



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 291 del 2009, proposto da:

Ecosesto Spa, rappresentato e difeso dagli avv.ti Serena Filippi, Mario Alberto Quaglia, Francesco Adavastro, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Alberto Quaglia in Genova, via Roma 3/9;

contro

Provincia di Imperia, rappresentato e difeso dall'avv. Piergiorgio Alberti, con domicilio eletto presso l'avv. Piergiorgio Alberti in Genova, via Corsica 2/11; A.T.O Ambito Territoriale Ottimale Imperiese;

per l'accertamento e condanna

al risarcimento danni per effetto di illegittima esclusione da procedura ristretta di gara per affidamento ventennale del servizio di recupero e smaltimento rifiuti solidi urbani con realizzazione impianti funzionali e conseguente mancata aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Imperia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2012 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori Avv.Adavastro-Avv.Alberti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente già, facente parte del costituendo raggruppamento di imprese con la T.T.R. S.r.l. (in seguito incorporata per fusione nella ricorrente Ecosesto S.p.A.), partecipava alla gara indetta dalla Provincia di Imperia per l'affidamento del servizio ventennale di recupero e smaltimento rifiuti solidi urbani con produzione di CDR e compostaggio della frazione organica proveniente da raccolta differenziata, da espletarsi anche a mezzo di impianto di produzione di CDR e discarica accessoria da realizzare a cura dell'aggiudicatario.

Esclusa insieme alle altre due imprese che avevano presentato offerta dalla gara che veniva dichiarata deserta per mancanza di ulteriori concorrenti.

Parte ricorrente e T.T.R. S.r.l. impugnavano l'esclusione dinanzi a questo T.A.R., con due distinti ricorsi, chiedendo

l'annullamento del provvedimento di esclusione e il risarcimento del danno.

L'adito T.A.R., riuniti i giudizi, con sentenza n. 1737/2004, respingeva i ricorsi.

Parte ricorrente proponeva appello al Consiglio di Stato, sia in proprio che quale società subentrata a T.T.R. S.r.l. in seguito a fusione per incorporazione.

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4654/2006, accoglieva l'appello annullando il provvedimento di esclusione, insieme alla dichiarazione di gara deserta.

Dichiarava, però, allo stato inammissibile l'istanza risarcitoria "dovendo l'Amministrazione provinciale riesaminare la situazione sulla base delle statuizioni" della stessa sentenza e della circostanza che era stato nel frattempo approvato il nuovo piano di gestione dei rifiuti solidi urbani con cui la medesima Amministrazione ha deciso di abbandonare la precedente metodologia per l'utilizzazione di un nuovo sistema di termovalorizzazione.

Di seguito parte ricorrente proponeva giudizio di ottemperanza affinché l'Amministrazione provvedesse al riesame della situazione in atto alla luce della sentenza del Consiglio di Stato.

A quel punto l'Amministrazione avviava il procedimento per la revoca degli atti di gara e, con deliberazione della Giunta provinciale n. 571 del 23.12.2008, provvedeva in autotutela alla revoca della precedente deliberazione n. 331 del 7.5.1999 (che aveva indetto la gara) nonché tutti gli atti conseguenti, in particolare il bando di gara.

Nel medesimo provvedimento l'Amministrazione si esprimeva negativamente sulla richiesta di risarcimento danni ricevuta dalla società ricorrente.

Il giudizio di ottemperanza veniva, quindi, dichiarato improcedibile per sopravvenuta carena di interessi per essersi l'Amministrazione determinata con il suddetto provvedimento di revoca.

La ricorrente proponeva quindi il ricorso in esame chiedendo alla Provincia di Imperia il risarcimento dei danni, ex art. 2043 e 2056 cod. civ., subito a causa della legittima esclusione dalla procedura di gara, così come accertata dalla suindicata sentenza del Consiglio di Stato, e dalla revoca degli atti di gara di cui alla Delibera di Giunta Provinciale n. 571 del 23.12.2008 o, in subordine, il risarcimento per violazione delle regole di buona fede e correttezza e lesione del legittimo affidamento, ai sensi dell'art. 1337 e 1338 cod. civ..

Inoltre impugnava, per quanto fosse occorso, (i) il provvedimento con cui era stata disposta la revoca, nella parte in cui si era espresso per il diniego del diritto al risarcimento del danno; nonché (ii) il punto 15 del bando di gara e il punto 11 della lettera di invito che disponevano una clausola di esenzione di responsabilità per l'ipotesi di revoca in autotutela degli atti di gara.

Si costituiva la Provincia di Imperia formulando argomentazioni difensive, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica del ricorso a tutti i Comuni facenti parte dell'A.T.O. e chiedendo nel merito il rigetto della domanda.

La causa veniva chiamata all'udienza pubblica del 15.11.2012 e trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il via preliminare il Collegio rileva l'infondatezza dell'eccezione sollevata dalla Provincia intimata relativa all'inammissibilità del ricorso per omessa notifica del ricorso a tutti i Comuni facenti parte dell'A.T.O. di Imperia.

In particolare, la difesa della Provincia ha rilevato che essendo stata impugnata, fra l'altro, la deliberazione dell'A.T.O. di Imperia del 14.11.2008, n. 17, che aveva espresso il proprio indirizzo favorevole alla revoca della deliberazione G. P. n. 331/1999, il ricorso sarebbe dovuto essere stato notificato a tutti i Comuni facenti parte dell'A.T.O., non essendo quest'ultimo una organismo dotato di personalità giuridica.

Al riguardo, il Collegio osserva come, al di là della questione della autonoma soggettività giuridica dell'A.T.O. a fini processuali, la deliberazione dell'A.T.O. in questione non risulti essere atto determinante ai fini della fondatezza o meno della domanda risarcitoria e la mancata notifica ai contraddittori necessari renderebbe

inammissibile il ricorso nei soli confronti dell'impugnativa di tale delibera con effetti ininfluenti sugli esiti finali del giudizio risarcitorio..

Quanto al merito del giudizio la domanda risarcitoria della società ricorrente non è fondata.

Innanzitutto il Collegio rileva come il capo del provvedimento di revoca che dichiara non doversi corrispondere alcun risarcimento non assume valore provvedimento in senso stretto, non trattandosi di esercizio di potere pubblico e ponendosi come mera dichiarazione volta a negare un diritto risarcitorio posta sul piano paritario con la controparte.

Della stessa non andrà quindi valutata la legittimità, alla stregua dei criteri di rilevanza dei vizi dell'atto amministrativo, bensì la fondatezza sostanziale.

Seppure ormai sia incontestabile l'illegittimità del provvedimento di esclusione e la dichiarazione di gara deserta in quanto acclarata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4654/2006, nondimeno l'illegittimità dell'esclusione dalla gara non ha dato luogo ad alcun pregiudizio suscettibile di ristoro patrimoniale secondo quanto richiesto dalla società ricorrente.

Il giudice d'appello ha già statuito di non poter allo stato liquidare alcun risarcimento in quanto l'Amministrazione sarebbe dovuta reintervenire sulla vicenda tenendo conto anche della circostanza che nel frattempo aveva provveduto ad approvare il nuovo piano di gestione dei rifiuti solidi urbani con cui aveva deciso di abbandonare la precedente metodologia per l'utilizzazione di un nuovo sistema di termovalorizzazione.

La stazione appaltante dopo l'accertamento dell'illegittimità dell'esclusione, ma prima di aprire le offerte economiche, ha revocato gli atti della procedura di gara.

L'atto di revoca della procedura di gara non è stato impugnato.

Sicché, in assenza del provvedimento di aggiudicazione, senza nemmeno conoscere il contenuto dell'offerta economica presentata dalla ricorrente, contrariamente a quanto essa suppone, non è affatto invocabile l'orientamento giurisprudenziale che ha affermato non essere ostativo al risarcimento del danno in materia di procedure ad evidenza pubblica l'intervento di un atto di revoca assunto in via di autotutela ancorché quest'ultimo sia legittimo (Cons. Stato Sez. IV, 7-02-2012, n. 662). Né per la stessa ragione è utilmente applicabile l'indirizzo a mente del quale non costituisce ostacolo al riconoscimento della responsabilità patrimoniale dell'ente, la mancata impugnazione del provvedimento di revoca (T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 19-10-2011, n. 1552; Cons. Stato Sez. VI, 5-9-2011, n. 5002).

Del resto la c.d. perdita di chance su cui la ricorrente fonda la domanda di risarcimento del danno presuppone l'effettiva sussistenza d'aspettativa giuridica qualificata alla conclusione del contratto d'appalto, che nel caso in esame difetta in assoluto posto che la procedura s'è arrestata senza che sia stata conosciuto il contenuto dell'offerta economica.

In altri termini la chance non raggiunge la soglia del 50% di probabilità di successo a cui fa riferimento la giurisprudenza consolidata per ritenerla risarcibile.

Situazione di fatto ostativa al ristoro della perdita di chance addebitabile allo stesso comportamento processuale della ricorrente che a riguardo non ha assolto ad alcun onere probatorio in ordine al nesso di causalità fra illegittimità dell'esclusione dalla gara e danno ingiusto. In misura tale da non consentire d'esperire il giudizio prognostico su base oggettiva che fonda la chance risarcibile.

Aggiungasi che l'Amministrazione ha esercitato la potestà di autotutela in fase ben anteriore all'individuazione della parte contraente, sicché in difetto di gravame, la revoca esplica i propri effetti senza che sia invocabile il regime della responsabilità precontrattuale in ordine al comportamento scorretto tenuto dall'amministrazione.

In presenza d'atto d'autotutela, pienamente efficace perché non impugnato, e senza che la ricorrente (non sono) non

sia stata individuata come aggiudicataria, ma di cui non si conosca (nemmeno) il contenuto dell'offerta presentata in gara, difettano in fatto i presupposti per configurare la responsabilità precontrattuale in capo alla stazione appaltante: fra tutti l'effettiva sussistenza di posizione giuridica qualificata della ricorrente quale (ancorché, allo stato, potenziale) parte contraente.

In termini: l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene sussistere la responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara pubblica di appalto per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva, o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura (Cons. Stato Sez. V, 16-3-2011, n. 1627).

Sicchè il ricorso è infondato.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite in ragione della complessità della vicenda processuale dedotta in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Oreste Mario Caputo, Presidente FF, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2013

IL SEGRETARIO

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