e ribadendo tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 8.2.2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello, in epigrafe specificato, la Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri ha chiesto l'annullamento della sentenza in epigrafe indicata, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti di ritiro in autotutela da parte del Comune di San Leucio del Sannio dell'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori di completamento e restauro del palazzo Zampilli, dei quali era stata dichiarata aggiudicataria, e

per il risarcimento dei danni, nonché, a seguito di motivi aggiunti, per l'annullamento dei provvedimenti di indizione di una nuova gara per l'esecuzione di detti lavori.

2.- Innanzi tutto la Sezione deve valutare infondate le eccezioni del Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis e del Comune di San Leucio del Sannio, di improcedibilità del ricorso in appello per non essere stata impugnata la aggiudicazione definitiva dei lavori relativi alla nuova gara al Consorzio stesso (cui peraltro il gravame avrebbe dovuto essere notificato nella qualità di parte aggiudicataria, intervenuta anteriormente alla notificazione del ricorso); risulta infatti essere stata impugnata nelle more la aggiudicazione definitiva della seconda procedura di gara.

Pure indivisibile è la eccezione di improcedibilità formulata da detto Consorzio per avere partecipato l'appellante anche alla seconda procedura aperta, atteso che solo comportamenti che, in modo univoco, rendano manifesta la volontà dell'interessato di accettare il provvedimento a lui sfavorevole, possono comportare acquiescenza. La partecipazione di un soggetto già aggiudicatario di una gara d'appalto ad una nuova gara, indetta dall'Amministrazione che aveva annullato d'ufficio la prima, non può rientrare tra i comportamenti suddetti, dimostrando solo la volontà di perseguire l'interesse sostanziale alla aggiudicazione dell'appalto, senza che ciò si renda incompatibile con una tutela nei confronti della procedura precedente.

Neppure possono essere apprezzate favorevolmente le eccezioni di inammissibilità dell'appello formulate dal Comune di San Leucio del Sannio (per non essere stata intimata la soc. cons. Medil a r.l., aggiudicataria in ATI costituenda, quale mandante, della seconda gara esperita) e dal Consorzio stabile Medil soc. cons. a r.l. (che ha eccepito di non aver mai ricevuto alcuna notifica del ricorso contro il bando della seconda gara ed ha quindi sostenuto di essere legittimato all'intervento esperito, senza accettare il

contraddittorio sui motivi di appello), perché risulta essere stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva con atto notificato sia al Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis che al Consorzio stabile Medil soc. cons. a r.l. e perché nel caso d'impugnativa di procedure concorsuali indette per l'aggiudicazione di un appalto pubblico l'impugnazione della seconda non è sempre necessaria se è stata impugnata quella presupposta se fra le due procedure vi sia un rapporto di consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente (come nel caso che occupa, in cui la indizione della nuova gara è stata conseguenza diretta e necessaria dell'autoannullamento della aggiudicazione della prima).

3.- Nel merito con il primo motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R., in violazione del principio della strumentalità delle forme, ha dato formalistica applicazione al punto 2.3.2 del disciplinare di gara (regolante una fase anteriore alla formulazione della offerta e in cui era prevista la non ammissione del concorrente, in assenza della alligazione della ricevuta di versamento della somma di 400 euro, necessario alla presa visione del bando di gara, alla gara) senza tenere conto del contrasto con il seguente punto 3.3. (regolante le modalità di presentazione della offerta), che non lo elencava tra i documenti da allegare a pena di esclusione). Neppure avrebbe tenuto conto il Giudice di prime cure della incertezza ingenerata, oltre che da detta circostanza, dal fatto che la ricevuta stessa era stata trattenuta dal responsabile del procedimento (che aveva rilasciato al riguardo un attestato, comunque allegato alla offerta dalla appellante: il che aveva soddisfatto in ogni caso l'interesse dell'Amministrazione ad assicurarsi che fosse stata versata la somma dovuta per poter accedere alla visione dei documenti di gara e dei luoghi) ed era quindi nella disponibilità della azienda.

La Sezione non condivide la tesi del Giudice di prime cure che detta

carezza documentale configurasse una ipotesi di espressa ed inequivoca causa di esclusione in forza della puntuale previsione contenuta nella clausola 2.3.2. del disciplinare di gara (che non solo aveva previsto che la produzione della ricevuta costituisse l'unica modalità di dimostrazione dell'avvenuto versamento, ma aveva anche espressamente sanzionato con la mancata ammissione alla gara la sua omissione, senza ammettere alcuna forma di equivalente produzione laddove ha separatamente prescritto l'ulteriore allegazione dell'attestato di presa visione e sopralluogo), sicché l'esclusione sarebbe stato un atto dovuto a tutela della par condicio dei concorrenti; ciò a nulla valendo la irrilevanza sostanziale delle prescrizioni imposte dall'ente appaltante in ordine all'autonoma rilevanza della prescritta ricevuta di versamento in quanto i concorrenti erano comunque tenuti ad ottemperare a detta prescrizione, restando affidata alla loro libera determinazione di accettare le modalità previste dalla "lex specialis" della procedura, ovvero di impugnare la clausola contenuta nei documenti di gara, non essendo consentita la disapplicazione dell'atto regolamentare che costituisce la "lex specialis" della procedura di gara.

Osserva il Collegio che il principio di strumentalità delle forme, di cui sono oggi espressione gli artt. 21 octies e 21 nonies della l. n. 241 del 1990, opera con riferimento a qualsivoglia adempimento da rendere ai fini della partecipazione alle pubbliche gare, con la conseguenza che non ogni violazione comporta l'automatica esclusione del concorrente che ne è risultato autore, ma l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti, per il raggiungimento dello scopo perseguito (Consiglio Stato, sez. VI, 19 marzo 2009, n. 1670).

In attuazione di detto principio, in presenza di vizi procedurali (nella specie, carenze documentali) può di norma determinarsi la non invalidità della procedura ove il vizio rientri tra quelli che consentono la successiva

regolarizzazione, in assenza di una esplicita e non equivoca previsione di esclusione rapportata alla carenza documentale di cui trattasi.

Nel particolare caso che occupa, se pure la clausola 2.3.2. del Disciplinare di gara, rubricata "Documenti che disciplinano la gara" (facente parte del punto 2.3, relativo alle modalità di visione e ritiro della documentazione) aveva previsto che ciascun concorrente era tenuto ad allegare alla domanda di partecipazione la ricevuta de qua pena la mancata ammissione alla gara, va, tuttavia, rilevato che il punto 3.3. (regolante le modalità di presentazione della offerta), non elencava detta ricevuta tra i documenti da allegare a pena di esclusione, configurando una situazione di obiettiva incertezza; la incertezza ingenerata dalla contraddittorietà di dette previsioni è stata aggravata dal fatto che la ricevuta stessa era stata trattenuta dal responsabile del procedimento (che aveva rilasciato al riguardo un attestato, allegato alla offerta dalla appellante, soddisfacendo comunque l'interesse dell'Amministrazione ad assicurarsi che fosse stata versata la somma dovuta per poter accedere alla visione dei documenti di gara e dei luoghi).

Va altresì osservato che l'inosservanza di una determinata prescrizione contenuta nella "lex specialis" circa le modalità di presentazione dell'offerta implica invero la doverosa esclusione del concorrente solo quando si tratta di clausole rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio tra i concorrenti e del correlato principio della segretezza delle offerte, giacché tra più interpretazioni delle norme di gara è da preferire quella che conduca alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico, una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte.

Nel caso che occupa la omissione documentale non era tale da poter comportare violazione di particolari interessi della stazione appaltante, o

della par condicio o della segretezza delle offerte, pertanto detto criterio ermeneutico “teleologico” è valido ed applicabile nel caso che occupa, in cui sussiste un'effettiva incertezza interpretativa, aggravata dal fatto dell'Amministrazione, il cui comportamento ha impedito che la parte appellante potesse seguire alla lettera la pur contraddittoria prescrizione contenuta nel disciplinare.

Deve quindi essere accolto il motivo di ricorso con il quale la Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri ha chiesto la declaratoria di illegittimità del motivo posto a base del provvedimento di autotutela impugnato consistente nella circostanza che la domanda della appellante era risultata priva della ricevuta di versamento di € 400,00.

3.1.- Secondo l'appellante l'evento avrebbe dovuto comunque comportare solo la esclusione della appellante e non l'annullamento della intera procedura di gara.

Il Collegio valuta la censura inammissibile per carenza di interesse, atteso che anche la sola sanzione della esclusione della appellante dalla procedura di gara de qua sarebbe stata lesiva per l'appellante, compromettendo comunque la aggiudicazione ad essa della gara stessa.

4.- Devono conseguentemente essere esaminati gli ulteriori motivi posti dalla stazione appaltante a fondamento dell'annullamento in autotutela della gara, ritenuti assorbiti in primo grado.

4.1.- Deduce al riguardo l'atto di appello che le circostanze che non era stato posto a base di gara il progetto approvato dalla competente Sovrintendenza e che questa non aveva espresso parere circa il cortile e la riqualificazione del giardino sarebbero insufficienti a costituire valida motivazione dell'atto di autotutela adottato, ex art. 21 nonies della legge n. 241/1990, non essendo indicato l'interesse pubblico ed attuale alla rimozione dell'atto, in comparazione con quello del privato.

Peraltro non sussisteva alcun vizio tale da giustificare, sotto il profilo del

ripristino della legalità violata, il provvedimento di autotutela, sia considerato che la Soprintendenza aveva manifestato con due specifiche note la sua piena adesione alle soluzioni tecniche prescelte, sia rilevato che il parere favorevole di massima sui lavori del giardino oggetto di gara era già stato espresso dalla Soprintendenza con note prot. n. 13548 del 2007 e n. 19911 del 2009 (considerato anche che la struttura del pergolato, i percorsi ed i viali non sono oggetto di gara, che i lavori relativi alla vasca fontana erano suscettibili di stralcio e che l'acquisizione del computo metrico e della documentazione fotografica poteva al più comportare mere indicazioni progettuali).

4.1.1.- Osserva al riguardo il Collegio che l'annullamento d'ufficio da parte della stessa Amministrazione che abbia adottato un atto amministrativo illegittimo, salvo taluni casi espressamente previsti dalle norme, costituisce una facoltà discrezionale nella quale l'Amministrazione procedente è tenuta a tenere in considerazione non solo l'interesse pubblico alla rimozione degli effetti prodotti dall'atto illegittimo ma anche la situazione del privato che abbia beneficiato di tale illegittimità, nonché, in senso più lato, anche delle situazioni di terzi che abbiano fatto affidamento sulla presunzione di legittimità dell'atto medesimo. Dalla natura discrezionale di tale potere scaturisce l'ulteriore corollario che l'Amministrazione è tenuta ad esaminare la possibilità di conservare la situazione giuridica originata dall'atto in tutti quei casi nei quali sia possibile correggere o integrare aspetti e momenti del procedimento, senza che pregiudizio per l'interesse pubblico sostanziale.

E che nel caso che occupa non fosse indispensabile adottare l'atto di autotutela in relazione alle circostanze in esame è evidente, sol che si ponga mente al fatto che la Soprintendenza aveva dato adesione, con nota prot. n. 13548 del 15.6.2007, alle soluzioni tecniche prescelte, sostanzialmente assentendo la realizzazione dei lavori di restauro secondo le modalità progettuali elaborate dal Comune (considerato che le prescrizioni poste

dalla Soprintendenza stessa appaiono recepite dal computo metrico redatto dall'Amministrazione). In secondo luogo va considerato che detta nota prot. n. 13548 del 2007 richiedeva non un progetto diverso, ma un disegno esecutivo da inviare per l'approvazione relativamente al giardino (per lavori minimali non previsti nel progetto esecutivo oggetto di gara), peraltro inviato dal Comune con nota prot. n. 4795 del 28.7.2009, riscontrata da un parere di massima favorevole della Soprintendenza prot. n. 19911 del 9.10.2009. In terzo luogo va tenuto conto che i principi di economicità e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, che l'Amministrazione è tenuta a perseguire, imponevano, prima di auto annullare la gara in questione sulla scorta delle osservazioni della Soprintendenza, di tentare di ottenere le autorizzazioni dovute.

Quanto al fatto che la approvazione della vasca fontana è stata condizionata dalla Soprintendenza alla prova documentale della sua esistenza storica, va rilevato che la circostanza, stante il valore delle opere ad essa relative, ammontante ad € 3.800,00 (pari allo 0,17 % del valore dell'appalto) appare al Collegio irrazionalmente sproporzionata e contraria ai citati principi di economicità e buona amministrazione la decisione della Stazione appaltante di auto annullare la intera gara a causa di tale circostanza, invece di attivarsi per fornire detta prova o disporre lo stralcio della relativa voce dai lavori da eseguire.

Le censure formulate al riguardo dall'appellante vanno quindi valutate fondate e le motivazioni in esame poste a base del provvedimento di aut annullamento vanno riconosciute illegittime.

4.2.- Il terzo motivo posto dal Comune di San Leucio del Sannio a base del provvedimento di autotutela, cioè che due componenti della commissione non avevano prodotto la prescritta autorizzazione ad esercitare i compiti di commissari da parte dell'Amministrazione di provenienza, presso le quali erano impiegati in ruolo, ex T.U.E.L. n. 267/2000 trattandosi di incarico

retribuito, sarebbe viziato, secondo l'appellante, sia dal non essere stato tale fatto indicato nella comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela, sia perché la circostanza non ha valore invalidante della gara, essendo l'autorizzazione de qua finalizzata solo alla regolarità contabile e priva di qualsiasi effetto esterno oltre che di riflessi sui compiti dei componenti della Commissione di gara finalizzati alla individuazione della offerta migliore.

Il Collegio non può che ritenere fondata la censura de qua, non solo perché non è stato indicato nel provvedimento impugnato quale articolo del citato T.U.E.L. n. 267/2000 comportasse la nullità degli atti compiuti da dipendenti in assenza di detta autorizzazione (non essendo invocata alcuna delle cause invalidanti indicate nell'art. 84 del d. lgs. n. 163/2006), ma perché la finalità della autorizzazione di cui trattasi non può che essere esclusivamente quella di assicurare la regolarità contabile all'interno delle Amministrazioni, senza che possa comportare effetti invalidanti sugli atti posti in essere dai Commissari in questione, configurando il fatto de quo una mera irregolarità (che la Stazione appaltante non si è nemmeno curata di verificare se fosse stata sanata o meno ex post prima di adottare l'atto di annullamento in autotutela).

Anche l'ultimo dei motivi posti dalla stazione appaltante a base del provvedimento di autotutela impugnato è quindi illegittimo.

5.- Chiede l'appellante, a seguito dell'accoglimento della parte impugnatoria del ricorso in esame, il risarcimento del danno in forma specifica, ovvero, in subordine, per equivalente, essendo manifesta la colpa dell'Amministrazione e sussistendo il danno ingiusto subito dall'appellante, da quantificarsi nel 10 % dell'importo di gara e nel 5 % per mancata implementazione del proprio curriculum, oltre che il danno emergente. In ulteriore subordine chiede il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 c.c., nelle

misure sopra indicate.

5.1.- Poiché il mero annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio non è soddisfacente della pretesa della parte appellante, anche perché, come da questa dedotta e non contestato, i lavori in questione sono stati in gran parte eseguiti, deve, quindi, essere esaminata detta domanda di risarcimento del danno, riproposta in appello.

Con riguardo alla responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, può aderirsi a quell'orientamento favorevole a restare all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, (Cons. Stato, VI, 23 giugno 2006 n. 3981 e 9 novembre 2006 n. 6607; IV, 6 luglio 2004 n. 5012; 10 agosto 2004 n. 5500).

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo dell'illecito, si rileva che la parte appellante ha dimostrato che aveva già ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto e, in assenza dell'illegittimità commessa dall'Amministrazione, avrebbe potuto dare ad esso esecuzione.

Va, invero, evidenziato che non esclude la colpa la circostanza che il Giudice di primo grado abbia dato ragione all'amministrazione con decisione ribaltata in appello, in quanto non appare ragionevole dare rilevanza ad un fatto successivo a quello che ha generato l'illecito; aderendo a tale impostazione, la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile nelle sole ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi del giudizio, finendo il giudizio di primo grado ad essere quello decisivo.

Il disposto auto annullamento è stato, quindi, frutto di un evidente errore, che in alcun modo può essere ritenuto scusabile e ciò conduce a ritenere sussistente l'elemento della colpa del Comune di San Leucio del Sannio.

Sussiste, dunque, il danno subito dalla parte appellante per non aver potuto eseguire i lavori e non aver tratto il relativo utile di impresa e tale danno si pone in rapporto di diretta causalità con la accertata illegittimità dei provvedimenti di ritiro adottati da detto Comune.

5.2.- Con riferimento alla domanda di risarcimento del danno in forma specifica va innanzi tutto puntualizzato che la stazione appaltante ha depositato in data 18.1.2011 documentazione attestante lo stato di avanzamento lavori per un importo eseguito pari ad € 796.467,67 affidati a seguito di contratto di appalto del 3.9.2010 stipulato dopo la aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione n. 107/2011, adottata a conclusione della seconda gara bandita dal Comune di cui trattasi dopo l'autoannullamento della aggiudicazione della prima gara alla attuale appellante. Detta aggiudicazione non è stata impugnata in questa sede ma presso il T.A.R. Campania con ricorso n. 5532/2010.

Il Consorzio stabile Medil soc. cons. a r.l. ha depositato in data 18.1.2011 documentazione relativa alla contabilità relativa allo stato di consistenza delle azioni di messa in sicurezza per un importo di € 145.747,08 e contabilità relativa ad opere di miglioria per un importo di € 132,992,01.

Va quindi rilevato che, ai sensi dell'art. 122 del c.p.a., il Giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, tenendo conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati e, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto.

Non essendo stata annullata con la presente sentenza l'aggiudicazione definitiva e non sussistendo comunque le condizioni di cui a detto art. 122 del c.p.a., tenuto conto dello stato di esecuzione del contratto, deve essere respinta la istanza di risarcimento del danno in forma specifica.

5.3.- Deve conseguentemente essere accolta la richiesta subordinata di

risarcimento del danno per equivalente nei seguenti termini:

A) quanto al danno emergente: Non sono liquidabili spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, nonché per l'inutile immobilizzazione di risorse umane e mezzi tecnici, per difetto di idonea prova al riguardo ex artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c. (applicabili anche al processo amministrativo avente ad oggetto diritti soggettivi, come quello al risarcimento del danno ingiusto).

A1) Quanto al pregiudizio per la perdita di chance legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, può nella specie procedersi in via equitativa alla liquidazione di tale voce del danno emergente nella misura del 3% del prezzo offerto dall'appellante in sede di aggiudicazione.

B) Quanto al lucro cessante, vale a dire l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non effettuata per illegittimità dell'azione amministrativa esso è generalmente reputato pari al 10% del valore dell'appalto, criterio cui fa riferimento la giurisprudenza in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, che quantifica in tale misura il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A. (ciò sia allo scopo di ovviare ad indagini alquanto difficoltose ed aleatorie sia allo scopo di cautelare la P.A. da eventuali richieste di liquidazioni eccessive). La giurisprudenza riconosce tuttavia la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nella misura del 10% qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre nel caso in cui tale dimostrazione non sia stata offerta - come nella specie è avvenuto - è da ritenere che l'appellante possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di

altri analoghi lavori (o servizi o forniture), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (Cons. St., Sez. IV, dec. n. 6666 del 2003; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860; Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, che esclude l'utilizzo dell'art. 345 della legge . n. 2248/1865 all. F ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l'interessato ha dovuto rinunciare).

C) Sulle somme liquidate ai sensi della lettera B), che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data in cui avrebbe dovuto essere stipulato il contratto con l'appellante (se non fosse stata auto annullata, illegittimamente, la aggiudicazione ad essa di detta gara) che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

D) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

E) Su tutte le somme dovute ai sensi delle precedenti lettere decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

F) La condanna al risarcimento deve essere pronunciata esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione soccombente, Comune di San Leucio del Sannio, in considerazione del comportamento che ha dato causa all'illecito.

G) Sulla base di tali criteri detto Comune provvederà, entro sessanta giorni

dalla pubblicazione della presente sentenza, a proporre alla appellante una somma a titolo di risarcimento del danno (art. 35, del d.lgs. n. 80/1998). Prima di fare la sua definitiva proposta, la stazione appaltante convocherà la appellante per verificare in contraddittorio l'offerta presentata in gara e dunque la misura dell'utile effettivo, senza pregiudizio del rispetto del termine di sessanta giorni per la proposta finale. L'Amministrazione provvederà al pagamento entro sessanta giorni dall'accettazione della proposta.

6.- L'appello deve essere conclusivamente accolto, nei termini e nei limiti di cui in motivazione.

7.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame nei termini e nei limiti di cui in motivazione.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2011

IL SEGRETARIO

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