



N. 01366/2015REG.PROV.COLL.
N. 05543/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5543 del 2014, proposto dalla s.p.a. Ames, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Lodovico Visone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Gesù, n. 62;

contro

Il Comune di Treviso, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giampaolo De Piazzi ed Antonello Coniglione, con domicilio eletto presso il signor Gabriele Pirocchi in Roma, viale Liegi, n. 1;

per l'ottemperanza

della sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 747/2014, resa tra le parti, concernente l'ottemperanza della sentenza n. 95/2013 della Sez. I del T.A.R. Veneto, —e l'esecuzione di lavori per la costruzione di un parcheggio sopraelevato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti l'avvocato Lodovico Visone e l'avvocato Gabriele Pirocchi su delega dell'avvocato Antonello Coniglione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso n. 246 del 2014, proposto dinanzi al TAR per il Veneto, la s.p.a. AMES chiedeva l'ottemperanza della sentenza del TAR Veneto n. 95/2013.

Il primo giudice ricostruiva la vicenda nei seguenti termini.

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 206 del 2014, in parziale riforma della sentenza di primo grado resa ex art. 112, comma 5, c.p.a. (sentenza n. 1229 del 2013), aveva escluso la possibilità della partecipazione dell'originaria aggiudicataria alla procedura di evidenza pubblica oggetto di rinnovazione in quanto, «qualora il giudicato accerti che la procedura di gara vada totalmente rinnovata, ed, al contempo, che l'offerta dell'aggiudicataria doveva essere esclusa, in omaggio alla vincolatività della res judicata sulla futura azione amministrativa ed al principio di effettività della tutela giurisdizionale, è onere dell'amministrazione consentire una nuova formulazione delle offerte da parte dei concorrenti ad eccezione dell'aggiudicatario, la cui offerta, è stato definitivamente accertato, doveva essere esclusa».

La ricorrente si doleva in prime cure del fatto che, malgrado l'inequivoco obbligo conformativo conseguente dal giudicato (così come precisato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 206 del 17 gennaio 2014), l'Amministrazione non avrebbe ottemperato, mettendo «in campo tattiche dilatorie se non addirittura modalità elusive e/o, comunque, violative del giudicato».

Con successivi motivi aggiunti, la società ricorrente agiva per la declaratoria della nullità (o in subordine dell'illegittimità) della nota in data 24 febbraio 2014 del dirigente comunale del settore per i lavori pubblici recante l'avvio del procedimento di revoca della determinazione a contrarre e di quelli successivamente emessi al termine del procedimento di revoca della procedura concorsuale a suo tempo bandita per la realizzazione dell'opera pubblica in questione ("progettazione esecutiva e esecuzione dei lavori di sopraelevazione del parcheggio a servizio dell'ospedale Ca' Foncello").

In via subordinata al rigetto della domanda principale di condanna all'esecuzione della sentenza, l'odierna appellante chiedeva che il TAR disponesse a suo favore il risarcimento dei danni, ed in particolare di fissare «ex art. 114, IV comma, c.p.a. la somma di denaro dovuta dalla PA resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato».

2. Il primo giudice accoglieva solo in parte la domanda di risarcimento del danno per equivalente, respingendo ogni altra richiesta di tutela in forma specifica.

In particolare, la sentenza gravata osserva che la propria pregressa decisione n. 95 del 2013 imponeva la rinnovazione totale della procedura di gara, mentre la sentenza del Consiglio di Stato n. 206 del 2014 - in parziale riforma della sentenza n. 1129 del 2013 resa dallo stesso TAR in sede di chiarimenti -, fermo rimanendo l'obbligo di rinnovazione della gara per l'aggiudicazione dell'appalto de quo, si limitava a precisare che a tale rinnovazione non dovesse partecipare l'originaria aggiudicataria (Fast Park), in quanto la stessa, sulla base di quanto affermato dal giudice di primo grado, avrebbe dovuto esserne ab origine esclusa.

Pertanto, a causa della perdita del cospicuo contributo regionale, ammontante ad oltre 1.200.000,00 euro, già prefiguratasi prima della pubblicazione della sentenza n. 95 del 2013, il TAR escludeva che la revoca della procedura di gara potesse considerarsi illegittima. Dal mancato riscontro di un'illotemperanza, il primo giudice faceva discendere l'inapplicabilità della penalità di mora. Inoltre, in ragione della legittimità del provvedimento di revoca con il quale l'amministrazione rendeva inefficaci tutti gli atti della procedura di gara, il giudice di prime cure deduceva l'infondatezza della domanda di risarcimento del danno per perdita di chance, danno curricolare, lucro cessante, limitandola, invece, a quella avente ad oggetto le spese sostenute per la partecipazione alla gara, stimandole in una somma pari a 20.000,00 (ventimila/00) euro, somma maggiorata dalla rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stata riscontrata l'illegittimità della gara con la pubblicazione della sentenza n. 95 del 2013.

3. Propone appello l'originaria ricorrente, che invoca la riforma della sentenza di primo grado, esponendo le seguenti doglianze:

a) violazione di legge: art. 1, c.p.a. in relazione agli artt. 112 e ss. c.p.a.; 243 bis, d.lgs. 163/06; 1337 e 1175 C.C.; 97 Cost.; 1, l. 241/90; 6, CEDU. Se il giudicato resiste anche alle c.d. "leggi - provvedimento", a maggior ragione non può essere vanificato da un provvedimento puntuale teso dichiaratamente ad eludere la conformazione al giudicato;

b) violazione di legge: artt. 112, V co., 114, IV co., lett. b), c.p.a.; art. 21 septies, l. 241/90; art. 97 Cost.; art. 1, l. 241/90; art. 6 CEDU, in relazione all'art. 1, c.p.a. - erronea valutazione degli elementi documentali - erronea, distorta comprensione e conseguente esternazione dei dati di fatto. Fermo che sia la delibera di G.M. 277/2013 che la determina dirigenziale 838/2014, recanti la revoca della gara sono successive alle decisioni, prima del Tar e, poi, del C.d.S., rese in sede di chiarimenti ex art. 112, V co., c.p.a., per cui ogni valutazione sulla opportunità della rivalutazione dell'interesse pubblico dichiarato, veniva azzerata dalla modalità di riedizione del potere dell'Amministrazione così come circoscritto e vincolato dalle dette decisioni, viene qui in evidenza la erroneità anche dei fatti "giustificativi" del momento elusivo valorizzati dal Tar;

c) violazione di legge: artt. 1 e 114, IV co., c.p.a. - artt. 111 Cost. - motivazione carente; d) violazione di legge: art. 21 quinquies, l. 241/90 - in relazione agli artt. 243 bis, d.lgs. 163/06; 1175, 1223, 2043 e 1337 Cod. Civ. - art. 34, c.p.a. la revoca della gara, a valle ed in elusione del giudicato sia se non nulla quantomeno illegittima;

d) violazione di legge: artt. 1, 114, 122 e ss. c.p.a. - art. 243 bis, d.lgs. 163/06; artt. 1175, 1218 e 1223; 2967, C.C.; f) violazione di legge: artt. 1, 114, 122 e ss. c.p.a. - art. 243 bis, d.lgs. 163/06; artt. 1175, 1218 e 1223; 2967, C.C. - Violazione art. 2043 Cod. Civ. - Violazione artt. 39 e 40 c.p.a. - 112 e 277 c.p.c.; g) violazione di legge: art. 243 bis, d.lgs. 163/06, in relazione agli artt. 1223, 1218 e 2967 C.C.; h) Violazione di legge: artt. 1, 53 e 54 c.p.a. - in relazione all'art. 6, CEDU, all'art. 97 Cost.; all'art. 1, l. 241/90.

4. Con appello incidentale, l'amministrazione comunale di Treviso, da un lato, chiede la riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui ha dato tutela per equivalente all'appellante principale e, dall'altro, ne chiede per il resto la conferma, evidenziando che:

a) la p.a. sarebbe libera di apprezzare i fatti sopravvenuti al giudicato;

b) non vi sarebbe una condotta illecita del comune, in quanto solo all'esito dei chiarimenti resi in sede di ottemperanza l'amministrazione avrebbe avuto contezza di quale fosse la condotta da tenere, che non era in precedenza individuabile, come dimostrano le pronunce non uniformi del TAR e del Consiglio di Stato, sicché non potrebbe essere imputata al comune la perdita del finanziamento regionale. Sarebbe da condividere quanto affermato dal TAR in ordine alla necessità di aggiornare il progetto alla sopravvenuta normativa antincendio, come sul venir meno dell'importanza strategica dell'opera e sull'assenza di fondi per realizzarla;

c) sarebbe corretto il ragionamento del TAR sul diniego della penalità di mora e sulla sussistenza del diritto all'indennizzo ex art. 21 quinquies, l. 241/90, potendosi rinvenire solo una responsabilità precontrattuale limitata al danno emergente, sub specie di spese sopportate per partecipare alla procedura di gara, non risultando ristorabile la perdita di chance;

d) non potrebbe ritenersi che l'amministrazione fosse obbligata a rinnovare gli atti della gara e ad aggiudicarla all'appellante, sì che la stessa vantasse un diritto al risarcimento comprensivo delle voci di danno escluse dal TAR;

e) sarebbe infondato l'appello nella parte in cui evidenzia che all'indomani della fase procedimentale attivata con il preavviso di ricorso la stazione appaltante non potesse più esercitare il potere di autotutela;

f) sarebbe corretta la scelta del TAR di non attribuire rilievo alla produzione documentale depositata dall'originario ricorrente il giorno prima dell'udienza.

5. Nelle successive difese, l'appellante principale eccepisce l'inammissibilità dell'appello incidentale proposto dal comune, perché non introdotto con le forme, i termini ed il rito di cui agli artt. 92 e 96 e ss. c.p.a. ed insiste nelle proprie conclusioni.

6. Dal canto suo l'amministrazione comunale fa presente che l'utilizzazione di fondi comunali per realizzare l'opera sarebbe stata impossibile, in ragione dell'esigenza di rispettare il patto di stabilità.

7. Preliminarmente, ritiene la Sezione che l'appello incidentale dell'amministrazione comunale va dichiarato inammissibile, considerato che esso non risulta notificato all'appellante principale, come invece è previsto dall'art. 96 c.p.a.

8. L'appello principale, invece, non può essere accolto, perché infondato.

8.1. Prima di passare all'esame delle singole doglianze ivi contenute, va premesso (come già chiarito da questo Consiglio con la pronuncia n. 206/2014) che nella specie « l'originario ricorrente ha agito sia per ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario, che per ottenere la rinnovazione della gara. Nonostante la discutibile conclusione alla quale giungeva la sentenza n. 95/2013, che finiva per esaminare, contraddittoriamente, entrambe le tipologie di vizi, il ricorrente nel precedente giudizio otteneva in questi termini l'accoglimento del ricorso, non fruendo di un giudicato che attesta un solo bene della vita, ossia il riconoscimento dell'erronea esclusione da parte della stazione appaltante, ma anche quello alla reiterazione della procedura di gara».

Pertanto, il giudicato reso all'esito del giudizio di legittimità a favore dell'odierno appellante non cristallizzava in capo a quest'ultimo alcuna pretesa ad ottenere l'aggiudicazione della gara de qua.

8.2. Vanno altresì richiamati i principi giurisprudenziali in tema di sopravvenienze e quale sia la loro incidenza sui giudizi in corso e sulle pronunce passate in giudicato.

Per l'orientamento consolidato di questo Consiglio:

- l'esecuzione del giudicato da parte della Pubblica amministrazione può trovare ostacoli e limiti nelle sole sopravvenienze di fatto e di diritto verificatesi anteriormente alla notificazione della sentenza;

- sono invece irrilevanti le sopravvenienze 'in senso proprio' successive alla notifica, cioè quelle relative a questioni di fatto o di diritto che non abbiano rappresentato oggetto effettivo o potenziale del thema decidendum e che siano emerse solo successivamente al passaggio in decisione del ricorso e prima della notifica della sentenza (cfr. da ultimo Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2013, n. 3299; Id. 13 febbraio 2013, n. 898).

In sede di ottemperanza, il giudice amministrativo deve verificare se l'Amministrazione si sia conformata al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione, ma deve anche apprezzare le eventuali sopravvenienze di fatto o di diritto per stabilire in concreto se il ripristino della situazione soggettiva, sacrificata illegittimamente, come definitivamente accertato in sede di cognizione, sia compatibile con lo stato di fatto e diritto prodottosi medio tempore, ferma in ogni caso l'irrelevanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto successive alla notificazione della sentenza da eseguire (Cons. St., Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400).

8.3. Per ciò che attiene, invece, la delimitazione del potere di autotutela dell'amministrazione in tema di contratti pubblici, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 14/2014 ha rilevato che «resta perciò impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V: 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11, 9 aprile 2010, n. 1998) ».

9. Tanto premesso, possono essere esaminate congiuntamente dapprima le doglianze con le quali l'appellante invoca la tutela in forma specifica previo annullamento o declaratoria di nullità del provvedimento di revoca, quindi quelle aventi ad oggetto l'insufficienza della tutela per equivalente accordata.

10. Quanto alle prime, va premessa la cronologia dei fatti.

Il provvedimento di revoca è stato emesso – in attuazione della delibera di giunta comunale n. 277 del 12 novembre 2013 – con la successiva determinazione del dirigente dei lavori pubblici n. 308 del 27 marzo 2014.

Questi provvedimenti hanno tenuto conto del decreto della Regione Veneto del 7 giugno 2012, che aveva fissato al 31 agosto 2013 il termine ultimo per la presentazione della documentazione contabile finale per l'erogazione a saldo del contributo concesso, e della nota dell'8 febbraio 2013, che aveva rigettato l'istanza di proroga o di rifinanziamento dell'opera de qua avanzata dal medesimo Comune.

L'impossibilità di utilizzare fondi comunali per compensare il venir meno del finanziamento regionale risulta adeguatamente motivata dall'amministrazione comunale con considerazioni ragionevoli che non possono essere superate in questa sede, dal momento che risultano espressione di un legittimo esercizio del potere di scelta sulla spesa pubblica, non inciso dalla presenza di un giudicato amministrativo.

Ed, infatti, già prima che la questione venisse decisa in primo grado con la sentenza n. 95/2013, erano chiaramente definite le modalità di finanziamento dell'opera ed i tempi entro i quali si sarebbe dovuta presentare la documentazione contabile finale per l'erogazione a saldo del contributo concesso.

Pertanto, la scelta dell'amministrazione comunale - di non procedere alla rinnovazione della gara a causa del venir meno delle risorse necessarie per realizzarla e nell'impossibilità di farvi fronte con altri e diversi fondi - non appare né elusiva, né violativa del giudicato, formatosi sui diversi temi del mancato rispetto dei principi di trasparenza della procedura di gara e della necessaria esclusione dell'aggiudicatario.

Questi elementi sono stati accertati, peraltro, all'esito di un ulteriore giudizio di ottemperanza per chiarimenti, avente per oggetto questioni compesse e articolatosi in due gradi di giudizio.

Pertanto, deve rilevarsi, da un lato, che l'impossibilità di procedere alla rinnovazione della gara poggia sulla struttura della provvista di fondi alla stessa destinati, che era già stata definita ben prima del passaggio in giudicato della pronuncia in questione; dall'altro, che l'eventuale conflitto tra il giudicato amministrativo e le sopravvenienze di fatto o di diritto incontra il limite della data della notifica della sentenza passata in giudicato, quando quest'ultima abbia definito un tema intercettato dalle suddette sopravvenienze.

Nella fattispecie in esame, non risulta la sussistenza di nessuno dei due elementi.

Non del primo, giacché non può parlarsi di 'sopravvenienza', ma del verificarsi di un evento condizionale già noto e comunque prevedibile, ossia il superamento della data limite fissata per l'ottenimento del contributo regionale, dipesa anche dal contenzioso in essere e, comunque, non derogabile nonostante la richiesta di proroga formulata dall'amministrazione comunale.

Non del secondo, atteso che l'esercizio del potere della stazione appaltante di rinnovare la gara era vincolato solo quanto al rispetto del principio di imparzialità nell'esame delle offerte e alla impossibilità di partecipazione dell'originaria aggiudicataria, restando per il resto l'amministrazione libera di esercitare il proprio potere discrezionale, ivi compreso quello di adottare atti in autotutela, purché non configgenti con i vincoli discendenti dal giudicato.

11. In assenza di riscontrata violazione o elusione del giudicato, appare corretta la decisione del primo giudice di respingere la richiesta di irrogazione di penalità di mora a carico dell'amministrazione, non sussistendone i presupposti prescritti dall'art. 114 c.p.a..

12. Del pari, non risulta conferente la richiesta di un indennizzo ex art. 21. quinquies, l. 241/90, dal momento che la norma in questione riguarda la diversa ipotesi nella quale la revoca incida su rapporti negoziali. Nella fattispecie, invece, l'odierna appellante e l'amministrazione non avevano stipulato alcun contratto, né la prima era destinataria di provvedimenti ad efficacia durevole.

13. Quanto alla richieste risarcitorie, non può ritenersi fondata quella avente ad oggetto il lucro cessante, ovvero l'utile che avrebbe ricavato l'odierna appellante, né quella sul cd. danno curricolare, dal momento che non vi è alcun provvedimento amministrativo o pronuncia giurisdizionale che le riconosca la spettanza dell'aggiudicazione.

Allo stesso modo, non può essere favorevolmente riscontrata la richiesta di risarcimento del danno da perdita di chance, dal momento che la stessa non può dirsi formata, né dall'aver partecipato ad un procedura di gara viziata in sé dal mancato rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza, che doveva essere, quindi, rinnovata in toto, né successivamente, dal momento che il provvedimento di revoca ha fatto venir meno la competizione stessa, eliminando in radice la chance che l'odierna appellante se l'aggiudicasse.

14. Pertanto, l'appello incidentale deve essere dichiarato inammissibile, mentre l'appello principale deve essere respinto, con conferma della impugnata sentenza.

Nella reciproca soccombenza si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 5543/2014, dichiara inammissibile l'appello incidentale, respinge l'appello principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2015

IL SEGRETARIO

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