



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2532 del 2007, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Castiglioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Liberto Losa, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Aurelio Saffi n. 10

contro

Accam S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Franceschet, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Bianca Maria, 21

nei confronti di

Azeta S.p.A., non costituita

per l'annullamento

- della deliberazione in data 20.6.2007 del consiglio di amministrazione di ACCAM Spa relativa alla gara per appalto integrato per l'affidamento e l'esecuzione di opere costituite dal

rinforzo delle strutture di potenziamento dei carroponte esistenti nel sistema di alimentazione del termovalorizzatore;

- dell'atto prot. n. 4790 del 28.6.2007, a firma del responsabile del procedimento, recante ad oggetto "ACCAM S.P.A. – comunicazione di avvio del procedimento per revoca bando pubblicato il 7.11.2006 e relativo affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di opere costituite dal rinforzo delle strutture di supporto per il potenziamento dei carroponte esistenti nel sistema di alimentazione del termovalorizzatore di rifiuti solidi urbani, ubicato nel Comune di Busto Arsizio via Strada comunale di Arconate n. 121 e di ogni atto endoprocedimentale conseguente, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria non comunicata; nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso

e per la condanna di ACCAM S.p.A. al risarcimento dei danni conseguenti agli atti oggetto d'impugnazione;

nonché per l'annullamento, con motivi aggiunti,

- della deliberazione in data 19.5.2008, n. 32 del consiglio di amministrazione di ACCAM S.p.A. relativa alla revoca della gara per appalto integrato per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di opere costituite dal rinforzo delle strutture di potenziamento dei carroponte esistenti nel sistema di alimentazione del termovalorizzatore;

- della nota in data 18.6.2008 prot. n. 3731 ricevuta in data 23.6.2008, con la quale ACCAM S.p.A. ha comunicato l'intervenuta revoca del

bando di gara;

nonché per il conseguente risarcimento dei danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Accam S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente, società operante nel settore delle costruzioni generali, ha partecipato alla gara indetta da ACCAM il 7.11.2006 per opere da realizzare sui carroponte collocati nel termovalorizzatore di proprietà della stazione appaltante.

Prima della conclusione della gara con atto formale la stazione appaltante ha aperto un procedimento per la revoca del bando. Contro l'atto del consiglio di amministrazione che ha disposto l'apertura del procedimento di revoca del bando e contro la comunicazione di avvio del procedimento di revoca la ricorrente ha, con il ricorso principale, sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I) Quanto alla deliberazione del consiglio di amministrazione:

1.1) Violazione dell'art. 7 e 8 L. 241/90 ed eccesso di potere per

mancata comunicazione di avvio del procedimento.

1.2) Difetto di motivazione ed eccesso di potere per carenza di istruttoria in quanto la decisione del consiglio di amministrazione non sarebbe stata adottata a seguito di un'istruttoria tecnica, ma di un giudizio espresso dal Presidente e dal Direttore generale.

1.3) Violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione, difetto di motivazione ed eccesso di potere in quanto le valutazioni contenute nella deliberazione ometterebbero di dare conto del concreto interesse pubblico alla revoca della gara, con conseguente lesione dell'affidamento prestato dalla ricorrente negli atti di gara.

1.4) Eccesso di potere per travisamento ed illogicità in quanto la sostituzione delle travi precomprese con travi reticolari in acciaio avrebbe potuto essere effettuata con una variante al progetto, senza necessità di revocare la gara.

II) Invalidità derivata della comunicazione di avvio del procedimento di revoca del bando.

Chiede quindi il risarcimento dei danni per illegittimità della revoca o in subordine per responsabilità contrattuale o, in estremo subordine, chiede il pagamento dell'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies L. 241/90.

La difesa della stazione appaltante ha chiesto la reiezione del ricorso.

2. Con il ricorso per motivi aggiunti la ricorrente impugna l'atto finale di revoca per i seguenti motivi.

I) Invalidità derivata.

II) Difetto di motivazione ed eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazione in quanto vi sarebbe contraddizione tra le ragioni poste alla base dell'avvio del procedimento di revoca e la situazione accertata dal tecnico incaricato dalla stazione appaltante.

In secondo luogo il tecnico di parte avrebbe espresso un mero consiglio che avrebbe richiesto ulteriori approfondimenti istruttori.

Chiede quindi il risarcimento dei danni per illegittimità della revoca o in subordine per responsabilità precontrattuale o, in estremo subordine, chiede il pagamento dell'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies L. 241/90.

La difesa della stazione appaltante ha chiesto la reiezione anche del visto ricorso.

All'udienza dell'8 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale è in parte infondato ed in parte inammissibile.

1.1 Il primo motivo di ricorso è infondato in quanto la deliberazione del consiglio di amministrazione di ACCAM S.p.A. in data 20.6.2007 è l'atto con il quale il consiglio di amministrazione ha deciso di aprire un procedimento per la revoca del bando di gara pubblicato in data 7 novembre 2006 e, come tale, non doveva essere preceduto da comunicazione di avvio del procedimento.

Infatti dal contenuto dell'atto e dal successivo contegno

dell'amministrazione risulta chiaro che l'intenzione della stazione appaltante era quello di rivedere le scelte progettuali effettuate con le ovvie ricadute sugli atti di gara, senza che dal contenuto dell'atto possa desumersi che esso fosse già la manifestazione di una volontà definitiva.

L'atto si presenta piuttosto come una proposta di provvedimento, dal contenuto non ancora ben definito, idonea ad aprire il procedimento di revoca del bando, al quale l'amministrazione ha fatto seguire un'istruttoria specifica, con la nomina di un perito di parte.

Ne consegue che tale comunicazione svolge la funzione di comunicare una manifestazione di volontà già formata, intesa a verificare in contraddittorio l'esistenza dei presupposti per l'esercizio di un potere.

Il primo motivo di ricorso va quindi respinto.

1.2 Il secondo motivo è infondato in quanto la deliberazione impugnata è un atto di iniziativa della stazione appaltante che ha il contenuto di proposta, con cui si formula un giudizio (tecnico o amministrativo) circa l'emanazione ed il contenuto del futuro provvedimento.

Ne consegue che essa non doveva essere emanata a seguito di un'istruttoria tecnica o con una motivazione specifica od essere accompagnata da una documentazione tecnica specifica, che devono accompagnare solo l'atto di conclusione del procedimento.

Il secondo motivo di ricorso va quindi respinto.

1.3 Il terzo motivo di ricorso è infondato in quanto la soluzione progettuale proposta dal presidente e dal direttore generale di ACCAM, in quanto mero atto di proposta, non doveva essere accompagnata da una motivazione complessa, essendo rimesso l'approfondimento dell'atto di iniziativa procedimentale, alla successiva fase istruttoria.

Il terzo motivo di ricorso va quindi respinto.

1.4 Il quarto motivo di ricorso è infondato in quanto le soluzioni progettuali indicate nella proposta del presidente e del direttore generale di ACCAM Spa erano una mera proposta ed avevano lo scopo principale di proporre scelte tecniche, ancora non definitive, finalizzate a ridurre i costi dei lavori.

Il motivo va quindi respinto.

II) L'impugnazione della comunicazione di avvio del procedimento va dichiarata inammissibile in quanto si tratta di atto non idoneo a ledere gli interessi legittimi della ricorrente.

Il motivo va quindi dichiarato inammissibile per carenza di interesse a ricorrere.

La legittimità degli atti impugnati comporta la reiezione della domanda risarcitoria.

In definitiva quindi il ricorso principale va respinto.

2. Venendo ora al ricorso per motivi aggiunti occorre rilevare che è infondata la domanda di annullamento dell'atto di revoca, mentre è

fondata la domanda risarcitoria.

Per quanto attiene alla domanda di annullamento il primo motivo aggiunto è infondato in quanto la proposta di revoca è legittima. Esso va quindi respinto.

Il secondo motivo è infondato in quanto dall'istruttoria svolta dalla stazione appaltante risulta la possibilità di scelte progettuali più limitate capaci di comportare un notevole risparmio di spesa per la stazione appaltante rispetto ai lavori oggetto dell'appalto.

Nel merito delle singole scelte la giurisprudenza (Cons. Stato, VI, 5 settembre 2011 n. 5002) ha chiarito che “la necessità di tale nuova progettazione, alla quale non poteva corrispondere la gara già indetta e in avanzata fase di espletamento per la realizzazione di un’opera del tutto difforme, costituiscono apprezzamenti espressivi della discrezionalità dell’Amministrazione e che, non apparendo né illogici né irrazionali, non possono essere oggetto di esame da parte del giudice”.

Anche la scelta effettuata dal consiglio di amministrazione di ricercare soluzioni tecniche riduttive che comportassero una riduzione significativa dei costi dei lavori afferiscono al merito amministrativo: e, d'altra parte, per consolidato principio giurisprudenziale, va ribadito che anche dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente l'Amministrazione conserva il potere di revocare la gara, per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico, consistenti pure in un diverso apprezzamento dei

medesimi presupposti già considerati, esigenze in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa (di tale principio costituisce codificazione l'art. 21-quinquies l. agosto 1990, n. 241).

Né, d'altro canto, le ragioni tecniche poste nella relazione peritale a fondamento dell'opportunità di interventi meno invasivi rispetto ai macchinari esistenti (pericoli relativi alla stabilità del terreno nel caso di un aggravio di peso derivate dai nuovi lavori in progetto; possibilità di un intervento più mirato sui carri ponte) appaiono al Collegio erronee in modo macroscopico, né la ricorrente ha dato prova dell'infondatezza delle scelte tecniche contenute nella relazione del prof. Miranda, con la conseguenza che la scelta della revoca deve ritenersi legittima.

Neppure le differenze tra la deliberazione di apertura del procedimento di revoca e la relazione del tecnico incaricato sono sintomi dell'illegittimità della scelta effettuata dalla stazione appaltante, in quanto quest'ultima si è conformata alle indicazioni provenienti dal tecnico incaricato, dimostrando così che le indicazioni emerse in una fase antecedente all'intervento del tecnico avevano come scopo solo quello di rimettere in discussione le scelte tecniche operate con il progetto messo a base di gara.

L'azione di annullamento dell'atto di revoca della gara va quindi respinta.

Deve invece ritenersi fondata l'azione risarcitoria per responsabilità

precontrattuale.

Premesso che l'avvenuto riconoscimento della legittimità della revoca non contraddice l'eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale, ma ne fonda anzi la condizione imprescindibile (giacché, in caso di illegittimità della revoca e quindi del suo annullamento, si imporrebbe la ripresa della gara, ovvero il risarcimento per equivalente anche in relazione al mancato utile relativo alla specifica gara revocata: Cons. Stato, IV, 7 luglio 2008 , n. 3380), va ricordato che, nel caso di revoca legittima degli atti della procedura di gara, può sussistere una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nel caso di affidamenti suscitati nella impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi (Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; V, 30 novembre 2007, n. 6137; 8 ottobre 2008, n. 4947; 11 maggio 2009, n. 2882; VI, 17 dicembre 2008, n. 6264): l'impresa, infatti, può aver confidato sulla possibilità di diventare affidataria e, ancor più, in caso di aggiudicazione intervenuta e revocata, sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso (Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2005).

Invero, il comportamento tenuto dall'Amministrazione fonda la responsabilità ex art. 1337 Cod. civ. ove risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede, e ove tale comportamento abbia ingenerato un danno in chi ha incolpevolmente fatto affidamento nella legittimità dell'azione della stazione appaltante. In

tal caso il risarcimento riguarda il solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali: Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, da considerare soltanto in caso di revoca illegittima.

In merito occorre rilevare che la stazione appaltante ha deciso di aprire un procedimento di revoca degli atti di gara ben quattro mesi (20 giugno 2007) dopo la sostanziale conclusione della gara da parte della Commissione (9 febbraio 2007) e con l'aggiudicazione provvisoria disposta a favore della ricorrente, sebbene non ancora comunicata.

Il procedimento si è poi protratto per un tempo particolarmente lungo, concludendosi solo con la deliberazione del consiglio di amministrazione di ACCAM S.p.A. n. 32 del 19.5.2008, comunicata alla ricorrente in data 18.6.2008.

Sono così decorsi quasi due anni dall'avvio della gara e quasi un anno e mezzo dalla sua sostanziale conclusione.

Si tratta di un comportamento che, oltre a violare i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi previsti dalla legge, viola i principi di correttezza e buona fede, canonizzati dall'art. 1337 c.c., che avrebbero imposto di svolgere il procedimento di revisione progettuale in tempi ragionevoli in modo tale da salvaguardare la posizione della controparte nelle trattative.

Per quanto attiene alla misura del risarcimento del danno esso dev'essere compreso nei limiti dell'interesse negativo, trattandosi di danno da responsabilità precontrattuale e quindi non potrà comprendere la perdita di chance, trattandosi di una voce di lucro cessante che spetta nel solo caso di responsabilità extracontrattuale derivante da atti illegittimi.

Venendo alla quantificazione di tale danno, la ricorrente ha dato prova esclusivamente delle spese sopportate per la partecipazione alla gara.

In merito occorre rilevare che tali spese non possono considerarsi non provate, come afferma la difesa della stazione appaltante, in quanto la ricorrente indica con precisione gli estremi dei documenti che fanno prova delle spese effettuate per l'acquisto di beni e servizi (di cui quelle relative ai CD di gara provenienti da ACCAM Spa) con la conseguenza che deve ritenersi che tali documenti siano in suo possesso.

Per quanto riguarda, invece, le voci di spesa relativa al lavoro del personale addetto al confezionamento della domanda di gara e dell'offerta, occorre rilevare che tali spese non paiono irragionevoli né in termini di orario né in termini di costo unitario.

Deve invece escludersi la spesa relativa all'acquisto di CD di gara precedentemente annullata, trattandosi di spesa estranea al procedimento in questione.

In definitiva quindi il danno è pari ad euro 3.921,31.

Sulla somma sono dovuti gli interessi dalla liquidazione al saldo.

L'accoglimento della domanda risarcitoria comporta l'assorbimento della domanda indennitaria ex art. 21 quinquies L. 241/90.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile il ricorso principale.

Respinge in parte ed in parte accoglie il ricorso per motivi aggiunti e di conseguenza condanna Accam Spa al risarcimento dei danni a favore della ricorrente ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna la stazione appaltante al pagamento delle spese processuali a favore della ricorrente che liquida in € 3.500,00, oltre IVA, CPA e alla rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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