

N. 02191/2014REG.PROV.COLL.
N. 00780/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 780 del 2013, proposto da:
Comune di Piombino, rappresentato e difeso dall'avv. Renzo Grassi,
con domicilio eletto presso Studio Caso-Ciaglia in Roma, via Savoia,
72;

contro

Mariani Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Guido Giovannelli, con
domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio
Emanuele II, 18;

nei confronti di

La Sorgente Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Napoleoni,
con domicilio eletto presso Cons. Di Stato Segreteria in Roma, p.za
Capo di Ferro 13; 111 Snc di Daniele Palladini & C., Nuova Cemi Srl,
Comer Edilizia Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 01754/2012, resa tra le parti, concernente vendita terreni pubblici e concessione di suolo pubblico

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mariani Srl e di La Sorgente Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Caso, per delega di Grassi, e Pafundi, per delega di Giovannell.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Mariani s.r.l. prendeva parte alla procedura selettiva indetta dal Comune di Piombino per la vendita di terreni, la concessione di suolo pubblico nonché la progettazione, realizzazione e gestione degli interventi di cui all'Ambito n. 3 "Via Amendola" del Piano particolareggiato della Costa Urbana.

La procedura culminava nell'aggiudicazione in favore del RTI costituendo tra le società Xer Gaudi snc, Nuova Cemi srl e Comer Edilizia srl.

La ricorrente, con ricorso originario integrato da successivi motivi aggiunti, impugnava la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva della gara n. prot. 1730 del 12.12.2008, adottata dal

Dirigente del Settore Programmazione Territoriale ed Economica del Comune di Piombino.

Con la sentenza impugnata, il TAR Toscana ha ritenuto infondati i primi due motivi di ricorso, relativi al mutamento della composizione soggettiva del raggruppamento aggiudicatario, ritenendo che il richiamo alla violazione degli artt. 37, 11 e 12 del d. lgs. n. 163/2006 risultasse “fuori luogo, stante la rilevata non applicabilità della suddetta normativa alla procedura in esame”. Il collegio ha notato, poi, che l’art. 51 del d. lgs. n. 163/2006 consente la modificazione della composizione soggettiva dei partecipanti.

Il TAR Toscana ha, altresì, respinto il terzo motivo di ricorso, relativo alle presunte irregolarità nella consegna dei plichi, ritenendo corretta la rappresentazione dei fatti prospettata dal Comune di Piombino.

I giudici di prime cure hanno, invece, ritenuto fondato il quarto motivo del ricorso, affermando l’illegittima composizione della commissione giudicatrice per violazione dell’art. 84, co. IV, d. lgs. n. 163/2006, in quanto almeno un componente della commissione aveva in precedenza partecipato alla redazione del piano particolareggiato della costa urbana del Promontorio del Falcone, all’interno del quale si collocano i terreni oggetto della gara.

L'accoglimento della censura relativa alla composizione della commissione di gara ha comportato il travolgimento della procedura selettiva, in una fase peraltro nella quale la stessa aveva già avuto quasi integrale attuazione, il che ha portato il TAR ad escludere la possibilità di riedizione della gara, accogliendo invece la domanda

risarcitoria avanzata da parte ricorrente.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno anche in parte accolto la domanda risarcitoria proposta dalla società ricorrente.

Con l'appello in epigrafe specificato il Comune di Piombino contesta il *decisum* di prime cure.

All'esito dell'udienza del 25 marzo 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Con il ricorso in epigrafe specificato il Comune di Piombino contesta gli argomenti posti a fondamento della sentenza di primo grado.

La società originariamente ricorrente ripropone con appello incidentale le censure respinte o ritenute assorbite dalla sentenza appellata.

2. Sono infondati i motivi dell'appello principale che investono il capo della sentenza gravata che ha ritenuto fondata la censura di primo grado volta a stigmatizzare la composizione della commissione.

Non può essere preliminarmente accolta l'eccezione volta a stigmatizzare la tardività dell'impugnazione della delibera di nomina della commissione dovendosi condividere il costante insegnamento pretorio relativo alla non immediata lesività di tale determinazione, inidonea a pregiudicare ex se il conseguimento dell'aggiudicazione (Cons. Stato Ad. Plen., n. 1/2003).

Nel merito occorre premettere che non assume rilievo la questione relativa alla qualificazione della procedura in esame alla stregua di appalto di opera pubblica o di alienazione e concessione di beni pubblici in quanto la *lex specialis* contiene un auto-vincolo che impone

il rispetto delle norme in materia di evidenza pubblica dettate dal codice dei contratti pubblici.

Nella fattispecie il Tribunale di prima istanza ha posto a fondamento del *decisum* di accoglimento la violazione del disposto dell'art. 84, comma 4, a tenore del quale, nella gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *“i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

Alla stregua di un consolidato insegnamento giurisprudenziale (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3316), il dettato di cui al 4° comma dell'art. 84 D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 esprime una *regulaiuris* di portata generale volta a dare concreta attuazione ai principi di imparzialità e di buona amministrazione contenuti dall'art. 97 della Costituzione.

La norma esprime la necessità di conciliare i principi di economicità, di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa con quelli di trasparenza, efficacia ed adeguatezza, regolando la scelta dei componenti delle commissioni di cui è demandata l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in guisa da depotenziare profili di incidenza negativa sulla trasparenza e sull'imparzialità della commissione giudicatrice (vedi, anche con riguardo all'applicabilità dell'art. 84 ai contratti dei cosiddetti settori speciali ai sensi dell'art. 206 D. Lgs. 163/2006, Cons. Stato, V, 25 luglio 2011 n. 4450; id., VI, 21 luglio 2011 n. 4438; id., VI, 29 dicembre 2010 n. 9577).

Con decisione 7 maggio 2013, n. 13 l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha ritenuto che l'art. 84, comma 4, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, ove si prevede che i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, risponde all'esigenza di rigida separazione della fase di preparazione della documentazione di gara con quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la *ratio* generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi; è pertanto incompatibile il componente della commissione giudicatrice che era stato precedentemente incaricato della redazione del bando e del disciplinare di gara. L'Adunanza Plenaria ha soggiunto che “in sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, commi 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, dello stesso decreto; l'applicazione di tali norme prescinde dall'espressa previsione del bando di gara proprio per la loro natura di derivazione diretta da principi generali, norme imperative, espressive di principi generali e consolidati della materia e quindi come tali, in grado di integrare e sovrapporsi alla *lex specialis*”.

La previsione di legge di cui all'art. 84, comma IV, è, in definitiva, destinata a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura.

2.1. Nel caso di specie, l'Arch. Pescini ha svolto un ruolo di collaborazione alla redazione del piano particolareggiato della Costa Urbana e del Promontorio del Falcone.

Ad inficiare la ricorrenza della denunciata situazione di incompatibilità non rileva la circostanza che il piano costituisca uno strumento urbanistico particolareggiato, e quindi un atto di carattere generale con vocazione programmatica, in quanto, alla luce della *ratio* che anima il disposto dell'art. 84, comma 4, cit. assume rilievo il collegamento tra il piano e lo svolgimento di gara, collegamento nella specie reso evidente dalla duplice circostanza che il bando di gara richiama già nell'epigrafe e poi nell'individuazione dell'oggetto della procedura selettiva il <Piano particolareggiato della costa urbana e del promontorio del Falcone sottolineare > e rinvia all'art. 10 delle NTA di tale Piano particolareggiato (relativo all'Ambito di Intervento n. 3 – via Amendola), stabilendo che gli interventi “dovranno essere attuati nel rispetto delle prescrizioni urbanistiche ed edilizie puntualmente disciplinate dalle Norme Tecniche del P.A.della Costa Urbana”.

Va soggiunto, quanto ai criteri per l'aggiudicazione, che 25 dei 100

punti a disposizione della commissione di gara sono destinati alla valutazione della “qualità del progetto”.

Non assume valore significativo neanche la circostanza che l'arch. Pescini non abbia sottoscritto il piano posto che, alla stregua delle finalità della norma e dei principi ad essa sottesi, assume rilievo, al fine di configurare la stazione di incompatibilità fotografata dalla norma in esame, il dato sostanziale della partecipazione alla redazione del piano al di là del profilo formale della sottoscrizione dello stesso.

Deve essere in definitiva condivisa la considerazione conclusiva svolta dal Primo Giudice secondo cui il principio di imparzialità esige nella specie che la commissione di gara non fosse composta da soggetti che avevano già partecipato alla fase elaborativa del Piano Particolareggiato e delle sue norme di attuazione, con conseguente illegittimità della delibera di nomina della commissione e conseguente travolgimento di tutti gli atti della procedura in esame.

3. Si deve a questo punto esaminare l'appello incidentale proposto da Mariani s.r.l., abbinando l'esame del motivo di gravame principale relativo alla domanda risarcitoria al momento allo scrutinio della doglianza articolata in sede di ricorso incidentale relativa al capo della sentenza di prime cure di parziale accoglimento dell'originaria domanda di risarcimento.

3.1 E' fondato e assorbente il motivo di appello incidentale con cui si sostiene che il mancato rispetto del termine perentorio stabilito dalla normativa di gara ai fini della costituzione di una società di capitali da parte dei componenti del raggruppamento aggiudicatario sostenuto

che, non avendo le imprese aggiudicatrici provveduto a costituire una società di capitali partecipata dalle imprese componenti il RTI entro il termine imposto dal bando di gara, si sarebbe verificata la decadenza dall'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento inadempiente.

Il bando di gara, a pag. 5, prevede che : “Le Associazioni Temporanee di Imprese in caso di aggiudicazione devono costituire una Società di capitali nella quale l'impresa capogruppo detenga almeno il 60% del capitale societario e le mandanti almeno il 10% ciascuna. (...) La costituzione della società deve avvenire prima della stipula di ogni atto di cui al presente Bando e comunque entro 60 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione, salvo proroga per giustificati motivi. Con la costituzione di tale società si perfeziona l'aggiudicazione. (...) La mancata costituzione della Società con le modalità e nei termini indicati comporta che venga disposta l'aggiudicazione ad altro soggetto utilmente collocato in graduatoria”. La citata disciplina regolatrice della procedura, non oggetto di gravame, è chiara e inequivoca nel prevedere un termine perentorio per la costituzione di una società di capitali da parte del RTI, non rispettato dagli aggiudicatari.

A fronte di tale mancato rispetto dell'adempimento sanzionato con l'esclusione dalla gara, la stazione appaltante, priva di potere discrezionale in forza della portata dell'autovincolo, era tenuta e revocare l'aggiudicazione e a disporre l'aggiudicazione in favore dell'appellante incidentale, seconda classificata all'esito della

procedura.

L'accoglimento della censura in esame risulta pienamente soddisfacente in quanto implica il riconoscimento, ai fini della pretesa risarcitoria in questa sede fatta valere, della spettanza dell'aggiudicazione.

3.2. Si devono ora analizzare le questioni relative alla responsabilità dell'Amministrazione Comunale e alla quantificazione del risarcimento dovuto nei confronti della società appellante incidentale.

L'Amministrazione appellante ha sostenuto l'erroneità della sentenza di primo grado per la mancata indagine, da parte del Collegio giudicante, sull'esistenza della colpa al fine del riconoscimento del risarcimento del danno. La società ricorrente incidentale, invece, ha sostenuto l'erroneità dei criteri di quantificazione del danno riconosciuto in primo grado.

3.2.1. Il motivo di appello principale è infondato.

In base alla consolidata giurisprudenza amministrativa, una volta accertata l'illegittimità dell'azione della P.A., è a quest'ultima che spetta, al fine di vincere una presunzione insita nell'illegittimità dell'azione amministrativa, provare l'assenza di colpa attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita (cfr. da ultimo C.d.S., Sez.IV, 31.1.2012 n. 482; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549 e 18 novembre 2010, n. 8091; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384 e 11 gennaio 2010, n. 14; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242).

Nel caso di specie, nella valutazione del comportamento

dell'Amministrazione rilevano, quali indici sintomatici di una condotta colposa non vinti dalla deduzione di un errore scusabile, il mancato rispetto dei principi in tema di composizione della commissione e la violazione di una chiara normativa di gara.

3.2.2. Deve essere invece accolto il motivo di appello incidentale con il quale si chiede la rideterminazione del danno utilizzando quale parametro di riferimento non già la chance nella misura del 50%, determinata in relazione alla partecipazione di due soli soggetti, ma la spettanza del bene della vita dato dall'aggiudicazione definitiva e dalla conseguente stipulazione del contratto.

Il Tribunale, facendo uso del potere di liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c, ha considerato, sulla scorta di un ragionamento logico e congruamente motivato, che il danno va calcolato, sulla base del valore complessivo della gara, con riferimento al prezzo di acquisto del terreno e al canone di concessione dei beni, utilizzando come parametro per il calcolo il criterio del 10% del valore complessivo della gara. Anche la correzione, data dalla riduzione del 3% rispetto a tale parametro, in ragione del non contrastato rilievo che le somme impiegate con riferimento alla procedura nella gara in esame avrebbe potuto essere utilmente impiegato dalla ricorrente in altri investimenti.

L'ulteriore riduzione operata dal Primo Giudice, nella misura del 50% rispetto alla percentuale del 7%, non può invece essere condivisa in quanto l'accoglimento del motivo di appello incidentale che dimostra la spettanza dell'aggiudicazione esclude l'operatività della

decurtazione giustificata dall'utilizzo della diversa tecnica del risarcimento della chance di aggiudicazione.

Il risarcimento va in definitiva quantificato nel 7% del valore complessivo della gara, pari ad € 68.544,00, oltre gli accessori già riconosciuti dal Primo Giudice. .

4. In definitiva l'appello principale va respinto mentre merita accoglimento nei sensi esposti l'appello incidentale.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo specificata

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale del Comune Piombino e accoglie, nei sensi in motivazione specificati, l'appello incidentale proposto da Mariani s.r.l.

Condanna il Comune di Piombino al risarcimento dei danni, nella misura in motivazione specificata, in favore di Mariani s.r.l.

Condanna in parti uguali il Comune di Piombino e Sorgente s.r.l. al pagamento, in favore dei Mariani s.r.l., delle spese relative al presente grado di giudizio che liquida nella misura complessiva di euro. 10.000//00 (diecimila//00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/04/2014

IL SEGRETARIO

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