

Sentenza 14/09/2016, n. 4300 - T.A.R. Campania - Sez. I

Appalti pubblici - Risarcimento danno da 'contatto sociale'

--- § ---

T.A.R. Campania - Sez. I, Sentenza 14 settembre 2016, n. 4300

FATTO

Con determinazione 2.104 del 31 dicembre 2015 il Comune di Ischia aggiudicava in via provvisoria al consorzio stabile Egeco scarl una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di lavori di riqualificazione urbana di piazza degli Eroi e dintorni; la gara, indetta con determinazione dirigenziale n. 122 del 4 febbraio 2015 ed a cui avevano partecipato sei concorrenti, era stata caratterizzata da ritardi nella pubblicazione del bando sulla GURI, avvenuta solo il 17 luglio 2015 rispetto a quella sul sito web dell'ente risalente all'8 aprile 2015, che avevano comportato il differimento del termine per la presentazione delle offerte al 31 agosto 2015, situazione a cui si erano aggiunti lunghi tempi di svolgimento delle operazioni di selezione.

Con nota n. 6356 dell'8 marzo 2016 la stazione appaltante comunicava all'aggiudicataria che con determinazione dirigenziale n. 289 del 7 marzo 2016 si era proceduto alla revoca della gara, "in quanto non si sono riusciti a rispettare i tempi prescritti dalla convenzione regolante i rapporti tra la Regione Campania ed il Comune di Ischia circa i finanziamenti di cui trattasi".

Nel provvedimento si rappresentava che nella convenzione sottoscritta con la Regione Campania il 13 marzo 2015 erano ammesse a finanziamento solo le spese effettuate dal 1° gennaio 2015 al 31 dicembre 2015; tale termine non era stato rispettato, essendosi pervenuti entro la sua scadenza solo all'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio a causa della perdurante ed insostenibile carenza di organico, né la Regione aveva concesso proroghe del termine ultimo di inizio dei lavori per la concessione del finanziamento; inoltre, oltre a richiamare la clausola del bando di cui al punto 10, avente ad oggetto la riserva di rinuncia da parte dei concorrenti a pretese in caso di ritiro degli atti di gara per perdita dei finanziamenti regionali, era operato un espresso riferimento a due note interne, una del Vicesindaco del 29 febbraio 2016, l'altra del Sindaco, datata 3 marzo 2016; infine si evidenziava che non sarebbe stato possibile eseguire le opere con i fondi ordinari dell'ente, pena la perdita dell'equilibrio finanziario.

In sede di accesso, la stazione appaltante rilasciava, oltre agli atti richiamati, la nota del Vicesindaco 08 S/S del 29 febbraio 2016, in cui si rappresentava che "il progetto approvato manifesta macroscopiche anomalie,

tali da sconsigliare la realizzazione dell'intervento stesso, che riguardano soprattutto il quantitativo di calcestruzzo previsto per le lavorazioni, riscontrabili nel computo metrico": l'altro atto acquisito che aveva inciso nella decisione di autotutela, ossia la nota del Sindaco di Ischia del 3 marzo 2016, nel richiamare la nota del Vicesindaco del 29 febbraio 2016, invitava il responsabile del Servizio LL.PP. a procedere all'annullamento della gara, dando avviso ai partecipanti, nonché ad adeguare il progetto affinché lo stesso potesse essere nuovamente cantierato sui prossimi finanziamenti.

Avverso il provvedimento di revoca e tutti gli atti presupposti e comunque per il risarcimento del danno in forma specifica, mediante stipulazione del contratto, o per equivalente monetario, ha proposto ricorso a questo Tribunale il Consorzio stabile Egeco scarl, domandando anche idonea tutela cautelare.

Con il primo motivo di ricorso è stata lamentata la mancata garanzia partecipativa rispetto all'adozione del provvedimento di revoca della gara, da riconoscersi in presenza di un soggetto ormai divenuto aggiudicatario definitivo, quale era divenuta ormai la posizione della società ricorrente.

Con il secondo motivo è stato contestato un profilo di eccesso di potere inerente alla motivazione del provvedimento di revoca, dal momento che la ragione espressa relativa alla perdita del finanziamento, celerebbe piuttosto altra causa di autotutela, cioè quella, emergente dalla nota del Vicesindaco di Ischia del 29 febbraio 2016, riconducibile all'inidoneità del progetto posto a base di gara, circostanza mai smentita dall'amministrazione resistente; d'altronde, sarebbe stato illogico per il Comune di Ischia approvare gli atti di gara in data 31 dicembre 2015, senza essersi avveduto a quella stessa data della perdita del finanziamento; comunque, ad eventuali carenze progettuali ben si sarebbe potuto porre rimedio attraverso l'introduzione di varianti in corso d'opera ai sensi dell'art. 132, lettera e) del d.lgs. 12 aprile 2006 n 163. Ancora, non avrebbe potuto trovare idonea giustificazione la revoca in base alla circostanza, dedotta nella determinazione dirigenziale n. 289 del 7 marzo 2016, per cui il progetto non avrebbe potuto essere realizzato con i fondi ordinari della cassa del Comune di Ischia, in quanto l'entità dell'importo ne avrebbe compromesso l'equilibrio finanziario; invero, tale affermazione avrebbe dovuto tenere conto dell'interesse della società ricorrente, non solo dal punto di vista delle garanzie partecipative, ma anche del legittimo affidamento rispetto ad una gara ormai aggiudicata in via definitiva, situazione che imponeva l'allegazione di un puntuale ed esauriente corredo motivazionale, invece mancato.

Con il terzo motivo è stata contestata l'affermazione contenuta nella determinazione di revoca circa il mancato rispetto della tempistica della convenzione, in quanto ascrivibile alla notevole mole di lavoro a cui è sottoposto l'UTC e alla carenza di organico che al 31 dicembre 2015 avevano consentito solo di individuare l'aggiudicatario provvisorio; si tratterebbe a giudizio della società ricorrente, di affermazioni indimostrate e generiche, anche dal punto di vista dell'incidenza concreta sulla causazione del ritardo nella conclusione del procedimento; in ogni caso, nemmeno fondato sarebbe quanto indicato nella determinazione impugnata a

proposito dell'impossibilità di evitare la perdita del finanziamento, poiché non sarebbe stato possibile dare inizio ai lavori entro i termini stabiliti nella convenzione; assume parte ricorrente che nessuna prescrizione in tal senso era presente nell'atto convenzionale, che, anzi, consentiva l'erogazione della prima quota pari al 30% dell'importo finanziato all'atto dell'inizio dei lavori, momento che la stazione appaltante avrebbe potuto rendere tempestivo mediante consegna anticipata sotto riserva.

In quarto luogo ed in via subordinata, è stato chiesto l'annullamento della clausola del bando che imponeva ai partecipanti la rinuncia a qualsiasi pretesa risarcitoria in caso di revoca degli atti di gara per perdita dei finanziamenti.

La domanda risarcitoria è stata invece fondata, oltre che in termini di risarcimento in forma specifica, anche per equivalente monetario, oltre a quello curriculare, per responsabilità precontrattuale del Comune di Ischia che avrebbe colpevolmente coinvolto la società ricorrente in una trattativa sostanzialmente inutile.

Si è costituito in giudizio il Comune di Ischia concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare. L'ente resistente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica ad alcuno dei controinteressati individuati nel provvedimento di revoca impugnato e per mancata estensione del contraddittorio alla Regione Campania, di cui vi sarebbero atti posti a fondamento dell'avversata revoca. Ancora, vi sarebbe difetto di interesse all'impugnazione rivestendo la ricorrente unicamente la qualità di aggiudicataria provvisoria della gara in questione.

Alla camera di consiglio del 20 aprile 2016, con ordinanza n. 650/16 è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 6 luglio 2016, in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali e di replica la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il presente giudizio consta di due separate azioni, l'una di tipo impugnatorio, rivolta contro atti e provvedimenti del Comune di Ischia aventi ad oggetto il ritiro di un intero procedimento di gara di cui parte ricorrente era divenuta aggiudicataria provvisoria, l'altra, di natura risarcitoria, qualificabile sia come volta al ristoro di un danno provocato da un provvedimento di revoca che si assume illegittimo, sia come lesione derivata da un comportamento illecito assunto dall'amministrazione resistente, quanto alla tempistica di conduzione del procedimento che avrebbe determinato pregiudizio al legittimo affidamento della società istante riposto nell'esito a sé favorevole della gara.

Riguardo all'azione impugnatoria, vanno preliminarmente respinte le due eccezioni sollevate dall'amministrazione resistente: la prima, tendente a determinare la declaratoria di inammissibilità del ricorso per omessa notificazione alla Regione Campania, non è meritevole di accoglimento, dal momento che tale ente non assume la necessaria qualità di autorità emanante, né sussistono nella fattispecie concreta atti presupposti o consequenziali di competenza regionale, tali da costituire oggetto di pregiudiziale impugnazione; pertanto, del rapporto sostanziale amministrativo sono parti necessarie solo la stazione appaltante e la società ricorrente, quale concorrente qualificata, tra queste restando così conchiuso ogni profilo di delimitazione del litisconsorzio; quanto alla seconda eccezione, avente ad oggetto la carenza di interesse all'impugnazione, sarebbe stato sufficiente alla società ricorrente per impugnare la mera qualità di concorrente, mentre, nel caso di specie, tale qualificazione, originariamente posseduta, si è addirittura evoluta nella dinamica procedimentale giungendo quella di aggiudicataria provvisoria.

A tale ultimo proposito, così passando all'esame del merito dell'azione di impugnazione, va osservato come in capo al Consorzio stabile Egeco scarl non sia riconoscibile anche la qualità di aggiudicatario definitivo, dal momento che la determinazione n. 2.104 del 31 dicembre 2015, ultimo provvedimento di primo grado del procedimento di gara, la qualificava espressamente come aggiudicataria provvisoria, rimandando l'adozione dell'aggiudicazione definitiva ad un successivo e distinto provvedimento che non risulta essere mai stato emanato; né potrebbe ritenersi formato, come pure proposto da parte ricorrente, un'aggiudicazione definitiva per silentium ai sensi dell'art. 12, comma primo del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dal momento che la citata disposizione disciplina la differente ipotesi dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Ne consegue che l'azione di autotutela, non avendo avuto riguardo ad un provvedimento conclusivo del procedimento, ma estendendosi solo ad atti endoprocedimentali, tra cui rientra senza dubbio l'aggiudicazione provvisoria, non imponeva alcun obbligo di comunicazione del procedimento di ritiro (Consiglio di Stato Sezione V 18 luglio 2012 n. 4189; T.A.R. Campania Napoli Sezione I 3 luglio 2012 n. 3165).

Il primo motivo di ricorso deve quindi essere respinto.

Con riferimento al secondo motivo, e, dunque, venendo all'esame della plausibilità della motivazione dell'impugnato provvedimento di revoca, osserva il Collegio che dagli elementi documentali acquisiti e posti fondamento del ritiro degli atti di gara emergono due distinte ragioni di interesse pubblico, la prima, connessa all'accertamento del mancato rispetto dei termini fissati nella convenzione tra Regione Campania e Comune di Ischia per l'erogazione dei finanziamenti necessari per l'esecuzione delle opere, la seconda imputabile a carenze del progetto. La formale rappresentazione da parte del Comune di Ischia di ambedue tali situazioni esclude la sussistenza di profili di eccesso di potere per sviamento e di contraddittorietà della motivazione; invero, trattasi di due situazioni distinte ed autonome, ciascuna idonea e sufficiente a giustificare il ritiro dell'intero procedimento.

Quanto alla condivisibilità della decisione della stazione appaltante di non far ricorso a varianti per risolvere ogni originaria criticità progettuale – scelta che, ove adottata, avrebbe potuto determinare serie conseguenze in termini di violazione della par condicio - né a mezzi ordinari di finanziamento - in alternativa alla perdita delle risorse provenienti dalla Regione Campania - per non alterare l'equilibrio economico e finanziario della gestione, trattasi di questioni chiaramente riconducibili a profili di buona amministrazione, come tali esorbitanti dai limiti esterni propri della giurisdizione generale di legittimità. L'esame di siffatte questioni è pertanto inammissibile.

Con riferimento al terzo motivo, non può trovare accoglimento la contestazione di carenza di motivazione, per essere generica ed indimostrata l'affermazione contenuta nella determinazione di revoca circa la sussistenza di una notevole mole di lavoro a cui sarebbe sottoposto l'UTC e alla sua carenza di organico, come ragione della mancata conclusione del procedimento di gara entro il 31 dicembre 2015; invero, è agevole osservare come prima ragione del ritiro degli atti del procedimento sia stata la sola oggettiva mancata ultimazione della gara – evento in sé storicamente dimostrato e non contestato – mentre le carenze organizzative interne all'ente comunale assumono rispetto alla società ricorrente mera rilevanza indiretta di causa remota. Quanto, poi alla contestazione relativa alla mancata valutazione da parte del Comune di Ischia di dare inizio ai lavori in tempo utile secondo i tempi prescritti in convenzione mediante una consegna sotto riserva, osserva il Collegio che, oltre a trattarsi anche in questo caso di un sindacato esteso al merito amministrativo, in ogni caso tale anticipazione sarebbe stata possibile solo in presenza di un'aggiudicazione definitiva, assente nel caso in esame.

Con riferimento al quarto motivo di ricorso, afferente alla validità della clausola di esonero dei responsabilità di cui agli artt. 4 e 10 del bando di gara, osserva il Collegio che la questione non investe la legittimità del provvedimento impugnato, limitandosi, stando alla espressa formulazione delle disposizioni coinvolte, a costituire un'autonoma causa di invalidità della lex specialis sotto il profilo dell'inibitoria all'accesso alla tutela giurisdizionale di tipo risarcitorio,

Ebbene, nel solco di precedente giurisprudenza della Sezione, ritiene il Collegio che la clausola con la quale l'Amministrazione si ritiene esonerata da ogni responsabilità contrattuale o anche precontrattuale, non può dispiegare alcuna efficacia nei confronti dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica; questa deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'Ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; infatti, qualsiasi interpretazione che tenda a sostenere l'insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'Amministrazione, comporterebbe la nullità della clausola ex art. 1335 c.c., in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa (T.A.R. Campania Napoli Sezione I 3 maggio 2011 n. 2433). Entro questi limiti la censura non è meritevole di

accoglimento, non assumendo connotazioni di concreta lesività del diritto della società ricorrente di proporre in giudizio azione di responsabilità nei confronti del Comune di Ischia.

Risolte le questioni di tipo impugnatorio, deve ora essere esaminata la domanda risarcitoria che si rivela meritevole di accoglimento nella parte in cui la società ricorrente lamenta una lesione del proprio legittimo affidamento ad una conclusione del procedimento di gara che fosse utile ad assicurarle la qualità di aggiudicatario definitivo e, quindi, di contraente del Comune di Ischia.

Non è dubitabile, infatti, che la lesione della posizione della ricorrente non trova fondamento giuridico nel provvedimento di ritiro degli atti di gara, momento di sostanziale accertamento da parte della stazione appaltante della ormai oggettiva impossibilità di concludere il procedimento in tempo utile per l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione in favore del concorrente a tanto legittimato.

Il vulnus alla posizione del consorzio stabile Egeco scarl è piuttosto riconducibile alla colpevole condotta assunta dalla stazione appaltante nel corso della gestione del procedimento di gara, alla fine risoltosi in un inutile coinvolgimento della società ricorrente in una vicenda ed in un rapporto pervenuto ad un punto di sostanziale ed irreversibile arresto, senza alcuna possibilità di soluzione, con evidente lesione del legittimo affidamento di chi invece era titolare di una legittima aspettativa rispetto alla stipulazione di un contratto pubblico.

La condotta colpevole dell'ente resistente va individuata nelle incontestate criticità e ritardi registrati durante la fase di pubblicazione della lex specialis e nel consequenziale slittamento dei termini di partecipazione, nonché nella confessata lenta celebrazione delle attività di esame delle offerte, dichiaratamente ricondotta a problemi di tipo organizzativo interno. Si è dunque in presenza di un'ipotesi di responsabilità da contatto qualificato, attualmente ricadente nella figura generale di cui all'art. 2043 c.c., specificamente come paradigma di cattiva gestione dei tempi e dell'organizzazione del procedimento.

Sussiste il nesso di causalità, da individuarsi nella relazione causa effetto tra colpevole mancata conclusione del procedimento e perdita della possibilità di stipulazione del contratto.

Quanto al danno risarcibile, è opinione del Collegio che, rispetto al modello generale del procedimento amministrativo, nell'ambito di quelli ad evidenza pubblica, sia peculiare e necessario tenere conto, ai fini della concreta individuazione del legittimo affidamento oggetto di lesione, che la posizione dell'aggiudicatario provvisorio sia distinta da quella di chi sia ancora titolare di una posizione di mero concorrente. Non può, invero, non tenersi conto che il divenire della funzione amministrativa nell'ambito del procedimento determini un consolidamento, in senso rafforzativo o di indebolimento, della posizione partecipativa del destinatario dell'azione autoritativa, nel caso del procedimento di gara maggiormente percepibile e giuridicamente

rilevante; non a caso, costituisce nuovo approdo anche da parte del legislatore, la differenziazione tra partecipazione al procedimento di gara riferibile alla fase di qualificazione, attualmente considerata autonoma anche dal punto di vista della tutela processuale d'impugnazione, e presenza del concorrente alla fase, successiva, di apprezzamento delle offerte, costituente una stadiazione progressiva l'ingresso nella quale origina una posizione procedimentale di aspettativa più prossima al bene della vita, costituito dall'utilità finale che dal punto di vista del lato interno dell'interesse legittimo è data dal divenire aggiudicatario definitivo.

Ebbene, per quanto concerne la tutela risarcitoria del legittimo affidamento, proprio la qualificazione in termini di bene patrimoniale di tale condizione soggettiva impone di dare rilievo all'oggettivamente apprezzabile progressivo rafforzamento del convincimento del suo titolare di essere sempre più vicino al conseguimento di un'utilità ragionevolmente spettante.

Ne discende che, pur imponendo la mancata adozione di un provvedimento di aggiudicazione definitiva l'esclusione dei principi generali propri del risarcimento dei danni da lesione dell'interesse contrattuale negativo, ossia ascrivibili alla mancata stipulazione, essendosi il procedimento di gara arrestato prima di tale momento, sarà invece risarcibile, in termini di lucro cessante, proprio il danno da mancato conseguimento dell'aggiudicazione definitiva per fatto colpevole della stazione appaltante; danno che il Collegio stima nella misura del 3% della base d'asta, oltre alla maggiore somma tra interessi e rivalutazione monetaria dal 1° gennaio 2015, data di verifica del danno, al soddisfo. Nulla spetta invece in termini di danno emergente, essendo state quelle di partecipazione alla gara sostenute dalla società ricorrente spese necessarie per l'acquisizione della posizione di aggiudicatario provvisorio, né quelle per danno curriculare, rimesse invece alla condizione di mancata stipulazione del contratto.

In questi termini, ai sensi dell'art. 34, quarto comma c.p.a. il Comune di Ischia entro trenta giorni dalla comunicazione della presente decisione, o notificazione, se anteriore, presenterà al consorzio ricorrente una proposta di risarcimento danni, secondo i criteri indicati nella presente motivazione.

Attesa la particolarità delle questioni esaminate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali, dovendo il Comune di Ischia rimborsare alla società ricorrente l'importo del contributo unificato anticipato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge la domanda di annullamento ed accoglie la domanda risarcitoria nei termini di cui in motivazione. Spese compensate e rimborso a carico del Comune di Ischia del contributo unificato versato dalla società ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2016