



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 860 del 2011, proposto da:

Marco Polo S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Elisa Cacciato Insilla, con domicilio eletto presso Avv. Maurizio Barbieri in Ancona, piazza del Plebiscito, 55;

contro

Comune di Morrovalle, rappresentato e difeso dall'avv. Fabrizio Colagiacomini, con domicilio eletto presso Avv. Massimo Spinozzi in Ancona, via San Martino, 43;

nei confronti di

C.P.M. Gestioni Termiche Srl, I.E.C.E. Srl, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determina del Responsabile UTC Serv. LL.PP. n. 124 del 4/07/2011 (n. gen. 449 del 4/7/2011) di approvazione della revoca in autotutela della gara di appalto del servizio di gestione integrata ed ottimizzazione del sistema energetico (Servizi di Pubblica Illuminazione e di Energia termica);
- della Deliberazione del Consiglio Comunale Atto n. 38 del 27/06/2011 con la quale è stata revocata in autotutela la gara di appalto del servizio di gestione integrata ed ottimizzazione del sistema energetico, nonché sono state indette due separate procedure di gara in luogo di quella revocata;
- della nota prot. n. 11638 del 5/7/2011 ricevuta in data 8 luglio 2011 con la quale sono stati comunicati i due precedenti atti di revoca ;
- della nota del RUP prot. n. 13872 del 17/8/2011 di conferma della revoca, a seguito del preavviso di ricorso della Marco Polo spa inoltrato con nota prot. n. 1234 in data 25/7/2011;
- in parte qua per quanto occorra, dell'art. 3.3 lett. e) del disciplinare di gara e dell'art. 6 del bando di gara ult. cpv per quanto di ragione;
- di tutti gli atti presupposti, consequenziali e/o comunque connessi ai provvedimenti impugnati ancorché non conosciuti comprese eventuali nuove procedure di gara;

e Per la condanna

- del Comune di Morrovalle alla prosecuzione delle operazioni di gara (quoad effectus) ovvero per il risarcimento per equivalente di tutti i conseguenti danni subiti, compresa la perdita di chance di aggiudicazione, nonché in ogni caso

Per il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale

- di tutti i danni subiti per la revoca degli atti di gara e per essere stata la società ricorrente coinvolta in trattative inutili

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Morrovalle;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2012 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Esponde la ricorrente di avere partecipato alla gara a procedura aperta, indetta in data 9.11.2010 dal Comune di Morrovalle, per la gestione del sistema energetico comunale (Servizio di gestione integrata ed ottimizzazione del sistema energetico).

Entro il termine di presentazione delle offerte giungevano alla Stazione Appaltante due offerte, da parte della ricorrente e da parte della CPM Gestioni Termiche Srl.

La Commissione di gara effettuava richieste istruttorie e verifiche di capacità tecnica nei confronti della ricorrente e dell'altra concorrente.

Con nota prot.1163 del 5.7.2011, veniva comunicata alla ricorrente la revoca della procedura di gara.

Con ricorso depositato il 29.9.2011, la ricorrente impugna la Determina del Responsabile UTC Serv. LL.PP. n. 124 del 4.7.2011 di approvazione della revoca in autotutela della gara di appalto in oggetto e la presupposta Deliberazione del Consiglio Comunale n. 38 del 27.6.2011, con la quale è stata disposta la revoca in autotutela la gara di appalto di cui sopra, nonché sono state indette due separate procedure di gara in luogo di quella revocata.

Inoltre, la ricorrente impugna le legge di gara nella parte in cui consentirebbe alla Stazione Appaltante, in qualsiasi momento, di non procedere all'aggiudicazione del servizio. Chiede, inoltre, il risarcimento per equivalente o, in subordine, il risarcimento per responsabilità contrattuale della PA o, in ulteriore subordine, l'indennizzo ex art. 21 quinquies legge 7.8.1990 n. 241.

Con il primo motivo, la ricorrente lamenta il difetto di motivazione della revoca, la violazione dell'art. 97 Cost, l'eccesso di potere e la violazione dell'art. 21 quinquies della legge 241/90, contestando, in particolare, le ragioni addotte dall'Amministrazione e la mancata indicazione dell'interesse pubblico alla revoca.

Con il secondo motivo lamenta la violazione dell'art. 21 nonies della legge 241, sotto il profilo della violazione delle norme relative all'annullamento di ufficio.

Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta la mancata comunicazione del'avvio del procedimento ex art. 7 legge 241/1990 e art. 36 dello Statuto del Comune di Morrovalle.

Con il quarto motivo afferma l'illegittimità delle norme del bando nella parte in cui consentono alla Stazione Appaltante di non aggiudicare la gara.

Con il quinto motivo, si afferma la violazione del principio del c.d. contrarius actus, per l'incompetenza del Consiglio Comunale a revocare la gara indetta con atto della Giunta Comunale.

Con il sesto motivo, si chiede il risarcimento della responsabilità precontrattuale e, in subordine, il risarcimento della responsabilità extracontrattuale e l'indennizzo ex art. 21 quinquies legge 241/90.

Si è costituito il Comune di Morrovalle, resistendo al ricorso.

Alla pubblica udienza del 22.11.2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Il ricorso è infondato.

1.1 Il presente ricorso verte su una gara revocata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma prima che sia stata effettuata la valutazione delle offerte medesime. Non si è quindi giunti ad alcuna forma di aggiudicazione anche provvisoria.

1.2 A parere del Collegio, il provvedimento di autotutela impugnato è da qualificare come revoca e non come annullamento d'ufficio. Difatti, il provvedimento (in particolare, la presupposta delibera di Consiglio Comunale n. 38 del 27.6.2011) non è motivato con un riferimento puntuale all'illegittimità del bando, ma su diversi punti, in particolare:

-si premette che due ditte hanno partecipato alla gara e che ancora non si è giunti alla fase dell'apertura dei plichi.

-l'Osservatorio dei Contratti Pubblici della Regione Marche , faceva notare, con nota 14.1.2011, in base a segnalazioni di altre ditte, la presenza di requisiti di qualificazione eccessivamente rigidi e selettivi

-la durata eccessiva dell'appalto (30 anni)

-la non necessità della scelta di un appaltatore unico per la gestione del servizio integrato.

1.3 Si tratta quindi di una revoca basata su motivi di pubblico interesse, in quanto non è stata individuata una precisa illegittimità della gara (tale non può essere considerata, infatti, la non completa corrispondenza con gli artt. 41 e 42 d.lgs 163/2006 individuata dall'Osservatorio) ma situazioni di dubbia legittimità e opportunità, come i criteri troppo ristretti e la lunghezza e l'ampiezza dell'affidamento (destinati, ovviamente, ad interagire).

1.4 Qualificato il provvedimento impugnato come revoca ex art. 21 quinquies della legge 241/90, possono essere analizzate le censure dedotte con il ricorso. A parere del Collegio, le censure dedotte dalla ricorrente sono infondate e alla stessa non spettano il risarcimento dei danni e neanche l'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies della legge 241/90 della legge 241/90

1.5 Va preliminarmente detto che il disciplinare di gara precisava che, al punto 3.3 lett. C, che la Stazione Appaltante si riservava, motivatamente, di non aggiudicare la gara.

1.6 Alla luce di ciò, la motivazione per la revoca della gara è più che sufficiente, tenendo conto che la segnalazione dell'Osservatorio dei Contratti Pubblici della Regione Marche è intervenuta il 14.1.2011, dopo la scadenza del termine per presentare le offerte e che le motivazioni della Determina del Responsabile UTC Serv. LL.PP. n. 124 del 4.7.2011, di approvazione della revoca in autotutela della gara di appalto in oggetto e della presupposta Deliberazione del Consiglio Comunale n. 38 del 27.6.2011 sono da considerarsi sufficienti. Ovviamente, tenendo conto della fase in cui si trovava la gara (valutazione dei requisiti di partecipazione) l'obbligo motivazionale non può che essere meno pregnante. Se la revoca di una gara giunta all'aggiudicazione definitiva richiede la presenza di un interesse pubblico concreto e specificamente indicato nella motivazione del provvedimento adottato in autotutela (da ultimo CdS sez. III 11.7.2012 n. 4116), per le gare in fasi anteriori può essere richiesta una motivazione meno articolata. Alle stazioni appaltanti va dunque riconosciuto il potere di ritirare gli atti di gara, attraverso lo strumento della revoca, in presenza di sopraggiunte ragioni di interesse pubblico, tali da rendere inopportuna o comunque sconsigliare la prosecuzione e conclusione della gara. In particolare, è stato condivisibilmente ritenuto che la revoca degli atti del procedimento intervenuta nella fase dell'aggiudicazione provvisoria se giustificata da un nuovo apprezzamento, in base a circostanze sopravvenute, è ammissibile, riguardando ancora la fase della scelta del contraente, in cui l'Amministrazione ha la possibilità di valutare la persistenza dell'interesse pubblico o la permanenza dello stesso nella considerazione e nella consistenza iniziali. Una motivazione adeguata può allora basarsi, tra l'altro, su una diversa valutazione di convenienza economica e/o tecnica, indotta da circostanze od eventi inizialmente assenti od occulti (Tar Trento 4.4.2012 n. 108).

1.7 Il provvedimento di ritiro è quindi sufficientemente motivato con una nuova valutazione dell'interesse pubblico alla luce delle circostanze sopravvenute (in particolare il citato parere dell'Osservatorio regionale dei contratti pubblici del 14.1.2011 che nota come i requisiti di accesso fossero contrari ai principi della massima partecipazione alle gare), mentre non era necessaria una specifica comparazione con l'interesse dei concorrenti ancora privi di posizioni legittimanti. Difatti, le ragioni giustificative poste a fondamento della decisione di non aggiudicare la gara appaiono rispondenti a obiettive ragioni di interesse pubblico, frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, non viziata da irragionevolezza, illogicità, irrazionalità o macroscopico travisamento dei fatti, tali da consentire il sindacato giurisdizionale di legittimità (così da ultimo CdS sez. V 18.7.2012, n. 4189). Né è rilevante, a parere del Collegio, la circostanza che siano passati alcuni mesi tra la ricezione del parere dell'Osservatorio regionale dei contratti pubblici e la delibera di Consiglio Comunale del 27.6.2011, tenendo conto che la Stazione Appaltante ha documentato la richiesta di un parere legale durante tale periodo e che le attività della Commissione di Gara, nel periodo successivo, si sono limitate alla richiesta di chiarimenti alla partecipanti (e la prima delle due sedute della Commissione di gara svolte dopo la ricezione del parere dell'Osservatorio era solo di alcune settimane posteriore allo stesso).

2 La fase della procedura e le legittimità della motivazione di revoca portano al respingimento delle altre censure. La revoca, nella fase in cui si trovava la gara, non richiede, per costante giurisprudenza, comunicazione di avvio del procedimento (da ultimo CdS sez. III 11.7.2012 n. 4116). Non è rilevante altresì l'affermata illegittimità del punto 3.3 del disciplinare, considerato che il potere di revoca della procedura è stato esercitato dalla Stazione Appaltante nell'ambito dei principi generali in materia di autotutela. Ancora, non è fondata la censura relativa alla violazione del principio del cosiddetto "contrarius actus", in quanto sia l'indizione della gare che il suo annullamento sono state effettuate con determina del competente ufficio (Determine del n. 196 del 9.11.2010 e n. 124 del 4.7.2011), dovendosi dare rilevanza all'effettivo provvedimento di ritiro e non ai provvedimenti presupposti.

2.1 Con riguardo alle richieste risarcitoria, la legittimità della revoca le rende infondate sia con riguardo alla responsabilità contrattuale, sia extracontrattuale. Si deve infatti rilevare come sia pressoché pacifico in giurisprudenza (CdS sez. VI, 27.7.2010 n. 4902; CdS sez. VI 17.3.2010, n. 1554; CdS, sez. V, 15.2.2010 n. 808) il principio in base al quale una somma risarcibile, o anche solo ristorabile con indennizzo ex art. 21 quinquies della L. n. 241/1990, non è riconoscibile nemmeno in capo al soggetto che abbia già conseguito una aggiudicazione provvisoria in quanto 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, c. 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista illegittimità nell'operato della p.a. Il principio vale a maggior ragione per le gara non giunte neanche a detta fase.

2.2 Né costituisce base per la responsabilità risarcitoria avere sostenuto spese per la presentazione dell'offerta, dato che le stesse costituiscono un investimento ma anche un rischio dell'impresa, funzionale alla previsione di guadagno quantificata e ritenuta liquidabile, sicché non sono rimborsabili al concorrente (Cds. sez. VI, 2.3.2009 n. 1180).

2.3 Non spetta neanche l'indennizzo ex art. 21 quinquies legge 241/90, in quanto, sempre per costante giurisprudenza, va respinta la domanda di condanna della P.A. alla corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 in ipotesi di revoca legittima dell'aggiudicazione provvisoria atteso il carattere di instabilità e provvisorietà di detto provvedimento (CdS sez. III 11.7.2012, n. 4116, cit.). A maggior ragione il principio vale per l'annullamento del bando disposto prima di tale fase,

3 In conclusione, il ricorso va respinto unitamente alle richieste risarcitorie e di indennizzo.

3.1 Le particolarità della procedura giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge la domanda risarcitoria e la domanda di riconoscimento dell'indennizzo ex art. 21 quinquies legge 7.8.1990 n. 241.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

Francesca Aprile, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2013

IL SEGRETARIO

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