



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 della Valle D'Aosta
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 44 del 2012, proposto da:

- Industria Servizi Ecologici Società per Azioni – Iseco S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni Borney e Domenico Bezzi, e domiciliata per legge in Aosta, Piazza Accademia S. Anselmo n. 2, presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

- la Regione Valle d'Aosta, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Gianni Maria Saracco, ed elettivamente domiciliata in Aosta, Piazza Deffeyes n. 1, presso il Dipartimento Legislativo e Legale Regionale;

nei confronti di

- Idea Holding S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-

tempore, non costituita in giudizio;

- Negri S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Davide Boschi, e domiciliata per legge in Aosta, Piazza Accademia S. Anselmo n. 2, presso la Segreteria del T.A.R.;

per l'annullamento

- del provvedimento dirigenziale n. 2273 del 24/05/2012, comunicato in data 25/05/2012, con il quale la Stazione appaltante Regione autonoma Valle d'Aosta, Assessorato all'Agricoltura ed alle Risorse naturali, ha "denegato" l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento in concessione del servizio di gestione del Centro regionale per il trattamento del siero alla società Iseco s.p.a.;

- per il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata aggiudicazione;

- in via subordinata, per il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità precontrattuale della P.A. ovvero per l'attribuzione di equo indennizzo ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 241 del 1990.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Valle d'Aosta e di Negri S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 14 novembre 2012, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 22 giugno 2012 e depositato il 28 giugno successivo, la società ricorrente ha impugnato il provvedimento dirigenziale n. 2273 del 24/05/2012, comunicato in data 25/05/2012, con il quale la Stazione appaltante Regione autonoma Valle d'Aosta, Assessorato all'Agricoltura ed alle Risorse naturali, ha "denegato" l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento in concessione del servizio di gestione del Centro regionale per il trattamento del siero alla medesima ricorrente ed ha chiesto il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata aggiudicazione; in via subordinata, è stato chiesto il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità precontrattuale della p.a. ovvero l'attribuzione di equo indennizzo ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 241 del 1990.

A sostegno del ricorso viene dedotta anzitutto la censura di incompetenza.

La gara è stata indetta con una Delibera di Giunta – n. 1927 del 19 agosto 2011 – mentre è stata revocata con il provvedimento dirigenziale impugnato. Ciò sarebbe avvenuto in violazione del principio del *contrarius actus* che attribuisce la competenza ad adottare atti di secondo grado o di autotutela allo stesso organo che

ha emanato l'atto annullato.

Con ulteriori censure vengono dedotte la violazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990 per insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto prescritti dalla legge per disporre legittimamente la revoca del provvedimento amministrativo e conseguentemente per violazione dei principi di buon andamento, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa di cui agli artt. 97 Cost. e 1 della legge n. 241 del 1990.

Il potere di revoca in sede di autotutela dovrebbe trovare il suo fondamento nella salvaguardia dell'interesse pubblico; la ragione che avrebbe indotto la stazione appaltante a revocare l'aggiudicazione alla ricorrente – ossia l'indisponibilità da parte dell'Amministrazione di fondi in grado di coprire il rialzo effettuato dalla ricorrente rispetto al corrispettivo indicato a base d'asta – sarebbe contraddetta dalle puntuali previsioni della lex specialis, che avrebbe espressamente ammesso un rialzo anche superiore al 20%, rispetto alla cifra posta a base d'asta. Pertanto nessuna ragione legittima avrebbe potuto giustificare la determinazione assunta dalla stazione appaltante.

Con un successivo gruppo di censure si assume l'illegittimità del provvedimento impugnato per eccesso di potere, illogicità e contraddittorietà manifesta e difetto di motivazione.

L'offerta economica predisposta dalla ricorrente sarebbe stata addirittura migliore di quella dell'originaria aggiudicataria provvisoria – classificatasi al primo posto, davanti alla ricorrente, ma

successivamente estromessa per irregolarità – e ciò dimostrerebbe il contraddittorio comportamento della Stazione appaltante, in considerazione della circostanza che, avendo ritenuto sostenibile una offerta più onerosa, certamente non si sarebbe potuta ritenere fuori mercato l'offerta dell'odierna ricorrente. Del resto sarebbe stato ben noto il costo del servizio, attualmente gestito in via provvisoria dalla stessa ricorrente e a costi superiori rispetto a quelli offerti in sede di gara.

Poi vengono dedotti l'eccesso di potere, la contraddittorietà manifesta, l'illogicità e il difetto di motivazione.

Lo stanziamento di bilancio per far fronte ai costi derivanti dall'aggiudicazione del servizio sarebbe stato soltanto pari alla base d'asta, nonostante nel bando si prevedesse la possibilità di aumento, anche superiore al 20%. Ciò avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione, successivamente all'individuazione dell'aggiudicataria, a stanziare una cifra ulteriore in grado di coprire i costi del servizio. Il comportamento della stazione appaltante sarebbe stato tanto più grave in quanto per l'offerta dell'originaria aggiudicataria provvisoria la copertura sarebbe stata ritenuta sussistente, nonostante la parte economica della stessa fosse nettamente superiore a quella dell'odierna ricorrente.

Infine, viene dedotta la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

La Stazione appaltante avrebbe dovuto comunicare all'odierna

ricorrente l'intenzione di non procedere all'aggiudicazione in suo favore, consentendo a quest'ultima di interloquire e sostenere le sue tesi che avrebbero potuto determinare un diverso esito del procedimento.

Infine viene formulata, in via subordinata, l'istanza risarcitoria per violazione dei criteri di correttezza e buona fede.

La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione sarebbe evidente e riguarderebbe il danno emergente, il danno curriculare e il lucro cessante rispetto alle ulteriori occasioni non sfruttate. Si tratterebbe di una cifra pari al 5% del valore complessivo dell'appalto, oltre alle spese documentate.

Inoltre la ricorrente avrebbe subito un danno anche dall'accesso ai suoi atti prodotti nella gara e consentito alla controinteressata Idea Holding.

Si sono costituite in giudizio la Regione Valle d'Aosta e la controinteressata Negri S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 14 novembre 2012, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 15 novembre 2012 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 92/2012, come per legge.

DIRITTO

1. Il ricorso è da accogliere nei sensi di seguito specificati.
2. Con la prima censura si assume l'illegittimità del provvedimento impugnato per violazione delle norme sulla competenza, atteso che

quest'ultimo è stato adottato dal dirigente e non dalla Giunta regionale, pur trattandosi dell'esercizio del potere di autotutela in rapporto ad un atto emanato dalla Giunta.

2.1. La doglianza è infondata.

La Giunta regionale, con la deliberazione n. 1927 del 19 agosto 2011, stabiliva che l'attività di trattamento del siero proveniente dai caseifici della Valle d'Aosta, svolta dal Centro di raccolta ed essiccamento di Saint-Marcel, era da annoverarsi tra i servizi pubblici e quindi la concessione dello stesso, consistente nella gestione, nella manutenzione straordinaria e nel revamping, avrebbe dovuto essere affidata tramite gara.

Con provvedimento dirigenziale n. 3961 del 13 settembre 2011, veniva indetta la gara di appalto mediante procedura aperta e si approvava il relativo bando. All'esito della gara veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria la società Idea Holding s.p.a., che, in un secondo tempo, veniva esclusa per irregolarità relative al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

A questo punto, la Stazione appaltante, invece di procedere all'aggiudicazione provvisoria in favore dell'odierna ricorrente, seconda classificata, decideva, con il provvedimento dirigenziale impugnato in questa sede, di procedere all'annullamento dell'intera procedura in ragione dell'eccessiva onerosità dell'offerta presentata dalla ricorrente: quest'ultima aveva presentato un'offerta in aumento superiore al 20% rispetto alla cifra posta a base d'asta, che pur

ritenuta ammissibile, non veniva considerata sostenibile dall'Amministrazione per mancanza dei fondi disponibili in bilancio. Come emerge dalla lettura del provvedimento impugnato, l'esercizio del potere di autotutela si è estrinsecato verso il provvedimento dirigenziale di indizione della procedura di gara per l'affidamento del servizio (determinazione n. 3961 del 13 settembre 2011) e non verso la deliberazione di Giunta n. 1927 del 2011, che non risulta incisa, nemmeno in parte, dal provvedimento oggetto di questo giudizio. Del resto, conferma la correttezza di una tale interpretazione anche la circostanza – emergente dall'ultima memoria depositata dalla Regione – che è in fase di predisposizione un nuovo bando di gara per la concessione del servizio di essiccamento del siero, dimostrandosi in tal modo che l'atto impugnato nella presente sede ha annullato soltanto il provvedimento dirigenziale che nel 2011 aveva stabilito di dar corso ad una procedura comparativa per l'affidamento in concessione del servizio di essiccazione del siero.

2.2. Ciò determina il rigetto della presente censura.

3. Con una successiva doglianza si assume l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto l'esercizio del potere di autotutela avrebbe dovuto rinvenire il suo fondamento nella salvaguardia dell'interesse pubblico, già cristallizzato nelle previsioni della lex specialis che avrebbe consentito una possibilità di aumento rispetto alla base d'asta superiore al 20%, con la conseguenza di concretizzare uno sviamento di potere.

3.1. La censura non è fondata.

L'atto impugnato in questa sede non soltanto ha negato l'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente, ma altresì provveduto all'annullamento di tutta la procedura comparativa, compreso il bando di concorso. Di conseguenza non vi è alcuna contraddizione nell'azione dell'Amministrazione, visto che la rimozione della *lex specialis* è pienamente supportata dalla valutazione in ordine alla non sostenibilità economica dell'offerta prodotta dalla ricorrente ed anzi ne costituisce il presupposto giustificativo.

Difatti secondo una pacifica giurisprudenza “nei contratti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale occorre dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela. Per le stesse ragioni può richiamarsi quella giurisprudenza che individua nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera [o la remunerazione del servizio] quell'interesse pubblico che giustifica il provvedimento di revoca (Adunanza Plenaria, 5 settembre 2005, n.6). A ciò aggiungasi che la giurisprudenza ha reputato legittimo il diniego di approvazione degli atti di una gara d'appalto motivato con riferimento alla mancanza dei fondi necessari per la realizzazione dell'opera, atteso che il corretto svolgimento dell'azione amministrativa ed un principio generale di contabilità pubblica risalente all'art. 81 della Costituzione esigono

che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto se provvisti di adeguata copertura finanziaria” (Consiglio di Stato, III, 11 luglio 2012, n. 4116).

3.2. Pertanto anche questa censura deve essere rigettata.

4. Ulteriormente, viene dedotta – con i motivi terzo e quarto, da esaminarsi congiuntamente in quanto connessi – l’illegittimità del provvedimento impugnato sia in ragione della circostanza che l’offerta economica predisposta dalla ricorrente sarebbe stata addirittura migliore di quella dell’originaria aggiudicataria provvisoria, evidenziando una contraddizione del comportamento dell’Amministrazione che avrebbe ritenuto, paradossalmente, sostenibile una offerta più onerosa di quella dell’odierna ricorrente, pur a fronte della conoscenza del costo del servizio; sia per il mancato stanziamento di una ulteriore cifra per far fronte alle offerte in aumento, espressamente previste dal bando di concorso, anche in misura superiore al 20%.

4.1. Le doglianze sono infondate.

Come dedotto esattamente dalla difesa regionale, l’originaria prima classificata è stata esclusa dalla gara per irregolarità riguardanti gli obblighi dichiarativi di cui all’art. 38 del Codice dei contratti pubblici, e quindi in una fase in cui non era stata ancora sottoposta a verifica la sostenibilità della sua offerta economica, asseritamente più onerosa rispetto a quella della ricorrente. Del resto, una volta esclusa dalla gara l’aggiudicataria provvisoria, non avrebbe avuto alcun senso

logico, prima che di opportunità, sottoporre in ogni caso l'offerta della stessa impresa a valutazione di sostenibilità economica. Pertanto, nessuna contraddizione da questo punto di vista si rinviene nell'operato della Stazione appaltante.

4.2. Quanto al mancato stanziamento di una ulteriore somma per coprire il corrispettivo del servizio, come risultante dalle offerte in aumento, va ribadita l'eshaustività della motivazione che ha indotto l'Amministrazione a porre nel nulla gli atti della procedura e legata alla scarsità delle risorse economiche disponibili, anche in considerazione dell'arco temporale (venti anni) interessato dall'affidamento del servizio.

4.3. Ciò determina il rigetto anche di queste censure.

5. Con l'ultima doglianza si eccepisce la violazione dell'obbligo di comunicare, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, all'odierna ricorrente l'intenzione di non procedere all'aggiudicazione in suo favore, consentendole in tal modo di interloquire nel corso del procedimento.

5.1. La doglianza è priva di pregio.

“L'aggiudicazione provvisoria, caratterizzandosi per la sua natura endoprocedimentale, è considerata, dalla consolidata giurisprudenza amministrativa, quale provvedimento instabile i cui effetti interinali non impongono che la stessa sia preceduta dall'avviso di cui all'art. 7 L. n. 241 del 1990. L'aggiudicazione provvisoria, infatti, quale atto che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto

aggiudicatario della gara, non costituisce atto conclusivo del procedimento, facendo nascere in capo all'interessato un mera aspettativa alla conclusione del procedimento (cfr. Cons. St., sez. V, 23 giugno 2010, n. 3966). Ne consegue che l'aggiudicazione provvisoria è per sua natura inidonea, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale prima della revoca in autotutela” (Consiglio di Stato, III, 11 luglio 2012, n. 4116).

La ragione dell'assenza di un obbligo per l'Amministrazione di comunicare alla ricorrente l'avvio del procedimento va rinvenuta nella circostanza che il procedimento viene avviato con l'atto di indizione della gara e si conclude soltanto con l'aggiudicazione definitiva, restando tutti gli altri accadimenti, compreso il segmento relativo alle questioni riguardanti l'aggiudicazione provvisoria, confinati nel medesimo procedimento di gara.

5.2. Pertanto anche questa censura va respinta.

6. In via subordinata, viene proposta un'istanza risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione dei criteri di correttezza e buona fede.

6.1. L'istanza risarcitoria è fondata.

E' pacifico in giurisprudenza che “in 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 (C.d.S., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002; C.d.S., Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; C.d.S., Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; C.d.S., Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; C.d.S., Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; C.d.S., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6), potendo aver confidato l'impresa nella possibilità di diventare affidataria e, ancor più, in caso di aggiudicazione intervenuta e revocata, nella disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso" (Consiglio di Stato, VI, 15 marzo 2012, n. 1441).

Nel caso di specie, il comportamento dell'Amministrazione deve ritenersi idoneo a ingenerare in capo alla ricorrente una situazione di affidamento qualificato, atteso che la strutturazione della gara, attraverso la previsione della possibilità di proporre offerte in aumento anche superiori al 20% rispetto alla base d'asta, successivamente ritenuta economicamente insostenibile dalla stessa Amministrazione regionale – pur a fronte di una offerta ritenuta pienamente ammissibile da parte del seggio di gara – determina una violazione, quantomeno colposa (da cui si può comunque prescindere secondo Corte di Giustizia UE, 30 settembre 2010, C-314/09), dei doveri di correttezza e buona fede oggettiva da osservarsi nella fase delle trattative precontrattuali, con la conseguente sussistenza di responsabilità risarcitoria fondata sull'art. 1337 cod. civ.

In ordine alla quantificazione del danno va evidenziato che, “in tema di responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del precetto posto dall’art. 1337 cod. civ., l’ammontare del danno risarcibile va determinato, tenendo conto dalla peculiarità dell’illecito e dalle caratteristiche di detta responsabilità che postula il coordinamento tra il principio, secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto, ed il principio, secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente: non essendo stato stipulato, infatti, il contratto, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all’inadempimento contrattuale, posto che non sono ancora acquisiti i diritti che sarebbero nati dal contratto e che non possono quindi essere lesi.

Per altro verso, l’interesse giuridico leso, a seguito dell’illecito precontrattuale in discorso, è unicamente quello al corretto svolgimento delle trattative, per cui il danno che ne consegue è necessariamente circoscritto al c.d. interesse negativo (contrapposto all’interesse all’adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita, a causa della trattativa inutilmente intercorsa, di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso” (Consiglio di Stato, VI, 15 marzo 2012, n. 1441; altresì, 5 settembre 2011, n. 5002)

Nel caso di specie, in mancanza di una puntuale prova in ordine al

quantum del danno risarcibile, si può procedere ad una valutazione equitativa dell'entità del risarcimento, nel quale vanno ricomprese le spese inutilmente sopportate per la partecipazione alla gara e la perdita di ulteriori occasioni contrattuali, mentre non può essere ristorato il danno curriculare giacché la revoca della gara non appare illegittimamente assunta e quindi l'appalto comunque non sarebbe potuto essere eseguito (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, I, 11 ottobre 2012, n. 1756).

Per parametrare il danno si può far riferimento alla base d'asta per una singola annualità – 600.000 € – e quantificarlo nel 2% di tale cifra, ossia in 12.000 €, con interessi e rivalutazione dal deposito della sentenza e fino al saldo.

6.2. Non può invece essere presa in considerazione la richiesta di indennizzo, visto che la stessa è stata proposta soltanto in via subordinata e alternativa rispetto a quella risarcitoria.

7. Infine, va respinta la domanda di risarcimento riferita ad un presunto – non provato – danno derivante dall'accesso agli atti di gara della ricorrente da parte della controinteressata, atteso che, per la materia dell'accesso agli atti, è previsto un rito processuale speciale al fine di far valere tutte le pretese riguardanti il predetto diritto e i suoi limiti, anche sotto il profilo squisitamente risarcitorio.

8. In conclusione, il ricorso va respinto con riferimento alla domanda di annullamento dell'atto con cui è stata negata l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento in concessione del servizio di gestione

del Centro regionale per il trattamento del siero alla società ricorrente, mentre va accolto, secondo quanto specificato in precedenza, con riferimento alla domanda di risarcimento del danno precontrattuale.

9. Le spese vengono regolate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando, accoglie, ai soli fini risarcitori, ai sensi e per gli effetti specificati in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe.

Condanna la Regione Valle d'Aosta al pagamento delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente nella misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre oneri di legge; le compensa per il resto. Condanna la Regione Valle d'Aosta alla rifusione del contributo unificato sempre a favore della ricorrente.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del 14 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Marco Poppi, Primo Referendario

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2012

IL SEGRETARIO

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