

N. 00142/2014REG.PROV.COLL.
N. 10201/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 10201 del 2009, proposto da
Impresa Carchella s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
in proprio e nella qualità di mandataria nel RTI con Impresa Procopio s.r.l.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizio Leozappa e Pierluigi Piselli, ed
elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via G. Mercalli n.
13, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del ministro legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
generale dello Stato, e presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei
Portoghesi n.12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione
terza, n. 5986 del 22 giugno 2009, resa tra le parti e concernente
l'affidamento dei lavori per la costruzione di un complesso demaniale, con
domanda di risarcimento dei danni subiti.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2013 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Patrizio Leozappa, Francesco Vagnucci (su delega di Pierluigi Piselli) e l'avvocato dello Stato Carla Colelli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 10201 del 2009, l'Impresa Carchella s.p.a. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 5986 del 22 giugno 2009, con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per l'annullamento del dDecreto prot. n. 1161 del 21.2.2005, successivamente conosciuto, con il quale l'Amministrazione ha confermato il diniego, nei confronti dell'ATI Carchella S.p.A. - Procopio S. r. l., deall'aggiudicazione dei lavori di realizzazione della nuova sede del TAR della Calabria e dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, già comunicato con la provveditoriale 20.12.1996 n. 12227; della pProvveditoriale n. 12227 del 20.12.1996, mai comunicata alla ricorrente, che ne ha avuto conoscenza soltanto in uno al suddetto dDecreto prot. n. 1161 del 21.2.2005; delle note del Settore Infrastrutture del SIIT Sicilia - Calabria prot. n. 5071 CZ del 3.9.2004 e prot. 1932 CZ del 20.4.2005, per quanto di ragione; di ogni altro atto, antecedente, conseguente, comunque connesso; nonché per l'adozione delle conseguenti statuizioni risarcitorie in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

La questione di fatto può essere riassunta qui di seguito.

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2-9-1991 il

Provveditorato alle Opere Pubbliche per la Calabria, indiceva un appalto concorso per l'affidamento dei lavori di costruzione del complesso demaniale da adibire a nuova sede del T.A.R. e dell'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro, per una spesa complessiva di 22 miliardi di lire. La procedura era regolata dalle norme di contabilità, dalle leggi n° 584 del 1977, n° 741 del 1981, n° 687 del 1984.

Nel bando di gara si dava espressamente atto che la disponibilità finanziaria era limitata a sei miliardi di lire, per cui l'amministrazione si riservava il diritto di procedere all'affidamento per lotti in funzione dei finanziamenti disponibili.

Nel bando era previsto, altresì, il termine di quindici giorni per la presentazione delle offerte a causa della urgenza determinata dalla esiguità dei termini entro cui impegnare il finanziamento disponibile. Era, inoltre, previsto che la impresa aggiudicataria avrebbe potuto pretendere compensi solo nei limiti dei lavori eseguiti, in mancanza del finanziamento dei lotti successivi.

L'ATI appellante presentava domanda di partecipazione.

La Commissione giudicatrice, nominata ai sensi dell'art 9 del DPR 30/06/1955 n. 1534 per la valutazione delle offerte nel caso di appalto concorso, valutava l'offerta della ATI Carchella Procopio più vantaggiosa con relazione del 17-12-1991. Il procedimento continuava presso il Comitato Tecnico Amministrativo di cui all'articolo 16 del d.p.r. 30/06/1955 n. 1534, il quale doveva pronunciarsi sul progetto dell'opera ai sensi dell'art 17 dello stesso d.p.r..

Il comitato tecnico amministrativo si era già pronunciato sul progetto di massima nella adunanza del 4-7-1991, indicando alcune raccomandazioni da osservare nella progettazione esecutiva.

Il provveditore alle opere pubbliche procedeva con d.p. del 20-11-1991 all'impegno della somma di sei miliardi di lire per non perdere il

finanziamento con d.p. del 20-11-1991; decreto oggetto di rilievo da parte della Corte dei Conti per violazione dell'art 20 della legge n° 468 del 1978, ovvero perché “formano impegni sugli stanziamenti di competenza le sole somme dovute dallo Stato a seguito di obbligazioni giuridicamente perfezionate”. La somma di sei miliardi, pertanto, non veniva impegnata entro il 31-12-1991.

Il comitato tecnico amministrativo si pronunciava a maggioranza, con un contrasto tra i componenti, nella seduta del 16-1-1992, esprimendo parere negativo all'approvazione del progetto esecutivo presentato dal raggruppamento Carchella Procopio, in quanto difforme dalle previsioni del capitolato. In applicazione dell'art 17 del d.p.r. n° 1534 del 1955, il provveditore alle opere pubbliche, non intendendosi conformare al parere del comitato, inviava una relazione, il 18-3-1992, al Ministro dei lavori pubblici, per le sue determinazioni determinazioni, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici. Il Ministero trasmetteva la richiesta di parere al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici con nota del 13 aprile 1992. Nelle adunanze del 24 settembre e 29 ottobre 1992, il Consiglio esprimeva il parere, nel senso del nuovo esame del progetto da parte del comitato tecnico amministrativo, per le valutazioni di merito in ordine a tale progetto, ritenendo che, trattandosi di appalto concorso, l'impresa avesse un ampio margine nella redazione del progetto esecutivo. Il comitato tecnico amministrativo nella seduta del 15-7-1993 approvava il progetto, approvazione subordinata all'acquisizione dell'autorizzazione all'impegno di spesa da parte del Ministero; nel parere si dava espressamente atto che “l'intervento non era stato inserito nei programmi costruttivi del Provveditorato per l'esercizio in corso a causa delle note ristrettezze finanziarie, per cui il parere espresso ha valenza essenzialmente tecnica ed il progetto potrà trovare attuazione allorché saranno reperiti i fondi necessari sull'apposito capitolo di bilancio; il consorzio di imprese non può,

pertanto, accampare diritti o fidare aspettative per la realizzazione dell'opera in conseguenza della presente valutazione tecnica del progetto". Veniva espressamente affermato, altresì, affermato che "il progetto resterà di proprietà dell'Amministrazione senza alcun compenso per il consorzio di imprese, come stabilito dall'art 3 del capitolato speciale d'appalto".

A seguito del D.L. 27-9-1994 n. 551, contenente misure urgenti per il rilancio economico ed occupazionale dei lavori pubblici e dell'edilizia privata, più volte reiterato, che prevedeva un intervento straordinario del Ministro dei lavori pubblici, su istanza delle imprese interessate, per la valutazione delle procedure di affidamento o di esecuzione di opere, che per qualunque motivo risultassero sospese, anche in via di fatto, in data 10-11-1994, la Carchella s.p.a. presentava istanza per il finanziamento dell'opera e la stipulazione del contratto. Con nota del 14-9-1995, il provveditorato alle opere pubbliche per la Calabria richiedeva all'impresa Carchella documentazione. La Commissione, istituita ai sensi dell'art. 7 del decreto legge, si pronunciava nel senso che l'opera non appariva realizzabile data la penuria di fondi. Tale determinazione veniva comunicata con nota del 20-12-1996. Avverso tale determinazione non veniva proposta alcuna impugnazione. Successivamente l'ATI rinnovava la richiesta di finanziamento dell'opera, manifestando la propria disponibilità all'esecuzione della stessa. Nel 1999, il Provveditorato alle opere pubbliche per la Calabria richiedeva ancora un parere all' Ufficio Studi e Legislazione del Ministero dei Lavori Pubblici, che si esprimeva nel senso della necessità della verifica dell'attualità dell'interesse pubblico alla conservazione degli atti della procedura, in relazione alle regole tecniche sopravvenute, alle nuove norme in materia di lavori pubblici, allo stato dei luoghi e alla disponibilità finanziaria.

Nel programma triennale delle opere pubbliche 2003-2005 approvato con D.M. n° 480 del 20-5-2003 era previsto il finanziamento della realizzazione

della nuova sede del Tar e dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro.

Nel frattempo, peraltro, era stato adottato il nuovo P.R.G. del Comune di Catanzaro (27-2-2001), che aveva posto alcuni vincoli all'area originariamente destinata alla realizzazione dell'intervento. L'Amministrazione provinciale, proprietaria dell'area, nell'aprile del 2003, aveva comunicato l'indisponibilità dell'area.

Con nota del 13 ottobre 2003 il Pprovveditorato affidava un incarico di progettazione per la redazione del progetto preliminare da porre a base di un appalto concorso per la realizzazione della nuova sede del Tar e dell'Avvocatura distrettuale nella area demaniale di pertinenza del complesso edilizio del Ministero della Giustizia- Dipartimento giustizia minorile.

In data 10 maggio 2004 la Carchella s.p.a diffidava l'Amministrazione dal procedere ad una nuova gara.

Con nota del 3-9-2004, la Direzione dei Servizi Integrati delle Infrastrutture e Trasporti di Catanzaro comunicava alla Carchella s.p.a. di avviare un procedimento per il formale diniego dell'aggiudicazione, fino ad allora mai avvenuta. L'impresa presentava le proprie deduzioni, sostenendo la illegittimità di un eventuale diniego di aggiudicazione.

Con atto notificato il 22-12-2004, la impresa Carchella diffidava formalmente l'Amministrazione ad adottare un provvedimento espresso.

Con ricorso notificato il 18 febbraio 2005, la Carchella s.p.a. chiedeva a questo Tribunale ai sensi dell'art 21 bis l'accertamento dell'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso. Con sentenza n° 5941 del 2005 è stato accertato l'obbligo di provvedere. L'Amministrazione, peraltro, già in data 21-2-2005, aveva adottato un provvedimento, confermando il diniego di aggiudicazione.

La impresa Carchella notificava, altresì, il 24-10-2005 istanza per la nomina

di un Commissario ad acta.

Dalla produzione documentale effettuata dall'Avvocatura a seguito della richiesta di nomina del Commissario ad acta, il 13-12-2005, la impresa Carchella veniva formalmente a conoscenza del provvedimento esplicito di diniego. Con sentenza del 20-2-2006 il ricorso per la nomina del Commissario è stato dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

Avverso il provvedimento del 21-2-2005 è stato infine proposto il ricorso davanti al T.A.R., da cui deriva la sentenza oggi gravata, per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dei principi e delle norme in materia di autotutela; violazione e falsa applicazione di legge con riferimento ai principi e alle norme in materia di affidamento e realizzazione di appalti di opere pubbliche, al vigente p.r.g. del Comune di Catanzaro, al piano stralcio di bacino per l'assetto idrogeologico della Calabria, al programma triennale delle opere pubbliche 2002-2004 del Pprovveditorato alle opere pubbliche regione Calabria e al programma triennale 2003-2005 approvato con d.m. n° 480 del 2003; eccesso di potere per illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, erroneità ed insufficienza della motivazione, sviamento e per il risarcimento del danno anche precontrattuale.

Costitutosi il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla mancata conclusione della procedura di gara e all'inesistenza di posizioni giuridicamente tutelabili in capo alla ricorrente.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo le proprie doglianze, già respinte dal primo giudice.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Alla pubblica udienza del 19 novembre 2013, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

2. - Con il primo motivo di diritto, l'appellante lamenta l'illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI Carchella, sotto il profilo della violazione o falsa applicazione dei principi e delle norme in materia di autotutela, censurando altresì la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che tale aggiudicazione in realtà non fosse mai avvenuta. In relazione a tale ultimo aspetto, la sentenza viene gravata per il ritenuto contrasto con la documentazione prodotta in giudizio, dalla quale emergerebbe il completamento della procedura, con aggiudicazione nei confronti dell'appellante.

2.1. - La censura non ha pregio, dovendosi integralmente condividere la fondatezza dell'affermazione del primo giudice in merito alla mancata conclusione della procedura di gara.

La ricostruzione del complesso normativo a monte evidenzia come, trattandosi di un procedimento per l'affidamento dell'appalto concorso, l'aggiudicazione doveva aver luogo dopo la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa da parte della Commissione giudicatrice nominata dal Provveditore alle opere pubbliche e la verifica del progetto da parte del comitato tecnico amministrativo presso il provveditorato. Si trattava di fasi necessarie e propedeutiche all'aggiudicazione, come peraltro evincibile dal bando di gara, che si era riportato sia alle direttive comunitarie, che avevano introdotto una disciplina innovativa rispetto agli obblighi di pubblicità e ai requisiti di partecipazione (legge n. 584 del

1977), sia alle preesistenti norme di contabilità (r.d. n. 2440 del 1923 e r.d. n. 827 del 1924).

Il complesso normativo di riferimento può quindi qui essere sinteticamente riportato.

Secondo la legge di contabilità, di cui all' art art. 4 del r.d. 2440 del 1923, e con riguardo a speciali lavori o forniture, gli inviti possono essere rivolti a persone o ditte ritenute idonee a presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alle quali siano disposte ad eseguirli. La scelta in merito all'affidamento avviene nel rispetto dei modi e nelle forme stabilite nell'invito e a giudizio insindacabile dell'amministrazione, indicando il progetto che, alla stregua degli elementi economici e tecnici delle singole offerte e delle garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti, risulti il più consono, facendo quindi seguito alla stipulazione del contratto e prevedendo, altresì, che nessun compenso o rimborso spetti alle persone o ditte per la compilazione dei progetti presentati

Il regolamento, poi, all'art 91 del r.d. n. 827 del 1924, precisa, facendo riferimento alla norma di legge, che quando si procede con la forma dell'appalto-concorso le persone o ditte invitate presentano il progetto dei lavori o delle forniture coi prezzi relativi, nei termini, modi e forme che sono stabiliti nell'invito. La scelta operata dall'amministrazione, sempre di carattere insindacabile, può avvenire previo parere di una commissione appostamente nominata, facendo poi seguire la stipula del contratto con l'offerente prescelto.

Ancora, l'art . 40 del regolamento di contabilità facoltizza, negli appalti di opere pubbliche, o di lavori o forniture speciali, dove sia possibile e conveniente giovarsi per l'esecuzione delle iniziative e dei progetti di private competenze tecniche, artistiche o scientifiche, l'impiego della forma dell'appalto-concorso di cui all'art. 4 della legge.

In merito poi alla composizione della commissione tecnica, provvedeva l'articolo 9 del d.P.R. n. 1534 del 1955, indicandone le modalità di azione. L'art. 17 dello stesso d.P.R. aveva anche predisposto un comitato tecnico amministrativo presso ogni Pprovveditorato alle opere pubbliche, disponendo, altresì, che, nel caso in cui il Pprovveditore non intendesse conformarsi al parere del comitato, dovesse riferire al Ministro per i lavori pubblici, che avrebbe dovuto adottare le proprie determinazioni sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Il complesso normativo appena ricordato rende palese come l'iter della procedura di gara, nel caso in esame, non possa essersipotesse dirsi concluso, e tale evenienza non è nemmeno scalfita dai richiami ad elementi testuali extravaganti contenuti in singoli atti, cui fa riferimento la parte appellante e che si pongono in contrasto con la ricostruzione complessiva del procedimento.

Come ben rammenta il primo giudice, la ratio della procedura dell'appalto-concorso sta proprio nell'affidamento al privato della progettazione esecutiva, poiché l'amministrazione ha necessità di avvalersi dell'apporto progettuale delle imprese private, per opere caratterizzate da obiettiva complessità tecnica e che richiedano specifiche competenze tecniche non possedute dalla stazione appaltante. La selezione dell'offerta non ha quindi solo lo scopo di individuare la migliore offerta dal punto di vista economico, ma anche quella più soddisfacente in relazione alle concrete soluzioni progettuali proposte dal concorrente. Ne deriva una ontologica ampia discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del progetto e la particolare rilevanza di tale momento di scelta rispetto all'individuazione della migliore offerta economica.

Nel caso in esame, il progetto esecutivo, presentato dalla ATI Carchella Procopio, avrebbe dovuto quindi ottenere il parere favorevole del comitato tecnico amministrativo dopo la valutazione dell'offerta economica da parte

della Commissione. Tuttavia, in mancanza dell'approvazione del comitato, come prescritto dal citato art 17 del d.p.r. n. 1534 del 1955, il Pprovveditore alle opere pubbliche inviava una relazione al Ministero per la richiesta di parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici. Successivamente, il subprocedimento per la verifica del progetto esecutivo, a seguito dell'intervento del Ministero e del Consiglio superiore dei lavori pubblici, dava vita al nuova verifica esame conclusao in data 15 luglio 1993, con il nuovo esame da parte del comitato, che, tuttavia, non dava un esito positivo, in quanto il comitato, non essendovi a tale data alcun finanziamento dell'opera, subordinava l'approvazione del progetto all'impegno di spesa e dava atto che la impresa non poteva nutrire in relazione all'approvazione meramente tecnica del progetto alcun affidamento.

Si trattava quindi di una valutazione sub condicione, e quindi non efficace. Tale valutazione è suffragata dal rilievo mosso dalla Corte dei Conti all'impegno di spesa, dove veniva censurata proprio la mera approvazione di un progetto di massima e non l'approvazione del progetto esecutivo. Pertanto, il procedimento di aggiudicazione non si è mai concluso.

La mancata conclusione della procedura impedisce di condividere la posizione dell'appellante sul cattivo esercizio del potere di autotutela, in quanto il provvedimento del 2005, principalmente gravato, non è un atto di annullamento, dove andrebbe considerata la sussistenza della attualità dell'interesse pubblico, ma una conferma di un diniego espresso di adottare un provvedimento di aggiudicazione.

L'assenza di tale atto presupposto, che non può neppure essere individuato nella relazione della commissione che ha individuato la offerta economicamente più vantaggiosa (trattandosi di un riscontro meramente tecnico ed economico e quindi inidoneo a comprendere l'aspetto centrale della proceduta di appalto – concorso, ossia la valutazione del progetto

esecutivo rispetto al progetto di massima della amministrazione), non emerge neppure nelle fasi successive dell'azione amministrativa. Il che non si coglie, nemmeno a seguito delle istanze proposte a seguito del d.l. 27 settembre 1994 n. 551, che prevedeva una speciale procedura per la valutazione in ordine alla riattivazione delle procedure di affidamento di opere pubbliche per qualsiasi motivo sospese. In disparte la considerazione che l'attivazione di tale procedimento, da parte dell'appellante, rende palese la conoscenza di una situazione di stallo della procedura, che non si concilia concettualmente con il suo compimento, tuttavia anche in questo caso l'amministrazione, richiesta nel 1995 ulteriore documentazione alla impresa per l'effettuazione della istruttoria da parte della Commissione istituita in base al decreto legge, non ha certamente concluso l'iter procedurale in maniera soddisfacente, tanto che, con la determinazione del 19 novembre 1996, si è dato atto dell'impossibilità di realizzazione dell'opera per carenza di fondi.

Il provvedimento impugnato del 2005 è quindi un diniego di procedere all'aggiudicazione, mai avvenuta, e ciò comporta l'infondatezza di tutte le censure che riguardano l'esercizio del potere di autotutela, e così dell'intero primo motivo di appello.

3. - Con il secondo subordinato motivo di appello, si lamenta l'erroneità della sentenza per il mancato riconoscimento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione per violazione del principio di buon andamento e degli obblighi imposti dal rispetto della buona fede nelle trattative negoziali.

3.1. - La censura non è fondata.

Rimarcato che, sulla scorta di quanto sopra evidenziato, non vi è spazio giuridico per la domanda di risarcimento danni proposta in prime cure per l'illegittimo annullamento dell'aggiudicazione, rimane da valutare la

sussistenza dei presupposti per il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, sulla scorta della violazione del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione e degli obblighi imposti dal rispetto della buona fede nelle trattative negoziali, tali da far maturare nella parte lesa un legittimo affidamento sulla conclusione del contratto.

Osserva la Sezione come l'esistenza di tali presupposti sia esclusa in fatto dalla disamina degli eventi procedimentali.

La mancata conclusione della gara potrebbe, infatti, comportare una responsabilità precontrattuale della Amministrazione per l'illecito comportamento nel corso delle trattative contrattuali e l'ingiustificata interruzione delle stesse, escludendo quindi la rilevanza dirimente dell'intervenuta aggiudicazione. La giurisprudenza più recente è ormai concorde nell'affermare che, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma 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. (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 15 luglio 2013 n. 3831; Consiglio di Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 633, che estende la tutela anche al caso di revoca legittima degli atti di una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori per sopravvenuta indisponibilità delle risorse finanziarie).

Tuttavia, nel caso in esame, appare oggettivamente arduo individuare il piano di rilevanza dell'affidamento del privato nella fase del procedimento di gara.

Infatti, nella gara qui in scrutinio, non solo il procedimento non è giunto alla conclusione con un provvedimento di aggiudicazione, fondando quindi un particolare affidamento tutelabile, ma nemmeno nella fase antecedente

l'amministrazione ha ingenerato, con il suo comportamento, alcun particolare affidamento nella ATI appellante circa la possibilità di conseguire l'affidamento l'attribuzione del contratto.

A tal fine, basta enumerare gli atti del procedimento da cui emergevano i limiti e le difficoltà legate al progetto: la mancata copertura finanziaria dell'opera fin dall'origine, risultando già dal bando di gara (che precisava che il finanziamento era disponibile solo per una somma limitata e per il solo 1991); l'annullamento dell'impegno di spesa, dato dalla Corte dei Conti già dal 1991; il parere negativo del comitato tecnico amministrativo del gennaio 1992; l'ulteriore parere, positivo ma subordinato al finanziamento dell'opera, del 1993 dato a seguito della verifica del progetto esecutivo dopo l'intervento del Ministero e del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Come si vede, il comportamento amministrativo è stato tale da rendere palese sin dall'inizio, sin dal bando di gara, le difficoltà di realizzazione dell'opera, per ragioni poi effettivamente concretizzatesi e attinenti alla mancata copertura finanziaria. Anzi, l'amministrazione ha addirittura superato le proprie attribuzioni, tanto che il Pprovveditorato, in maniera illegittima, aveva anche proceduto ad iscrivere l'impegno di spesa per il 1991, impegno annullato dalla Corte dei Conti, proprio perché il procedimento non era stato completato. Peraltro, la previa copertura finanziaria è obbligo che discende normativamente dalle successive disposizioni date dalla legge n. 109 del 1994 e quindi una tale omissione non era fonte di illegittimità del provvedimento di indizione della gara, e non può quindi nemmeno essere preso a parametro per la valutazione del comportamento precontrattuale della pubblica amministrazione.

Pertanto, anche da questo ulteriore punto di vista, la pretesa risarcitoria non può ritenersi fondata.

4. - Con il terzo motivo di ricorso, viene lamentata la mancata pronuncia

della sentenza in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della legge sul procedimento, per mancata condanna della pubblica amministrazione all'indennizzo ivi previsto.

4.1. - La censura non ha fondamento.

Come sopra evidenziato, nel caso in esame non si è assistito ad alcuna revoca o ad altro tipo di procedimento di secondo grado, nemmeno riguardante il venir meno del finanziamento, atteso che questo era limitato ab origine. Ne discende l'inesistenza del presupposto per l'applicazione della normativa invocata.

5. - L'appello va quindi respinto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 10201 del 2009;
2. Condanna Impresa Carchella s.p.a. a rifondere al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €. 5.000,00 (euro cinquemila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2013, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2014

IL SEGRETARIO

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