

N. 07000/2011REG.PROV.COLL.
N. 05750/2009 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 5750 del 2009, proposto da:

Eredi Leanza S.a.s. & C. quale mandataria capogruppo.Ati, Ati – C.G.C. Italia Srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Comune di San Marzano di San Giuseppe, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Fortunato, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

nei confronti di

Consorzio Works;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE:
SEZIONE III n. 00376/2009, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO LAVORI REALIZZAZIONE RETE DI RACCOLTA
E TRATTAMENTO ACQUE PIOVANE -RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Marzano di San Giuseppe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Quinto e Fortunato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ditta Eredi Leanza , mandataria di costituenda a.t.i., e la ditta C.G.C. Italia, mandante, hanno impugnato l'aggiudicazione in favore del consorzio Works dell'appalto per la realizzazione della rete di raccolta e trattamento delle acque piovane nel Comune di San Marzano di San Giuseppe assumendo la necessità di esclusione dell'aggiudicataria per avere proposto una variante progettuale non consentita dal bando. La questione controversa verteva sul tipo di materiale di costruzione dei condotti fognari: se quello previsto per le tubazioni costituisse, in base alla legge di gara, caratteristica essenziale dell'opera o se fosse ammessa la fungibilità dei materiali, come ritenuto dalla Commissione.

Il Comune, richiamato sia il ricorso della Eredi Leanza, sia le osservazioni dell'aggiudicataria, ha deciso di annullare in autotutela la deliberazione di giunta comunale recante l'approvazione del progetto posto a base di gara e tutti gli atti conseguenti, affinché il progettista approfondisse i termini tecnici della questione e precisasse la fungibilità o meno dei materiali delle tubature.

Sia con il ricorso che con motivi aggiunti, la ricorrente ha proposto domanda risarcitoria relativa alla mancata aggiudicazione dell'appalto ovvero alle spese di partecipazione ed alla perdita di chance. La controinteressata ha proposto ricorso incidentale chiedendo l'annullamento

in toto della gara.

Il T.a.r. ha rigettato il ricorso principale, giudicando legittimo l'annullamento in autotutela ed infondata la richiesta risarcitoria per mancanza di colpa dell'amministrazione, ed ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale.

Hanno proposto appello le imprese Eredi Leanza e C.G.C. Italia relativamente al rigetto della domanda risarcitoria, sostenendo la colpa del Comune nel predisporre un progetto e nell'emanare un bando la cui acclarata equivocità aveva causato dubbi su aspetti di rilievo fondamentale dell'opera, comportando la necessità del suo annullamento ed esponendo le concorrenti a sopportare oneri e spese di partecipazione e quantificando la richiesta in euro 43.359,24 per le spese sostenute ed in euro 68.000 per l'utile che sarebbe derivato da lavori rinunciati.

Il Comune si è costituito ribadendo l'assenza di colpa per la correttezza e legittimità del proprio operato ed opponendosi, comunque, alla richiesta risarcitoria formulata perché non provata.

All'udienza del 25 ottobre 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

L'appello è fondato nei sensi che di seguito si espongono.

In base a consolidati principi, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, l'esercizio di poteri di autotutela da parte dell'amministrazione appaltante, benché legittimo, può determinare la lesione dell'affidamento dei concorrenti negli atti revocati o annullati, facendo insorgere obblighi risarcitori (Cons. St. Ad Pl. 5.9.2005, n. 6; Sez. VI, 23.6.2006, n. 3989).

Pertanto, la legittimità dell'annullamento degli atti di gara a causa di una obiettiva incertezza sia del progetto che del bando sulla fungibilità dei materiali, deliberato dal Comune anche in vista di possibili conseguenze per il contenzioso instauratosi, non può considerarsi elemento di per sé escludente la colpa dell'amministrazione per la lesione degli affidamenti suscitati, colpa che va ricondotta al comportamento precedente all'esercizio

dello ius poenitendi, consistente nella negligente predisposizione di atti di gara .

Detto comportamento, protrattosi addirittura oltre l'aggiudicazione , contrasta con le regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 cod. civ. e determina l'obbligo di risarcire il danno a titolo di responsabilità precontrattuale, che, nella specie, deve essere limitato all'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate per la partecipazione alla gara.

Si ritiene, infatti, raggiunta la prova da parte dell'appellante esclusivamente in ordine ai costi sopportati per la redazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara (fatture ing. Nicolino Tarsia e Paolo Magrini per progettazione , consulenza, rilievi, analisi prezzi ; riepilogo dei versamenti per contributo Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per polizza fideiussoria, per valori bollati e per servizi), per un totale di euro 43.359,24.

Non è, al contrario, secondo il Collegio, dimostrato il danno subito a titolo di perdita di chance a causa della rinuncia ad ulteriori occasioni per la stipula di altri contratti.

Invero, lo scambio di note con due imprese committenti, peraltro prive di data certa, non dimostra, nel primo caso (commessa impresa Fatigati), l'esclusiva addebitabilità della mancata stipula del contratto alla partecipazione alla gara indetta dal Comune di San Marzano e, nel secondo caso (commessa Apulia), la circostanza che l'offerta della eredi Leanza fosse stata accettata.

In conclusione, l'appello va accolto ed il Comune di San Marzano di San Giuseppe va condannato al risarcimento del danno effettivamente provato, pari ad euro 43.359,24.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, condanna il Comune di San Marzano al risarcimento del danno come da motivazione. Condanna , altresì, il Comune alla rifusione in favore delle appellanti delle spese del doppio grado di giudizio che si liquidano in euro 5.000,00 (cinquemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2011

IL SEGRETARIO

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