Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 282/2007 del 12/01/2007, proposto da Impresa P. S.p.A. rappresentata e difesa dagli Avvocati E.I., G.D. e M.F. con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del primo, alla Via T., n. 25;

CONTRO

il comune di C. T. rappresentato e difeso dagli Avvocati M.S. e M.C. con domicilio eletto in Roma presso lo studio del secondo, alla Via G., n. 36;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 428/2006, resa tra le parti, concernente APPALTO PROGETTAZIONE ESECUTIVA E COSTRUZIONE GARAGE SOTTERRANEO(RIS.DANNO).
Visto l'atto di appello con i relativi allegati;
Viste le memorie prodotte a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Alla pubblica udienza del 6 maggio 2008, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati F., S. e C.;

FATTO E DIRITTO

1. Con deliberazione giuntale n. 332/A dd. 18.05.2004 l'Amministrazione comunale ha approvato in via tecnico-amministrativa il progetto preliminare e la documentazione d'appalto per la costruzione di un garage sotterraneo in centro paese a C. T., decidendo contestualmente di bandire appalto-concorso ai sensi dell'art. 26 co. 1 lett. c) e dell'art. 36 co. 1 lett. b) (offerta economicamente più vantaggiosa) L.P. n. 6 dd. 17.6.1998 per un importo a base d'asta di € 3.268.250,00 più IVA e in base ai seguenti criteri:
- prezzo d'offerta 400/1000;
- qualità delle soluzioni tecniche 150/1000;
- qualità e funzionalità degli impianti tecnici 150/1000;
- qualità della documentazione progettuale 150/1000;
- qualità delle soluzioni architettoniche 100/1000;
- tempo utile per l'esecuzione dei lavori 50/1000.

Con la medesima deliberazione sono stati approvati pure l'invito di gara nonché l'avviso di gara.
Alla gara hanno partecipato 5 ditte, tra le quali la ditta ricorrente impresa P. S.p.A..
In data 25.8.2004 la Commissione giudicatrice, nominata dall'Amministrazione con deliberazione n. 549 del 13.8.2004, ha avviato i propri lavori, esaminando la documentazione presentata dagli offerenti. Nella seduta del 13.-15.9.2004 la Commissione esaminatrice ha constatato tra l'altro errori e discrepanze tra la versione italiana e tedesca della documentazione dell'appalto-concorso e nelle precisazioni inviate dall'Amministrazione Comunale a diversi

offerenti, a causa delle quali decideva di rinviare la valutazione tecnica.
Nella seduta del 30.9.2004 la Commissione tecnica, dopo approfondita discussione, deliberava all'unanimità quanto segue: "*Atteso che sono stati riscontrati errori e discrepanze nelle versioni italiana e tedesca dell'elenco delle prestazioni, così a solo titolo di esempio le discrepanze relative alla descrizione della documentazione progettuale da dimettere in sede di gara, e che non era univocamente evincibile quali fossero i requisiti minimi da rispettare in sede di progettazione esecutiva offerta dalle ditte, la Commissione di gara non ritiene di essere in grado di evadere il proprio incarico senza ledere la 'par condicio' delle imprese concorrenti. Ritiene per tale motivo la Commissione di gara, che sia opportuno, annullare la presente procedura e consiglia all'Amministrazione di indire una nuova gara.*".
Con deliberazione giuntale n. 673 dd. 1.10.2004 l'Amministrazione comunale ha accolto tale suggerimento, decidendo di non aggiudicare i lavori per la costruzione del garage e di annullare in via di autotutela la procedura di gara onde poter rielaborare il progetto preliminare e la documentazione di gara ed indire nuovo appalto-concorso.
I Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto dalla citata impresa P. avverso detta deliberazione, in uno con gli atti connessi e conseguenziali.
L'impresa P. contesta in sede di appello gli argomenti posti a fondamento del *decisum*.
L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio.
Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive posizioni difensive.
All'udienza del 6 maggio 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.
2 Non è suscettibile di positiva valutazione l'eccezione di inammissibilità del ricorso, posto che la dedotta incompletezza della documentazione tecnica presentata dall'impresa ricorrente non è stata ragione di esclusione in sede amministrativa né è stata oggetto di adeguata dimostrazione in sede processuale.
3. L'appello è fondato nei sensi ora specificati.
È fondata in primo luogo la censura con la quale si deduce la violazione dei canoni partecipativi di cui agli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990.
Con la presentazione della domanda di partecipazione e , ancor più, con la predisposizione e l'inoltro dell'offerta i soggetti concorrenti assumono una posizione differenziata e qualificata che giustifica la posizione di controinteressati ai quali è necessario comunicare l'avviso di avvio del procedimento ai sensi della legge sulla trasparenza amministrativa al fine di consentire la difesa del bene della vita dato dalla *chance* di aggiudicazione. Detti principi sono aderenti alla fattispecie in parola, posto che l'amministrazione ha annullato in autotutela la gara dopo che erano state espletate le formalità di apertura delle offerte e la committente aveva avuto conoscenza delle ditte partecipanti alla procedura.
Non è peraltro invocabile, al fine di escludere l'effetto invalidante del vizio procedimentale in parola, la disciplina in tema di vizi non invalidanti recata dall'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, posto che il provvedimento di annullamento, ai sensi

dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 ha carattere discrezionale e l'amministrazione non ha adeguatamente dimostrato che, anche alla luce della comparazione con gli affidamenti ingenerati e le posizioni antagoniste, la determinazione di ritiro era l'unico sbocco decisionale possibile a seguito del riscontro della discrepanza tra la versione tedesca e italiana degli atti di gara.
Si deve a questo punto osservare che coglie nel segno anche la seconda censura tesa a stigmatizzare l'assenza di adeguata motivazione a sostegno dell'atto di autotutela.
Il provvedimento di annullamento richiama infatti la sussistenza di errori e discrepanze nelle versioni italiana e tedesca del documento denominato elenco della prestazioni facente parte del progetto preliminare, senza evidenziarle in modo puntuale e, soprattutto, senza motivare in modo idoneo in merito alla loro incidenza negativa sul corretto dispiegarsi della procedura di gara. Manca in definitiva una puntuale indicazione della natura, della gravità e dell'incidenza delle anomalie che, sola, avrebbe giustificato, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidatesi in capo alle ditte partecipanti alla procedura, l'annullamento integrale degli atti di gara. Del pari fa difetto una congrua esplicitazione delle ragioni per le quali il progetto a base di gara non rispondeva più alle esigenze tecnico-funzionali dell'amministrazione.
4. La fondatezza di tali assorbenti profili di cesura impone l'esame della domanda risarcitoria per equivalente, anche in relazione all'impossibilità, visto il tempo decorso e l'intervento di una nuova gara, di una tutela in forma specifica.
La domanda è suscettibile di accoglimento nei limiti che si vanno a precisare.
Per quello che concerne l'*an* la condotta dell'amministrazione ha sostanziato una violazione chiara dei generali canoni partecipativi e motivazionali sanciti dalla legge n. 24171990, con conseguente emersione dell'elemento soggettivo della colpa che ai affianca a quello oggettivo della illegittimità di cui si è fin qui detto.
In ordine al *quantum*, occorre valutare che, in assenza di dimostrazione della solo dedotta assenza dei requisiti di partecipazione in capo alle altre quattro ditte e comunque in difetto di impugnazione della loro ammissione, il danno va commisurato alla *chance* di aggiudicazione, pari al 20%. Stimasi equo applicare detto coefficiente di riduzione all'utile di impresa che, in assenza di specifica dimostrazione da parte dell'appellante e tenuto conto dell'oggetto della gara, si stima equo fissare nella misura del 5% dell'importo dell'offerta economica presentata dalla ditta.
Non possono invece essere riconosciuti gli importi relativi agli investimenti ed alle spese di partecipazione, essendo detti costi necessari al conseguimento della *chance* di talché non è possibile cumularne il rimborso al risarcimento del danno da perdita di *chance*.
Sull'importo in esame vanno computati gli interessi legali dalla pubblicazione della decisione fino al soddisfo.
5. L'appello va in definitiva accolto nei sensi in motivazione specificati.
Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello nei sensi in motivazione specificati. Spese compensate;
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 6 maggio 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:
Pres. Emidio Frascione
Cons. Klaus Dubis
Cons. Giuseppe Severini
Cons. Marco Lipari
Cons. Francesco Caringella Est.

L'estensore — Il Presidente
f.to Francesco Caringella — f.to Emidio Frascione

Il Segretario
f.to Agatina Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il 07/01/09
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
F.to Antonio Natale