

Consiglio di Stato (Sesta Sezione) Sentenza n. 195

19 gennaio 2012

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8581 del 2006, proposto da:

Università degli Studi del Molise di Campobasso, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Ditta Italcom s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Scarano, con domicilio eletto presso Clementino Palmiero in Roma, via Albalonga, 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise, 29 aprile 2006, n. 391, resa tra le parti, concernente revoca di gara per fornitura e posa in opera di arredi ed attrezzature multimediali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 21 giugno 2011 il consigliere Andrea Pannone e uditi per le parti l'avvocato Scarano e l'avvocato dello Stato Cimino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società appellata, vedendo annullato, con decreto del rettore dell'Università degli Studi del Molise 10 settembre 2003, n. 1209, il pubblico incanto per la "fornitura e posa in opera di arredi ed attrezzature multimediali" necessari per l'allestimento dell'aula convegni di detto ateneo, di cui era risultata aggiudicataria provvisoria, adiva il T.A.R. Molise, che, con sentenza 18 novembre 2004, n. 689, accoglieva il ricorso.

In particolare la predetta sentenza stabiliva quanto segue:

<<4 - Deve concludersi che il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento qui gravato ed obbligo per la stazione appaltante di approvare definitivamente l'aggiudicazione provvisoriamente disposta in favore della Itacom S.r.l. e di stipulare con la stessa il relativo contratto d'appalto per la sua successiva e conseguente esecuzione.

5 - Solo qualora medio tempore l'Università degli Studi del Molise abbia bandito, interamente espletato ed aggiudicato a diverso soggetto altra gara avente il medesimo oggetto, essa sarà tenuta a risarcire l'attuale istante dei danni subiti per effetto dell'annullamento degli atti della procedura qui in esame.

5.1 - Con riguardo al quantum, essa dovrà fare riferimento ai seguenti criteri dettati nel presente giudizio, ai sensi dell'art. 35, 2° comma del d.lgs. 31.3.1998, n. 80:

a) quanto al danno emergente:

a1) vanno computati le spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara;

a2) quale pregiudizio per la perdita di chance per impossibilità di far valere, nelle future gare, il requisito legato alla fornitura di che trattasi, può procedersi in via equitativa nella misura del 2% del prezzo qui offerto da Itacom;

b) quanto al lucro cessante, integrato dall'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione, ad avviso del Collegio, deve tenersi conto dei costi del materiale oggetto della fornitura, secondo il prezzario vigente della Camera di Commercio di Campobasso, e di quelli di manodopera per l'installazione e l'allestimento dello stesso, nonché per l'assistenza tecnica, applicando le tariffe stabilite dai relativi contratti collettivi di lavoro.

5.2 - Trattandosi di somme da liquidarsi a titolo di risarcimento del danno, costituenti, perciò, debito di valore, sulle stesse dovrà calcolarsi la rivalutazione monetaria e gli interessi nella misura legale>>.

La citata sentenza, non essendo stata appellata nei termini ex lege, è passata in giudicato.

Con nota 23 febbraio 2005, prot. n. 3733-x/3, l'Università ha comunicato che, con d.r. del 13 ottobre 2003, aveva destinato ad altro impiego la sala oggetto degli interventi cui si riferiva l'appalto de quo.

In data 1° luglio 2005 la Itacom s.r.l. ha tuttavia notificato atto di diffida e messa in mora alla predetta Amministrazione.

Quest'ultima dapprima ha trasmesso, in allegato alla nota 5 luglio 2005, prot. n. 14175-x/3, il decreto 7 aprile 2005, n. 594, con cui ha disposto la revoca della gara in esame, e successivamente, con nota 11 luglio 2005, prot. n. 14508-IV-1, ha affermato di declinare "ogni responsabilità risarcitoria".

La ditta appellata ha impugnato (con ricorso n. 408/2005 RG TAR Molise) il decreto n. 594/2005, comunicato con nota 5 luglio 2005, prot. n. 14175-x/3, nonché la successiva nota 11 luglio 2005, prot. n. 14508-IV-1, chiedendo l'accertamento del proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara o, alternativamente, il risarcimento del danno, oltre che il risarcimento derivante dall'adozione dei predetti provvedimenti e dal ritardo nell'esecuzione della sentenza.

Con ricorso n. 409/2005 (RG TAR Molise) la ditta appellata ha chiesto l'esecuzione della sentenza n. 689/2004.

Con la sentenza appellata, oggetto del ricorso in trattazione, il giudice di primo grado ha rilevato che l'Università, con decreto rettorale del 7 aprile 2005, ha revocato l'intera gara, allegando il sopravvenuto interesse generale ad impiegare diversamente la sala cui si riferiscono la fornitura e la posa in opera degli arredi e delle attrezzature multimediali oggetto dell'appalto.

Secondo l'assunto di tale Amministrazione, allo stato essa non dovrebbe più nulla all'attuale istante, atteso che la revoca de qua avrebbe ex se fatto venir meno l'obbligo di aggiudicazione e che, d'altra parte, nella predetta sentenza

n. 689/04 il risarcimento del danno era stato stabilito solo per un'ipotesi ben precisa, nella quale non ricadrebbe il caso di specie, vale a dire per l'eventualità che fosse stata esperita in toto una diversa procedura col medesimo oggetto.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che l'Università appellante, con la revoca contestata, non abbia voluto eludere il giudicato, avendo adeguatamente motivato, con riferimento alla sussistenza dell'interesse pubblico, detto provvedimento emesso in via di autotutela. E ciò perché la decisione di un diverso utilizzo dello spazio inizialmente destinato alla sala convegni dell'ateneo era stata presa già in precedenza, con decreto rettorale in data 13 ottobre 2003, anche se poi la revoca della procedura di che trattasi è stata adottata solo con il successivo d.r. 7 maggio 2005, n. 594.

Tuttavia l'Amministrazione non ha tenuto conto degli effetti del giudicato.

Pertanto l'Amministrazione, munita del potere discrezionale di procedere alla revoca, pur non ravvisando più l'interesse generale al mantenimento nel mondo giuridico dei provvedimenti in parola, non avrebbe potuto e non può prescindere dagli effetti giuridici che i medesimi, annullati con il provvedimento di secondo grado gravato ed a sua volta annullato in via giurisdizionale, hanno prodotto medio tempore, dalla loro adozione sino al momento in cui l'amministrazione stessa ha proceduto alla revoca.

Ciò comporta che, pur non potendosi più correttamente parlare di risarcimento, attesa la natura lecita dell'attività svolta nella specie dall'Amministrazione (si veda l'interesse pubblico effettivo posto a fondamento della revoca), tuttavia l'esplicarsi dell'efficacia dell'aggiudicazione per tutto il periodo visto determina, in capo alla stessa, l'obbligo di corrispondere un indennizzo nei confronti della citata ditta, attesi l'affidamento ingenerato, tutelato giuridicamente, ed il danno causatole con la revoca in questione.

La possibilità di stabilire un indennizzo è, d'altra parte, espressamente prevista dal citato art. 21 quinquies della L. n. 241/1990, il quale stabilisce altresì al riguardo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il giudice di primo grado ha calcolato l'indennizzo secondo il seguente criterio:

- 1) danno emergente: rimborso delle spese e/o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara;
- 2) lucro cessante: in via equitativa 20% del lucro cessante come computato a titolo di risarcimento del danno in sentenza n. 689/2004 sub b) (pag. 13), ossia il 20% dei costi del materiale oggetto della fornitura, secondo il prezzario vigente della Camera di Commercio di Campobasso, e di quelli della manodopera per l'installazione e l'allestimento dell'impianto, nonché per l'assistenza tecnica, applicando le tariffe stabilite dai relativi contratti collettivi di lavoro.

Tale somma, trattandosi di debito di valore, è stata maggiorata degli interessi nella misura legale e della rivalutazione.

Il giudice di primo grado ha dichiarato poi inammissibile il ricorso n. 409/2005, con cui si chiedeva l'esecuzione della sentenza n. 689/2004, trattandosi sostanzialmente della medesima questione già deliberata con riferimento al ricorso n. 408/2005, altrimenti determinandosi la violazione del principio di "ne bis in idem".

L'amministrazione appellante ha dedotto, per quel che qui interessa, che: "Se deve postularsi l'esistenza di un qualche effetto (della sentenza), allora si deve aggiungere che lo stesso si sia prodotto, tutt'al più, fino al momento in cui l'Università, procedendo ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico, ha destinato ad altro uso i locali cui si riferiva l'appalto de quo, in considerazione della sopravvenuta necessità di individuare spazi idonei all'insediamento della Facoltà di Scienza del Benessere e al tempestivo avvio delle relative attività didattiche (decreto rettorile del 13 ottobre 2003)".

Si è costituita in giudizio l'appellata che, con memoria del 19 maggio 2001, ha illustrato le ragioni dell'infondatezza dell'appello.

All'udienza del 21 giugno 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La Sezione osserva preliminarmente che:

A) la sentenza del TAR per il Molise n. 689/2004 riconosceva alla società appellata:

a) il danno emergente nel quale andavano computati le spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara;

b) la perdita di chance per impossibilità di far valere, nelle future gare, il requisito legato alla fornitura di che trattasi, il cui ammontare veniva stabilito in via equitativa nella misura del 2% del prezzo qui offerto da Itacom;

c) il lucro cessante, integrato dall'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione, da calcolarsi tenendo conto dei costi del materiale oggetto della fornitura, secondo il prezzo vigente della Camera di Commercio di Campobasso, e di quelli di manodopera per l'installazione e l'allestimento dello stesso, nonché per l'assistenza tecnica, applicando le tariffe stabilite dai relativi contratti collettivi di lavoro;

B) la sentenza del TAR per il Molise n. 391/2006, appellata con il ricorso in trattazione, riconosceva alla società appellata un indennizzo così calcolato:

a) danno emergente: rimborso delle spese e/o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara;

b) lucro cessante: in via equitativa 20% del lucro cessante come computato a titolo di risarcimento del danno in sentenza n. 689/2004 (sub b) (pag. 13).

Dall'esame sinottico delle due sentenze emerge che il giudice di primo grado ha riconosciuto in entrambe le sentenze il danno emergente; ha riconosciuto il risarcimento per perdita di chance nella sola sentenza di data anteriore; ha ridotto, nella sentenza posteriore, qui appellata, l'importo dovuto per lucro cessante al 20% della misura stabilita nella sentenza anteriore. La sentenza qui appellata ha dichiarato inammissibile il ricorso per l'ottemperanza alla sentenza anteriore.

La sentenza dell'anno 2006 è stata appellata dalla sola Università degli Studi del Molise, cosicché il giudice d'appello non può rilevare eventuali contrasti tra la sentenza qui appellata e il giudicato formatosi sulla sentenza dell'anno 2004, anche in considerazione della circostanza che la sentenza successiva ha esplicitamente dichiarato inammissibile il giudizio per ottenere l'esecuzione della sentenza dell'anno 2004.

La sentenza impugnata ha riconosciuto all'appellata sia il danno emergente che il lucro cessante.

Sul riconoscimento del danno emergente non possono sussistere dubbi perché la società ha sostenuto le spese per la partecipazione alla gara prima che questa venisse revocata.

Ai fini della valutazione del riconoscimento del danno emergente deve evidenziarsi che la sentenza dell'anno 2004:

a) ordinava all'amministrazione di approvare definitivamente l'aggiudicazione provvisoriamente disposta in favore della Itacom S.r.l. e di stipulare con la stessa il relativo contratto d'appalto per la sua successiva e conseguente esecuzione;

b) condannava l'Università degli Studi del Molise al risarcimento dei danni in favore dell'odienra appellata, solo qualora medio tempore fosse stato bandito, interamente espletato ed aggiudicato a diverso soggetto altra gara avente il medesimo oggetto.

Dopo la sentenza dell'anno 2004 l'unico atto efficace era un'aggiudicazione provvisoria, tant'è vero che il giudice di primo grado ordina all'Università degli Studi di provvedere all'aggiudicazione definitiva.

Con la sentenza dell'anno 2006, qui appellata, il giudice di primo grado riconosce la legittimità della revoca della procedura riducendo al 20% l'importo del risarcimento attribuito con la sentenza dell'anno 2004.

Dal punto di vista cronologico la decisione di un diverso utilizzo dello spazio inizialmente destinato alla sala convegni dell'ateneo era stata presa già con decreto rettorale in data 13 ottobre 2003, al quale può riconoscersi la valenza sostanziale di revoca della procedura, formalmente adottata solo con decreto del 7 aprile 2005.

Questa sezione non può non evidenziare che la volontà di non procedere con il completamento della gara era stata manifestata il 13 ottobre 2003, ossia prima dell'adozione della sentenza del TAR Molise n. 689 del 18 novembre 2004, con la quale il giudice di primo grado si limitava ad ordinare all'amministrazione di assumere le determinazioni conseguenti all'annullamento degli atti impugnati.

Il problema giuridico da risolvere è se spetti una qualsiasi forma di risarcimento o di indennizzo per un'aggiudicazione provvisoria, successivamente annullata con provvedimento ritenuto legittimo.

Al quesito non può che darsi risposta negativa, alla luce della giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4902; Cons. St., VI, 17 marzo 2010, n. 1554; Consiglio Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 808) secondo la quale in tema di contratti pubblici la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva del contratto di appalto è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista, come nella specie, nessuna illegittimità nell'operato della p.a..

Non spetta nemmeno l'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 poiché si è, nella specie, di fronte al mero ritiro di un'aggiudicazione provvisoria (atto avente per sua natura efficacia interinale e non idonea a creare affidamenti) e non ad una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli come previsto dalla predetta norma per l'indennizzabilità della revoca.

L'appello va quindi parzialmente accolto nei sensi sopra indicati.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, riconosce alla società appellata il solo risarcimento per il danno emergente, così come indicato nella sentenza appellata.

Compensate le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere, Estensore