

N. 00783/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00614/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 614 del 2011, proposto da:

Cellulosa Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Ilaria Camilletti, Edoardo Adducci, con domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

contro

Comune di Pescasseroli in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Herbert Simone, con domicilio eletto presso avv. Eleonora Gentileschi in L'Aquila, via Marsicana, 53 - Civita di Bagno;

per l'annullamento

del verbale di riapertura buste e non aggiudicazione dell'asta pubblica per l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici per la progettazione, realizzazione e gestione di un edificio destinato a Stazione base per l'Arma dei carabinieri del 2 agosto 2011; delle determinazioni nn.298 e 299 del 9.8.2011 del Comune di Pescasseroli recanti revoca e annullamento d'ufficio di affidamento di contratto di concessione di lavori pubblici e incameramento della cauzione provvisoria per un importo

complessivo pari ad euro 23.386,53 in danno della ricorrente.

Visto il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pescasseroli in persona del Sindaco p.t.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente contesta la legittimità degli atti con i quali il Comune di Pescasseroli ha disposto la riapertura delle buste relative alla gara espletata per l'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione di un edificio destinato a caserma dei carabinieri, già aggiudicata alla ricorrente, disposto l'esclusione di quest'ultima e ordinato l'incameramento della cauzione provvisoria sul presupposto, prospettato come erroneo, dell'inadempimento di essa ricorrente a specifiche disposizioni di bando.

Cellulosa costruzioni s.r.l. ha esposto i fatti di causa, con puntuale riferimento alle vicende relative alla gara d'appalto, ad essa ricorrente aggiudicata in data 11 ottobre 2010 con determinazione n.490/2010 e con riferimento ad un'offerta che, a termini del bando, avrebbe dovuto rimanere ferma per 180 giorni; nei mesi successivi, assume la ricorrente, le parti hanno di fatto concordemente modificato o tentato di modificare le condizioni e le pattuizioni contenute nel bando, talune delle quali impossibili, incerte o indeterminate, facendo infine scadere, in data 6 aprile 2011, il termine di validità dell'offerta; in data 28 luglio 2011, infine, la

ricorrente notificava la propria volontà di sciogliersi da ogni vincolo in essere con l'Ente comunale; con successivo atto del 4 agosto 2011, il Comune comunicava l'avvio del procedimento per la revoca ed annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva e incameramento della cauzione provvisoria, disposti infine con gli atti impugnati.

Da qui il ricorso che deduce:

1) Violazione degli artt. 11, commi 8 e 9, e 75 comma 56 del D.lgs. n.163/2006. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Difetto dei presupposti – Carenza di motivazione – Sviamento – Arbitrarietà ed ingiustizia manifesta – Eccesso di potere: è illegittimo il disposto incameramento della cauzione provvisoria da parte del Comune di Pescasseroli non essendo imputabile all'impresa la mancata stipula del contratto di appalto a termini dell'art. 10 del bando di gara e dell'art. 75, comma 6 del Codice del contratti; in realtà la mancata sottoscrizione è dipesa da fatto della staziona appaltante che ha imposto a Cellulosa Costruzioni di sottoscrivere un contratto di appalto prima della intervenuta sottoscrizione della Convenzione di costruzione e gestione; in ogni caso, Cellulosa Costruzioni aveva già notificato la propria volontà di sciogliersi da ogni vincolo contrattuale prima della disposta revoca dell'aggiudicazione; il ritardo nella sottoscrizione del contratto è dipeso non già da fatto imputabile alla ricorrente ma da difficoltà oggettive, quali la diversa conformazione ed estensione del lotto di terreno indicato per la realizzazione dell'opera, fatto che aveva comportato la necessità di modifiche contrattuali (in punto riduzione proporzionale del corrispettivo previsto in percentuale, riduzione proporzionale della durata del diritto di superficie a costituirsi, inserimento di ulteriori cautele per ridurre l'alea connessa all'eventuale futuro assenso alla locazione ed alle relative condizioni da parte dell'Arma dei carabinieri); in realtà, mentre Cellulosa Costruzioni aveva operato per ridurre ad equità le condizioni previste di

impossibile o indeterminata realizzazione, il Comune non avrebbe diligentemente verificato la possibilità di addivenire alle modifiche proposte; il ritardo è dunque dipeso da comportamento imputabile al Comune; da qui la richiesta di annullamento degli atti e la richiesta di rimborso delle spese sostenute per il contratto quantificate in Euro 9.188,00, come documentate;

2) Violazione degli artt. 21 quinquies e nonies della L. n.241/19890. Violazione dell'art.97 della Costituzione – Difetto dei presupposti – Carenza di motivazione - Sviamento - Arbitrarietà ed ingiustizia manifesta – Eccesso di potere – Illogicità manifesta: in ogni caso il provvedimento disponente revoca e/o annullamento dell'aggiudicazione non è motivato in relazione all'interesse pubblico all'autotutela, tenuto conto che Cellulosa Costruzioni, tra l'altro, è stata l'unica concorrente; tale circostanza evidenzia in realtà il reale intento, punitivo, del Comune in danno di Cellulosa che, prima dell'avvio del procedimento di revoca, aveva comunque notificato il proprio intento di sciogliersi dal vincolo contrattuale; da qui la richiesta di annullamento dell'atto illegittimo con contestuale richiesta risarcitoria ovvero, in subordine, di indennizzo.

Si costituiva il Comune di Pescasseroli, chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato, stante la piena legittimità degli atti adottati, in ragione della imputabilità degli inadempimenti contestati alla ricorrente.

All'esito della pubblica udienza del 7 novembre 2012, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

DIRITTO

La società ricorrente, già aggiudicataria di una gara avente ad oggetto la concessione di progettazione, realizzazione e gestione di un edificio da adibirsi a caserma dei carabinieri, si duole del provvedimento con il quale il Comune ha, a distanza di circa dieci mesi dall'intervenuta aggiudicazione, riaperto la gara e disposto la revoca dell'aggiudicazione e l'incameramento

della cauzione per pretesi vizi dell'offerta presentata.

In punto di fatto, la ricorrente evidenzia di avere, in data precedente la comunicazione di avvio del procedimento di revoca/annullamento, comunicato la propria volontà di sciogliersi da ogni vincolo contrattuale con la stazione appaltante stante il decorso del termine per mantenere ferma l'offerta (180 giorni).

Tale ultima circostanza è, ad avviso del collegio, dirimente ai fini della decisione della causa.

Il codice dei contratti (art.11, c.6) individua il termine di 180 giorni (recepito nel bando di gara in questione) per mantenere ferma l'offerta presentata; si tratta di "spatium deliberandi" massimo per addivenire alla sottoscrizione del contratto, evitando che ulteriori lungaggini possano andare a danno dell'impresa concorrente ovvero della stessa Stazione appaltante ove costretta ad un'aggiudicazione che di fatto non conduce all'esito cui la stessa procedura mira; nel caso di specie, la individuazione dell'operatore economico per la progettazione, realizzazione e gestione dell'opera.

Orbene, è del tutto evidente che l'intervenuta previa notifica dell'avviso dell'impresa aggiudicataria, all'esito della scadenza del termine di 180 giorni, di volersi svincolare dal contratto (non ancora concluso) rende del tutto inutile il procedimento instaurato dal Comune per far venir meno l'aggiudicazione, comunque non più efficace proprio per effetto della disposta "rinuncia" dell'aggiudicatario.

In proposito, la giurisprudenza ha più volte affermato che la sopravvenuta scadenza del termine di validità dell'offerta a seguito dell'eccessivo prolungamento delle operazioni di gara (ovvero, come nel caso di specie, per effetto di ulteriori trattative intraprese per la modifica di alcune pattuizioni) consente all'aggiudicatario la scelta di disimpegnarsi da ogni vincolo negoziale senza incorrere in alcuna sanzione, ovvero di

“confermare”, anche tacitamente, l’offerta stessa accettando la stipula contrattuale (cfr. Cons.di Stato, n.4019/2010 e TAR Abruzzo – L’AQUILA, n.299/2011).

In sostanza, è riservata all’aggiudicatario, nell’ambito della sue autonome determinazioni imprenditoriali, la scelta se “confermare” la sua offerta ormai scaduta, addivenendo alla stipula, ovvero esercitare il suo diritto di “recesso” dalla fase della stipula.

Nella specie, l’intervenuto “recesso”, a termine scaduto, costituisce un fatto in relazione al quale valutare le successive determinazioni dell’Amministrazione.

In particolare, il procedimento di annullamento/revoca non trova alcuna giustificazione all’esito del verificarsi del suddetto “fatto”, essendo del tutto evidente che tale procedimento, funzionalmente inteso a far venire meno gli obblighi della Stazione appaltante consacrati nell’aggiudicazione, ovvero ad accertarne l’insussistenza, avrebbe dovuto svolgersi in pendenza del termine “utile” per la sottoscrizione del contratto, ossia nei sei mesi di vigenza dell’offerta presentata.

Ne discende che ogni ulteriore conseguenza, compreso, come più sotto si dirà, l’eventuale incameramento della cauzione, non potrebbe predicarsi se non in pendenza di trattative in corso rispetto alle quali far constare la eventuale violazione di disposizioni relative alla fase precontrattuale (rifiuto di addivenire alla stipula), al contrario, nel caso di specie, definitivamente chiusa da parte dell’impresa aggiudicataria a seguito della notifica dell’intento risolutorio e con ragione, in considerazione della detta scadenza del termine.

Ne discende l’illegittimità della disposta riapertura della gara (per farne discendere la pretesa illegittima partecipazione dell’aggiudicataria) e, conseguenzialmente, del disposto incameramento della cauzione, risultando “per tabulas” che la mancata sottoscrizione del contratto non può (più)

imputarsi all'impresa in ragione del superamento del termine come già detto.

Il ricorso è pertanto, per tale parte, fondato, con conseguente annullamento degli atti impugnati con particolare riguardo al disposto incameramento della cauzione provvisoria.

Quanto alle ulteriori richieste (restitutoria e risarcitoria) avanzate da parte ricorrente, le stesse sono da rigettarsi.

Nessun danno, invero, la ricorrente ha prospettato con riferimento all'annullamento/revoca dell'aggiudicazione, in disparte l'incameramento della cauzione, per il quale si è già provveduto nel senso della piena reintegrazione della posizione giuridica della ricorrente.

Quanto alle spese di partecipazione alla gara, il Collegio deve osservare, in conformità alla pacifica giurisprudenza sul punto (C.d.S., sez.VI., n.5168/2011, ex pluris), che tali costi restano in linea di principio a carico delle imprese medesime, tanto più in caso di intervenuta aggiudicazione, come nel caso.

Aggiudicazione che, si ribadisce, è venuta meno per effetto del decorso del tempo per mantenere ferma l'offerta e per scelta autonoma della impresa concorrente e non già per vizi riferiti alla gara, che ha prodotto l'effetto dell'aggiudicazione e che dunque non può definirsi inutile.

Per completezza, il Collegio non può non osservare che le lungaggini procedurali successive alla disposta aggiudicazione (e fino alla notifica dell'intento risolutorio) non sembra possano imputarsi decisivamente ad una piuttosto che all'altra delle due parti.

Risulta invero dagli atti che la Stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria, fino al luglio 2011, ben lungi dal rimanere ferme alle condizioni di cui al bando di gara (da cui concordemente hanno inteso discostarsi, sia pure in relazione a profili differenti), hanno discusso su possibili modifiche contrattuali, evidentemente per spuntare reciprocamente condizioni più

favorevoli, ovvero per ovviare ad oggettive incertezze ed incongruenze contenute nel bando, comunque accettate “ab inizio” da entrambe le parti; non sarebbe dunque né legittimo né equo far ricadere le conseguenze patrimoniali di tale ritardo all’una piuttosto che all’altra parte.

Il ricorso va dunque accolto nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio, tenuto conto dei motivi della decisione e della parziale reciproca soccombenza, con espressa declaratoria di irripetibilità del contributo versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Abruzzo – L’AQUILA, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Spese compensate e contributo irripetibile.

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

Così deciso in L’Aquila nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l’intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2012

IL SEGRETARIO

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