

N. 00139/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 00711/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso n. 711 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla:

- Società Lucci Salvatore Impresa di Costruzione s.r.l., in persona del l.r. pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuliana e Paolo Vosa, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Tommaso Fazio, in Lecce alla piazzetta Montale 2;

*contro*

- il Comune di Manduria, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Lecce alla via Garibaldi 43;

*nei confronti di*

- Edimo Restauri s.r.l., non costituita;

*per l'annullamento*

- della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Manduria n. 54 del 11 marzo 2011, pubblicata sull'albo pretorio del Comune in data 24 marzo 2011, non comunicata alla ricorrente;

- della nota prot. 29096/Gen del 15 novembre 2010, richiamata nella

deliberazione della Giunta Comunale n. 54/2011, con la quale il Sindaco del Comune di Manduria ha impartito direttive per l'annullamento della gara di appalto dei lavori di ristrutturazione del Palazzo Municipale;

- della relazione del Dirigente dell'Area Tecnica del Comune di Manduria trascritta nella deliberazione della Giunta Comunale di Manduria n. 54 del 2011;

- dell'ulteriore relazione del Dirigente dell'Area Tecnica del Comune di Manduria n. 4785 del 25 febbraio 2011, della quale non si conosce il contenuto, avente ad oggetto: "Fabbricato comunale lungo la strada di circonvallazione inizialmente destinato a centro polivalente possibilità utilizzo quale sede comunale - comunicazioni", richiamata nella predetta delibera;

- dei pareri di regolarità tecnico amministrativa e contabile espressi ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 del d.lgs. n. 267/2000 e richiamati nella deliberazione n. 54/2011;

- di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale all'adozione della predetta deliberazione, tra cui: a) la determinazione del Responsabile del Procedimento e della stazione appaltante nel corso del procedimento di gara di non dichiarare, esplicitamente, aggiudicataria definitiva l'impresa Lucci e di sottoporre, successivamente alla chiusura dei lavori della commissione, l'offerta di quest'ultima alla verifica dell'anomalia; b) la nota proc. 7319 del 29 marzo 2011, inviata dal Comune di Manduria allo Studio Legale Vosa, con la quale il predetto Comune ha rigettato le censure prospettate da quest'ultimo nell'interesse dell'impresa Lucci.

Visti il ricorso e i motivi aggiunti.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Manduria.

Visti gli atti della causa.

Relatore all'udienza pubblica del 24 novembre 2011 il dott. Ettore Manca e uditi l'Avv. Tommaso Fazio -in sostituzione degli Avv.ti Vosa- e l'Avv.

Antonio Quinto -in sostituzione dell'Avv. Pietro Quinto.

Osservato quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.- Nel ricorso si espone che:

- il Comune di Manduria indiceva, con bando del 20 ottobre 2009, una gara avente a oggetto i lavori di riqualificazione e ristrutturazione del locale Palazzo Municipale (per un importo a base d'asta di 2.000.000 di euro);
- la selezione, cui partecipavano 24 concorrenti, veniva aggiudicata in via provvisoria alla Società Lucci Salvatore Impresa di Costruzione s.r.l. (seduta 31 maggio 2010);
- i verbali di gara venivano quindi approvati con d.d. n. 504 del 14 giugno 2010;
- con nota del 16 giugno 2010, prot. n. 15043, quindi, il responsabile del procedimento chiedeva alla ricorrente le giustificazioni sui prezzi offerti e poi, con nota del 18 agosto successivo, rispondendo alle sollecitazioni della ditta, precisava che "l'aggiudicazione dei lavori è congelata";
- a seguito di ulteriori diffide della Lucci, infine, il Comune, con note del 29 marzo e del 28 aprile 2011 del Dirigente dell'Area Tecnica, comunicava che la procedura era stata annullata dalla delibera di Giunta n. 54 dell'11 marzo 2011 per ragioni inerenti a problematiche di tipo finanziario e organizzativo;
- della delibera di G.C. n. 54 del 2011 prendeva poi formalmente atto lo stesso Dirigente con propria determinazione n. 325 del 21 aprile 2011.

2.- Veniva quindi proposto il ricorso in esame, per i seguenti motivi:

A) Violazione degli artt. 7 e 8 l. n. 241 del 1990: mancata comunicazione del procedimento volto all'annullamento della gara.

B) Errata qualificazione della posizione dell'impresa ricorrente. Eccesso di potere. Motivazione errata e carente. Travisamento dei fatti. Violazione ed errata applicazione del disciplinare di gara. Violazione ed errata

applicazione dell'art. 12 d.lgs. n. 163 del 2006.

C) Violazione del programma triennale e del programma annuale approvati dal Consiglio Comunale. Incompetenza della Giunta Municipale a modificare le previsioni di cui ai citati programmi, approvati dal Consiglio Comunale.

D) Insussistenza dei presupposti per l'annullamento della gara. Violazione dell'art. 21 octies e nonies l. n. 241 del 1990 ss.mm.ii..

E) Insussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990.

F) Interesse dell'impresa all'esecuzione dell'appalto e, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

G) Riproposizione dei motivi di ricorso fin qui enunciati anche nei confronti delle d.d. del Dirigente dell'Area Tecnica in data 21 aprile 2011, n. 325, e 28 aprile, n. 9622 (motivi aggiunti depositati il 26 maggio 2011).

3.- All'udienza pubblica del 24 novembre 2011 la causa era introitata per la decisione.

4.- Tanto esposto in fatto, rileva il Collegio che il ricorso è infondato e va respinto con riferimento all'azione impugnatoria, mentre è fondato e merita di essere accolto, nei termini che poi si preciseranno, con riferimento all'azione risarcitoria pure esercitata.

5.- Quanto al primo profilo. Il Collegio osserva, decisamente, che tutti i motivi di ricorso formulati rispetto alla determinazione del Comune contraria alla conclusione della procedura di gara risultano superati ove si consideri, soltanto, che la determinazione medesima, coinvolgente, come subito si scriverà, valutazioni di fondo relative all'organizzazione degli uffici pubblici e all'utilizzo delle risorse finanziarie disponibili, rientrava nella ampia discrezionalità del Comune, il quale dunque ben poteva, del tutto legittimamente, mutare il proprio iniziale "disegno" e, in specie, ritirare gli atti della gara.

Come più volte precisato dalla giurisprudenza, difatti, la pubblica amministrazione conserva, anche in relazione ai procedimenti di scelta dei contraenti, il potere di annullare o revocare in via di autotutela il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di vizi della procedura o di preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse.

Tale potere di autotutela trova fondamento nei principi costituzionali predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sicché neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva, e tanto meno quello di aggiudicazione provvisoria, ostano al suo esercizio, il quale incontra il solo limite, ai fini di cui poi si scriverà, del rispetto dei principi di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuta anche la pubblica amministrazione.

Con l'entrata in vigore dell'art. 21 quinquies della l. n. 241/90, d'altronde, il legislatore ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi che ne legittimano l'adozione: <<a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi). La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, consentita non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario>> (Cons. Stato, V, 6 ottobre 2010, n. 7334; v., anche Cons. Stato, VI, 17 marzo 2010, n. 1554).

Nel caso di specie, la motivazione del provvedimento di ritiro era appunto costituita da una nuova valutazione dell'interesse pubblico, posto che l'Amministrazione, preso atto di un proprio disequilibrio di bilancio di circa 1,6 milioni di euro, delle difficoltà logistiche esistenti per il trasferimento degli uffici durante l'esecuzione dei lavori (<<l'aspetto organizzativo relativo al trasferimento mostra aspetti di criticità in quanto, da una parte, l'appalto non prevede un frazionamento dei lavori e, dall'altro, la mancata propedeutica indagine atta alla individuazione di

strutture idonee alla bisogna impedisce, di fatto, un immediato trasloco>>) e di quelle economiche pure riscontrate (<<l'onere riveniente dal pagamento di canoni di locazione di immobili di privati non è sostenibile per le casse comunali>>), mutava il proprio originario indirizzo e si determinava, così, all'annullamento degli atti di gara.

Considerato, quindi, che nell'esercizio dello jus poenitendi l'Amministrazione gode, soprattutto nel caso di scelte aventi carattere di ampio respiro, di significativi margini di discrezionalità, tale motivazione può certamente ritenersi idonea a supportare la scelta compiuta.

Né assume particolare rilievo il tema del "giusto procedimento" posto dalla ricorrente, atteso che, per la natura degli interessi considerati, non si riesce a cogliere alcun profilo rispetto al quale essa avrebbe potuto offrire apporti tali da influire sulla valutazione finale.

Così come infondate sono le censure rivolte a contestare la violazione del programma triennale e dell'elenco annuale delle opere pubbliche, anche sotto il profilo della dedotta incompetenza della Giunta a variare previsioni programmatiche riconducibili al Consiglio Comunale: la circostanza che l'opera rientrasse nelle previsioni dei richiamati strumenti di pianificazione, difatti, non escludeva la possibilità, sulla base di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, non già di variare il contenuto del programma ma di decidere, in quella parte, di non realizzarlo, e tale valutazione, nel riparto di competenze di cui al t.u.e.l., ricadeva appunto in quella residuale e generale della Giunta (in disparte i dubbi sulla configurabilità, per la ricorrente, di un interesse giuridicamente significativo al rispetto degli atti in oggetto).

6.- Resta, invece, il tema della responsabilità dell'Amministrazione Comunale: come già scritto, difatti, fermo quanto fin qui esposto, e dunque ribadita la legittimità degli atti impugnati, non può non evidenziarsi come le valutazioni in parola ben potevano e dovevano dalla p.a. essere compiute già in una fase precedente, e, così, scoraggiare la stessa dal dare corso alla

gara.

Va dunque configurata una responsabilità del Comune che, dopo aver bandito la gara pubblica e dopo che la ricorrente vi aveva vittoriosamente partecipato, ne ritirava d'ufficio gli atti sulla base della loro non conformità ai principi della logica e della buona amministrazione: con l'indizione della procedura si procurava infatti, in violazione dei prima richiamati principi di buona fede e di correttezza ex art. 1337 c.c., un danno alla ricorrente, la quale, confidando nella legittimità della stessa, sosteneva delle spese per parteciparvi, apprestava i mezzi occorrenti all'espletamento dell'incarico e rinunciava alla partecipazione ad altre gare.

Tale danno era inoltre sicuramente ingiusto, derivando da atti che lo stesso soggetto resistente poi revocava per la loro illegittimità o, comunque, inopportunità, ed inoltre colposamente prodotto, proprio per l'inescusabilità degli errori compiuti dal Comune, che con superficialità e negligenza (emergenti dagli stessi atti con i quali si formava la scelta di porre nel nulla la procedura), trascurava le difficoltà pure esistenti (per l'ipotesi di colpa dell'Amministrazione per aver iniziato una procedura ed averla portata avanti in mancanza di una diligente verifica delle proprie disponibilità, cfr. T.a.r. Sardegna Cagliari, I, 7 settembre 2010, n. 2167).

La responsabilità è infine di carattere precontrattuale, ipotesi tra l'altro configurabile, appunto, nei casi in cui l'amministrazione, pur avendo adottato provvedimenti legittimi, abbia tenuto una condotta qualificabile come illecita in quanto lesiva delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative (T.a.r. Sicilia Catania, IV, 16 dicembre 2010, n. 4730).

In questa prospettiva, dunque, riscontrandosi una condotta colposa dell'Amministrazione, quello spettante alla ditta non è un indennizzo ex art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990 (comprendente, come espressamente

stabilito nel comma 1 bis dell'articolo, il solo danno emergente, ossia le spese effettivamente sostenute in vista della conclusione dell'affare), ma un vero e proprio risarcimento, sia pure a titolo di responsabilità precontrattuale e non, invece, da inadempimento (e, quindi, esteso anche al lucro cessante, nella forma però del cd. interesse negativo, riferibile alle occasioni contrattuali perse per aver confidato nell'impegno assunto, restando invece escluso il risarcimento dell'interesse positivo, ossia dell'utile che si sarebbe conseguito con l'esecuzione del contratto; fra le ultime, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 25 gennaio 2011, n. 83; T.a.r. Puglia Bari, I, 12 gennaio 2011, n. 20).

Deve, in definitiva, <<farsi applicazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, bensì della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. (Cons. Stato, V, 7 settembre 2009, n. 5245, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6)>> (T.a.r. Lecce, III, 24 novembre 2011, n. 2039).

7.- Quanto, infine, alla commisurazione del danno, il Collegio osserva che la giurisprudenza ha fissato i seguenti principi:

- la responsabilità precontrattuale costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a carico del danneggiato;
- nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c. la parte che invoca il danno da perdita di chance ne deve fornire la prova rigorosa;
- le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita, inoltre, non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza;

- ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

7.1 In concreto, nel caso in esame, tenendo conto della documentazione prodotta in atti (fatture, polizze assicurative, corrispondenza fra la ricorrente e altri committenti), dei criteri di cui agli artt. 345, all. F), l. 20 marzo 1845 n. 1865 e 122 d.p.r. n. 554 del 1999 e di parametri presuntivi ed equitativi basati sull'id quod plerumque accidit, il danno in parola deve essere stimato in complessivi euro 50.000,00 (cinquantamila/00), di cui euro 15.000 per i costi della formulazione dell'offerta e delle giustificazioni (così ridotti rispetto alle richieste della ricorrente per la considerazione che i lavoratori impiegati erano dipendenti della stessa ditta, che deve presumere si dedicassero anche a impegni diversi e ulteriori; e, ancora, che alcune voci, quali ad esempio le spese generali, non erano provate) e il resto per la perdita di ulteriori occasioni contrattuali (tenendo conto, però, del fatto che la scelta di non concludere un diverso contratto può comunque non essere completamente riconducibile alla partecipazione alla procedura poi venuta meno ma derivare, in concreto, da fattori diversi, e che, in ogni caso, essa è almeno in parte dipendente anche dalle più o meno ampie capacità dell'impresa. E, ancora, escluso il prezzo delle polizze per la cauzione definitiva e la responsabilità verso terzi, stipulate prima dell'aggiudicazione definitiva, nonché il valore della perdita di chance rispetto al rapporto con la Ce.Sa.r. Gas Technology s.a.s., interrotto quando invece il disposto congelamento della gara avrebbe "consigliato" diversamente).

7.2 Sugli importi dovuti per le predette causali dovrà poi essere calcolata la rivalutazione monetaria (trattandosi di debito di valore, riconducibile a responsabilità extracontrattuale) e gli interessi legali -a decorrere dalla domanda giudiziale.

8.- Sussistono giustificati motivi per compensare in parte le spese di giudizio, così complessivamente liquidate in euro 3.500, oltre agli accessori

di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 711 del 2011 indicato in epigrafe, lo accoglie in parte, nei sensi e limiti indicati in motivazione, e, per l'effetto, condanna il Comune di Manduria al pagamento in favore della ricorrente delle somme ivi indicate.

Condanna inoltre il Comune intimato al pagamento delle spese processuali che, parzialmente compensate, si liquidano in complessivi 3.500 euro, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 24 novembre 2011, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere, Estensore

Patrizia Moro, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2012

IL SEGRETARIO

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