

In tema di funzione della fase di prequalifica e di insindacabilità da parte del giudice amministrativo delle scelte meramente discrezionali di carattere tecnico di una Commissione di gara a meno di essere in presenza di profili di illogicità apprezzabili

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La fase di prequalificazione, e la valutazione tecnica in detta sede spiegata dal seggio di gara, in particolare, è ontologicamente diversa rispetto alla fase dell'aggiudicazione vera e propria.

Si è sul punto rilevato, infatti, quanto ai fini perseguiti, che "diversamente dalla fase di valutazione/comparazione delle offerte, volta ad accertare la loro meritevolezza ad aggiudicarsi la gara, la fase di prequalificazione nelle procedure di evidenza pubblica ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di "partecipabilità" alla gara, sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati, tramite l'esame dei parametri obiettivi riportati nelle dichiarazioni e nelle autocertificazioni allegate alla domanda, restringendo l'ambito dei potenziali concorrenti, senza attribuzione di punteggi."

I giudizi resi in detta fase, tuttavia, non sfuggono al generale principio di congruità motivazionale e di trasparenza delle valutazioni che presiede al complessivo svolgimento dell'attività amministrativa. Invero la Sezione condivide il consolidato principio giurisprudenziale, più volte affermato anche dalle Corti sovranazionali, in tema di necessaria effettività della tutela risarcitoria quale indefettibile corollario della fruttuosità dell'azione giudiziaria. Quanto alle modalità attraverso le quali garantire tale obiettivo, la Sezione condivide l'orientamento secondo cui "l'effetto ripristinatorio, unitamente a quello conformativo, derivante dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo costituisce già una riparazione nella maniera più specifica, e pertanto soddisfattiva in tutto o in parte, a seconda delle circostanze, sia dal punto di vista materiale che giuridico, rispetto alla situazione di illiceità caratterizzata dalla situazione di illegittimità dell'atto imputabile alla p.a.; pertanto, in caso di autoesecutività della sentenza di merito (demolitoria degli atti che illegittimamente non hanno dato vita ad una gara), l'azione di risarcimento del danno avrebbe soltanto la funzione sussidiaria di reintegrazione delle situazioni lese, ma solo nella ipotesi che fossero dimostrati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e quindi i danni imputabili, medio tempore verificatisi, e non considerati restaurati dall'annullamento dell'atto

Merita di essere segnalata la decisione numero 2555 del 29 maggio 2008, inviata per la pubblicazione in data 5 giugno 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< Nel caso di specie, correttamente il primi Giudici hanno rilevato che risulta inintelligibile l'iter motivazionale seguito dall'amministrazione al fine di computare - o meno- nel complessivo fatturato della società partecipante i servizi svolti nell'ultimo triennio, in adesione alla previsione della lex specialis.

L'anomalia procedurale è evidente, è stata puntualmente colta dai primi Giudici e, se è concessa una riflessione, è plasticamente evincibile anche dagli atti e dagli scritti difensivi prodotti nel corso dell'odierno giudizio.

Invero l'esperienza giurisdizionale insegna, sul punto, che il concreto atteggiarsi di simili procedimenti di regola si struttura secondo il seguente schema: l'escluso impugna il provvedimento espulsivo, in quanto asseritamente carente sotto il profilo motivazionale e viziato, e si diffonde al contempo in ordine alla erroneità dell'iter motivo sotteso alla statuizione espulsiva.

Il vincitore della gara, di regola, controdeduce al ricorso introduttivo del giudizio e propone argomenti volti a chiarire l'inutilità di una decisione di accoglimento dell'impugnazione a cagione della esattezza (comunque) della statuizione espulsiva.

Nel caso di specie nulla di tutto ciò è accaduto. E ciò per una ragione assai semplice: nessuna delle parti processuali (e neppure la Sezione, per il vero) alla luce degli elementi versati in atti allorchè fu proposto il ricorso di primo grado, era in grado di comprendere in base **a quale valutazione taluni servizi in precedenza svolti dall'odierna appellante incidentale, non fossero stati considerati "analoghi" a quelli oggetto della gara.**

Con ciò si è fotografata la situazione processuale nella fase antecedente alla produzione della “Relazione” sulla quale pure si sono soffermati i primi Giudici, ed in ordine alla quale ci si diffonderà di seguito.

Allorché l’odierna appellante incidentale propose il ricorso introduttivo del giudizio, quindi, vi era una semplice annotazione (sì/no) di nessuna utilità a fini di individuazione dell’iter motivazionale e contenente unicamente proposizioni assertive o negatorie.

Orbene: sin da tempo risalente la giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato che “il giudizio della commissione di gara costituisce espressione di lata discrezionalità tecnica, come tale insuscettibile di sindacato in assenza di profili di illogicità apprezzabili.”>

Ma non solo

<Al contempo, anche tenendo conto della “novella” di cui alla legge n. 205/2000, e della possibilità per il Giudice amministrativo di ricorrere allo strumento di ausilio valutativo rappresentato dalla consulenza GAMMA BISa, la Sezione ha in passato posto l’accento sulla “l’inammissibilità di una logica sostitutiva che consenta al giudice di surrogare la sua opinione a quella, non condivisa ma non risultante erronea, della p.a.”>

Inoltre, in tema di risarcimento del danno, appare importante sapere che:

<L’appellante incidentale ha evidenziato, nel proprio diffuso ricorso in appello, ben quattro distinte voci di danno (non da ultimo, ha altresì prospettato la ricorrenza del disposto di cui all’art. 2059 CC).

Nessuna di esse, tuttavia, avuto riguardo alla fase della procedura concorsuale demolita dalla sentenza, ed alle conseguenze della statuizione annullatoria sul prosieguo degli atti, appare possedere quel requisito (impossibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica) che avrebbe legittimato la doverosa attribuzione del risarcimento per equivalente.

La Sezione ritiene di confermare detta prospettazione, in carenza di alcun decisivo contrario elemento prospettato nel ricorso in appello: che poi - come asserito e comunque non documentato dall'appellante incidentale- l'amministrazione possa avere successivamente deliberato di non procedere

a bandire nuovamente la gara, è circostanza neutra e non decisiva, costituendo un post-factum distinto dalla condotta asseritamente lesiva in ordine alla quale si chiede il risarcimento.

Il vero è che, avuto riguardo al momento in cui intervenne (con riferimento alla fase di svolgimento della gara), la sentenza demolitoria resa dai primi Giudici possedeva tutti i crismi per ristorare integralmente l'odierna appellante incidentale.

Né a tale valutazione possono ostare (rimanendo comunque sottratte al sindacato di questa Sezione) le successive valutazioni dell'amministrazione in ordine alla opportunità - o meno- di procedere nuovamente a bandire la gara.

Sotto altro profilo, la statuizione compensatoria delle spese processuali appare frutto di una equilibrata valutazione della delicatezza e complessità dei temi devoluti all'attenzione del Tar: se nella condotta dell'amministrazione può ben rilevarsi (il che è puntualmente avvenuto) un profilo di illegittimità viziante, al contempo non è dato riscontrare quella assoluta gravità della condotta (ai limiti del dolo) prospettata dall'appellante incidentale.

Anche l'appello incidentale deve pertanto essere respinto, con conseguente integrale conferma dell'appellata sentenza.>

Si legga anche il seguente passaggio tratto da Consiglio Stato , sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215:

<4. Con riguardo all'atto di appello (si tratta di domanda proposta anche nel giudizio r.g.n.4530/2004 con appello incidentale) della ***** spa, ricorrente in primo grado, deve osservarsi che la impugnazione è condizionata non già all'accoglimento, ma al rigetto, con conferma dell'accoglimento in primo grado, degli appelli avversari, sulla domanda relativa alla illegittimità del provvedimento amministrativo, per il noto principio della pregiudizialità.

La riforma della sentenza di primo grado, con l'effetto della reiezione del ricorso proposto in primo grado, determina ex se la inammissibilità e comunque il rigetto della azione risarcitoria, che richiede al contrario il presupposto del preventivo o congiunto esperimento con successo della azione di illegittimità avverso l'atto che fa parte della fattispecie di illecito ("L'azione di risarcimento di un <<danno da provvedimento amministrativo illegittimo>> può essere proposta solo a condizione che sia stato impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari" (Ad.Pl. C. Stato, 4/2003).

In ogni caso, il Collegio osserva che la tutela demolitoria che il ricorrente aveva ottenuto in primo grado con l'annullamento giurisdizionale, conteneva in sé una intrinseca satisfattoria, ed era intrinsecamente ripristinatoria, sicché la domanda risarcitoria, tra l'altro da proporsi secondo le regole del processo dispositivo, aveva una funzione sussidiaria e residuale.

Se il soggetto leso ottiene la tutela nella forma più specifica possibile a mezzo dell'annullamento dell'atto illegittimo (e successiva attività conformativa), caso mai a seguito di provvedimento cautelare già favorevole, o con sentenza di merito, a non eccessiva distanza dall'asserito illecito, come nella specie, potrebbe non esservi materia per ulteriore risarcimento in forma specifica o generica.

Nella specie, la impresa, prima aggiudicataria, era stata esclusa per irregolarità fiscali; successivamente, a seguito della riammissione, si era ripristinata la aggiudicazione a suo favore.

A seguito dell'annullamento della sua esclusione, i conseguenti riammissione e ripristino della primitiva aggiudicazione, possono già ritenersi soddisfattori delle sue posizioni.

L'effetto ripristinatorio derivante dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, costituisce già una riparazione nella maniera più specifica, e pertanto soddisfattiva in tutto o in parte, a seconda delle circostanze, sia dal punto di vista materiale che giuridico, rispetto alla situazione di illiceità caratterizzata dalla situazione di illegittimità dell'atto imputabile alla pubblica amministrazione.

In caso di autoesecutività della sentenza (demolitoria sia della esclusione che dell'annullamento della primitiva aggiudicazione, con ripristino della favorevole aggiudicazione) e operata con sentenza di merito, la azione di risarcimento del danno avrebbe solo la funzione sussidiaria di reintegrazione delle situazioni lese, ma solo nella ipotesi che fossero dimostrati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, e quindi i danni imputabili, medio tempore verificatisi (asseriti e dimostrati), e non considerati restaurati dall'annullamento giurisdizionale immediato (per tale principio in fattispecie analoga, si veda Consiglio di Stato, IV, 19 luglio 2004, n.5196).

Esiste infatti una differenza ontologica tra riparazione o reintegrazione specifica, operata dall'autore dell'illecito (ai sensi dell'art. 2058 c.c., richiamato dall'art. 35 D.Lgs.1998/80), e la ripristinazione effettuata a mezzo dell'annullamento giurisdizionale, di cui è autore il giudice amministrativo, cui spetta la potestà demolitoria dell'atto.

Si vuole cioè dire che la tutela demolitoria costituisce anche essa la primaria possibilità di riparazione in forma specifica, tra l'altro operata anche al fine del ripristino della legalità della attività amministrativa, oltre che nell'interesse del ricorrente, anche se tale riparazione, operata direttamente ad opera del giudice, deve essere distinta da quella operata sotto il controllo e su ordine del giudice (la condanna ad un facere contemplata dall'art. 2058 c.c.), così come esiste distinzione tra sentenza di condanna e sentenza costitutiva, *rectius*, estintivo-demolitoria.

Nella specie, pertanto, essendo l'annullamento della esclusione (e dell'annullamento della aggiudicazione

a favore della esclusa) immediatamente satisfattivo e ripristinatorio della situazione lesa, e non essendo dimostrati ulteriori danni patrimoniali medio tempore verificatisi a causa degli atti impugnati in primo grado, la domanda risarcitoria sarebbe stata rigettata, come infondata, anche nella ipotesi di rigetto, e non di accoglimento degli appelli proposti avverso i primi capi della sentenza.>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2555/08

Reg.Dec.

N. 458 Reg.Ric.

ANNO

2008

Disp.vo 344/2008

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 458/2008 proposto da ATI -RETE ALFA

contro

APAT - AGENZIA PER LA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE E SERV.TECN., non costituitasi;

e nei confronti di

CONSORZIO BETA CONS. BETAAG. INFR. SITI E IMP. IN PR E ATI, rappresentato e difeso dall'Avv.
***** con domicilio eletto in Roma via Oslavia n.12; - Appellante incidentale-

ATI - GAMMA S.P.A., ATI - GAMMA BIS S.P.A., ATI - GAMMATER S.R.L. non costituitesi;

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio - Roma Sezione II Bis n.10460/2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio BETA Cons. BETAag. Infr. Siti e Imp. in pr e Ati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 15 Aprile 2008, relatore il Consigliere ***** ed udito, altresì, l'avv.
*****,

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

Con il ricorso di primo grado era stato chiesto dalla odierna appellata, già ricorrente in primo grado, l'annullamento -con il ricorso principale- del provvedimento di esclusione dalla fase di prequalificazione della gara per l'affidamento del servizio di monitoraggio per il risanamento acustico lungo gli impianti RFI di cui alla lettera prot. n. 3302 del 3.2.2006;

con i due atti di motivi aggiunti, essa aveva poi richiesto l'annullamento del verbale di gara "selezione ditte" del 21.12.2005 nel quale è stata disposta l'esclusione a carico dell'ATI capeggiata dal ricorrente, dei successivi tre verbali di "proposta di aggiudicazione" datati 24.2.2006, 27.2.2006 e 1.3.2006, nonché del provvedimento di aggiudicazione definitivo della gara n. 1567 del 3.3.2006, conosciuto all'atto della costituzione in giudizio dell'APAT nella camera di consiglio del 23.3.2006;

L'odierno appellato consorzio, quale capogruppo mandatario della costituita ATI con le *****à GAMMA GAMMA BIS e ***** (partecipante ad una licitazione privata con procedura accelerata per l'affidamento del servizio di pianificazione e programmazione dei lavori, per il monitoraggio delle fasi esecutive per il risanamento acustico secondo i piani di contenimento ed abbattimento del rumore nel caso di superamento dei valori limite stabiliti per le infrastrutture ferroviarie dal D.P.R. n. 459/1998 e secondo le direttive emanate con D.M. del 29.11.2000) ha impugnato i provvedimenti di esclusione dalla fase di prequalificazione perché lesivi del proprio interesse connesso alla piena partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica in argomento.

Al riguardo, il medesimo aveva prospettato come motivi di impugnazione la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto svariati aspetti sintomatici.

Con separato atto, il consorzio appellato ha impugnato gli atti del verbale della commissione di gara in cui si adotta la decisione di escludere l'ATI nonché il provvedimento di aggiudicazione definitivo della gara emesso a favore del RTI formato dal Consorzio R.E.C.A.L. e dalla Battelle Italia S.r.l., deducendo come motivi di impugnazione ulteriori violazioni di legge e vizi sintomatici dell'eccesso di potere.

Con la sentenza in epigrafe i primi Giudici, hanno accolto le censure contenute nel ricorso predetto anche alla stregua delle emergenze probatorie acquisite nel corso del giudizio di primo grado (ci si riferisce alla produzione in giudizio di una relazione del Direttore Generale dell'APAT, con allegato elenco dei fatturati presentati dalla Modulo Uno S.p.a. -una delle società consorziate nel Consorzio BETA- contenente annotazioni con dei "si" e dei "no" che, secondo l'Amministrazione, avrebbero comprovato l'esame svolto dalla Commissione di gara e costituirebbero la motivazione dell'esclusione, avverso il quale il Consorzio ha proposto un ulteriore atto di motivi aggiunti, notificato il 5 maggio 2006 e depositato il successivo 10 maggio, prospettando altri motivi di doglianza conseguenti).

Secondo l'argomentare dei primi Giudici, le sintetiche annotazioni (si/ no) concernenti i servizi in passato svolti, e la computabilità dei medesimi al fine di raggiungere la cifra economica indicata nel bando (punto 2 AJ del disciplinare di gara, relativo al conseguimento nell'ultimo triennio di un fatturato complessivo per servizi analoghi a quelli oggetto del presente bando almeno pari all'importo posto a base di gara...) contrastavano con la produzione documentale allegata dall'odierna appellata a sostegno della domanda di partecipazione alla gara (dalla quale risultava che nel triennio di riferimento ha fatturato per servizi analoghi la somma pari ad € 11.508.952,29, superando in tal modo la soglia minima richiesta.); non erano in nessun modo perspicue, né esplicative della ragione per la quale si era esclusa la computabilità di alcuni servizi in passato da questa svolti, omogenei a quelli di riferimento.

In ogni caso, non era stata soddisfatta la necessità di un puntuale apporto motivazionale posto a supporto del provvedimento espulsivo. Invero, veniva rilevato dai primi Giudici che comunque (si riporta un significativo passaggio motivazionale dell'appellata decisione), "dall'esame dei documenti depositati dall'Amministrazione resistente si ricava soltanto l'esistenza sull'elenco dei servizi svolti dalla *****à Modulo Uno S.p.a., per il triennio 2002-2004, di una semplice annotazione di un "si" o di un "no" per ciascun servizio. Tale elenco, annotato in tal modo e senza alcun elemento che possa collegare le annotazioni con l'attività della commissione di gara, non è stato mai richiamato dai verbali di gara, né risulta essere stato consegnato al Consorzio ricorrente al momento dell'esercizio del suo diritto di accesso."

Anche la produzione effettuata in corso di causa (in disparte le perplessità in ordine ai modi ed ai termini dell'acquisizione del documento) quindi, non soddisfaceva il requisito motivo in parola, e pertanto, in accoglimento del ricorso di primo grado, veniva annullata la statuizione espulsiva e tutti gli atti conseguenti della gara; tale pronuncia demolitoria, veniva ritenuta idonea a ripristinare l'ordine giuridico violato e pienamente satisfattoria delle ragioni giuridiche dell'odierna appellata: in conseguenza di ciò, veniva respinta la richiesta di risarcimento dei danni proposta dall'odierna appellata nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

L'odierna appellante, già resistente in primo grado, ha censurato la predetta sentenza chiedendone l'annullamento in quanto viziata da errore ed illegittima, rifacendosi al concetto di necessaria sinteticità dei giudizi tecnici resi dalle Commissioni di gara (tanto più in sede valutativa di dati tecnici afferenti alla qualificazione di servizi in passato svolti, da valutarsi sotto il discrezionale parametro della omogeneità).

Essa ha proposto un articolato ricorso in appello richiamando la giurisprudenza relativa alla desumibilità dell'iter motivo provvedimento dalla produzione documentale effettuata in corso di giudizio; ha sottolineato la esattezza della statuizione espulsiva, nel merito, posto che erano state senz'altro esatte le valutazioni rese dall'amministrazione procedente circa la non computabilità di numerosi servizi svolti nel triennio precedente da una delle consorziate odierne appellate.

Il criterio dell'analogia, utilizzato ad escludendum dalla Commissione, era stato rispettato e costituiva

parametro valutativo già previsto nel bando di gara.

L'appellata, già ricorrente in primo grado, costituendosi in giudizio, ha chiesto respingersi il ricorso in appello in quanto infondato, posto che era stata corretta ed immune da emende la sentenza del Tar che aveva ravvisato un insanabile vuoto motivazionale nel deliberato denegatorio della partecipazione alla gara reso dall'amministrazione nei propri confronti; ha evidenziato la fallacia, nel merito, dei giudizi resi (immotivatamente, comunque) dall'amministrazione.

Ha poi proposto ricorso in appello incidentale autonomo chiedendo la riforma della sentenza nella parte in cui aveva denegato la fondatezza della domanda risarcitoria da essa avanzata in primo grado (provvedendo all'uopo ad indicare il quantum idoneo a soddisfare la propria pretesa), e compensato le spese di giudizio.

La statuizione demolitoria non era idonea a soddisfare i propri interessi, né a ristorarla del danno subito, anche ex art. 2059 cc, soprattutto in considerazione della circostanza che la gara in oggetto non sarebbe mai più stata bandita dall'amministrazione.

L'amministrazione intimata aveva operato scorrettamente anche successivamente all'adozione della statuizione espulsiva nei propri confronti, omettendo di fornirle qualsivoglia informazione sul punto: doveva pertanto disporsi che essa venisse condannata a corrispondere il risarcimento dei danni tutti subiti, con vittoria di spese ed onorari.

DIRITTO

L'appello principale è infondato; l'appello incidentale è del pari infondato e la appellata sentenza, conseguentemente, deve essere integralmente confermata.

Invero, quanto al ricorso in appello principale, il punto dal quale è doveroso trarre le mosse riposa nella costante affermazione della giurisprudenza amministrativa secondo la quale "non sussiste divario tra la disciplina statale e quella comunitaria sia nella configurazione del subprocedimento e prequalificazione sia nella valutazione della natura e degli effetti di questo istituto, con specifico riferimento al potere di esclusione dal procedimento di gara. (ex multis, Consiglio Stato, sez. V, 31 luglio 1991, n. 1078).

La fase di prequalificazione, e la valutazione tecnica in detta sede spiegata dal seggio di gara, in particolare, è ontologicamente diversa rispetto alla fase dell'aggiudicazione vera e propria.

Si è sul punto rilevato, infatti, quanto ai fini perseguiti, che “diversamente dalla fase di valutazione/comparazione delle offerte, volta ad accertare la loro meritevolezza ad aggiudicarsi la gara, la fase di prequalificazione nelle procedure di evidenza pubblica ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di "partecipabilità" alla gara, sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati, tramite l'esame dei parametri obiettivi riportati nelle dichiarazioni e nelle autocertificazioni allegate alla domanda, restringendo l'ambito dei potenziali concorrenti, senza attribuzione di punteggi.”. (ex multis Consiglio Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583).

I giudizi resi in detta fase, tuttavia, non sfuggono al generale principio di congruità motivazionale e di trasparenza delle valutazioni che presiede al complessivo svolgimento dell'attività amministrativa.

Nel caso di specie, correttamente il primi Giudici hanno rilevato che risulta inintelligibile l'iter motivazionale seguito dall'amministrazione al fine di computare - o meno - nel complessivo fatturato della società partecipante i servizi svolti nell'ultimo triennio, in adesione alla previsione della *lex specialis*.

L'anomalia procedurale è evidente, è stata puntualmente colta dai primi Giudici e, se è concessa una riflessione, è plasticamente evincibile anche dagli atti e dagli scritti difensivi prodotti nel corso dell'odierno giudizio.

Invero l'esperienza giurisdizionale insegna, sul punto, che il concreto atteggiarsi di simili procedimenti di regola si struttura secondo il seguente schema: l'escluso impugna il provvedimento espulsivo, in quanto asseritamente carente sotto il profilo motivazionale e viziato, e si diffonde al contempo in ordine alla erroneità dell'iter motivo sotteso alla statuizione espulsiva.

Il vincitore della gara, di regola, controdeduce al ricorso introduttivo del giudizio e propone argomenti volti a chiarire l'inutilità di una decisione di accoglimento dell'impugnazione a cagione della esattezza (comunque) della statuizione espulsiva.

Nel caso di specie nulla di tutto ciò è accaduto. E ciò per una ragione assai semplice: nessuna delle parti processuali (e neppure la Sezione, per il vero) alla luce degli elementi versati in atti allorchè fu proposto il ricorso di primo grado, era in grado di comprendere in base a quale valutazione taluni servizi in precedenza svolti dall'odierna appellante incidentale, non fossero stati considerati “analoghi” a quelli oggetto della gara.

Con ciò si è fotografata la situazione processuale nella fase antecedente alla produzione della “Relazione” sulla quale pure si sono soffermati i primi Giudici, ed in ordine alla quale ci si diffonderà di seguito.

Allorché l'odierna appellante incidentale propose il ricorso introduttivo del giudizio, quindi, vi era una semplice annotazione (sì/no) di nessuna utilità a fini di individuazione dell'iter motivazionale e contenente unicamente proposizioni assertive o negatorie.

Orbene: sin da tempo risalente la giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato che "il giudizio della commissione di gara costituisce espressione di lata discrezionalità tecnica, come tale insuscettibile di sindacato in assenza di profili di illogicità apprezzabili." (Consiglio Stato, sez. V, 29 luglio 2003, n. 4330, Consiglio Stato, sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1230).

Al contempo, anche tenendo conto della "novella" di cui alla legge n. 205/2000, e della possibilità per il Giudice amministrativo di ricorrere allo strumento di ausilio valutativo rappresentato dalla consulenza tecnica, la Sezione ha in passato posto l'accento sulla "l'inammissibilità di una logica sostitutiva che consenta al giudice di surrogare la sua opinione a quella, non condivisa ma non risultante erronea, della p.a." (Consiglio Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004).

I primi Giudici hanno fatto buongoverno dei superiori principi ed hanno preso atto della assoluta carenza motivazionale della statuizione espulsiva traendone le logiche e doverose conseguenze di natura demolitoria.

Ma il loro esame, completo ed immune da contraddizioni, non si è arrestato a tale fase: essi, infatti, hanno poi affrontato la diversa e connessa questione giuridica discendente dalla produzione documentale (ci si riferisce alla relazione predisposta dal Direttore Generale dell'A.P.A.T. per la difesa in giudizio della stessa amministrazione resistente, la quale, come ebbero a rilevare i primi Giudici forniva "delle giustificazioni tecniche postume predisposte tra l'altro da un organo incompetente",) susseguente all'instaurazione del giudizio di primo grado, e concernente la possibilità della integrazione postuma della motivazione dell'atto amministrativo.

Anche sotto tale angolo prospettico appare condivisibile ed immune da mende l'appellata sentenza laddove si è esattamente applicato il principio giurisprudenziale secondo cui "la motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buon andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario." (Consiglio Stato, sez. VI, 30 marzo 2004, n. 1696).

Né dicasi che, nel caso di specie, fosse ravvisabile una anche embrionale forma di intellegibile motivazione che avrebbe potuto impedire di ravvisare la (viziante) ipotesi di integrazione postuma della motivazione.

La "integrazione postuma", come è noto, non ricorre "quando il provvedimento adottato con una

determinata motivazione viene comunicato al destinatario in forma sintetica e poi conosciuto all'atto della produzione in giudizio.”. (Consiglio Stato, sez. VI, 6 maggio 2002, n. 2400).

Ma nel caso in questione, come si è prima evidenziato, nessuna (anche embrionale) forma di intellegibile motivazione aveva supportato la statuizione impeditiva della partecipazione alla gara: la sintetica annotazione sì/no non poteva, infatti, a monte, assumere la caratteristica di supporto motivazionale valido.

Ne consegue che - in disparte le perplessità pure manifestate dai primi Giudici circa la provenienza della nota documentale depositata nel corso del giudizio di primo grado, e la irrifiribilità soggettiva alla Commissione- ricorreva una ipotesi di (inammissibile) motivazione postuma dell'atto amministrativo idonea a ricondurre l'azione dell'amministrazione sotto il paradigma della legittimità.

Esattamente i primi Giudici hanno ricostruito in tali termini la fattispecie.

Essi hanno poi correttamente applicato il principio secondo il quale “l'atto amministrativo, oggetto di impugnazione, non può essere integrato con motivazione postuma nel corso del giudizio, con la conseguenza che va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno e in esso esplicitate.” (Consiglio Stato, sez. V, 1 ottobre 2001, n. 5187).

Da ciò consegue la esattezza della appellata decisione e la integrale reiezione del ricorso principale.

Quanto al ricorso in appello incidentale, volto a soddisfare il petitum risarcitorio già proposto in primo grado e disatteso dal Tar (e diretto altresì alla riforma della statuizione con la quale i primi Giudici hanno compensato le spese processuali sostenute dalle parti), ritiene la Sezione che esso sia infondato e che anche sotto tale profilo meriti conferma l'appellata decisione.

Invero la Sezione condivide il consolidato principio giurisprudenziale, più volte affermato anche dalle Corti sovranazionali, in tema di necessaria effettività della tutela risarcitoria quale indefettibile corollario della fruttuosità dell'azione giudiziaria. Quanto alle modalità attraverso le quali garantire tale obiettivo, la Sezione condivide l'orientamento secondo cui “l'effetto ripristinatorio, unitamente a quello conformativo, derivante dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo costituisce già una riparazione nella maniera più specifica, e pertanto soddisfattiva in tutto o in parte, a seconda delle circostanze, sia dal punto di vista materiale che giuridico, rispetto alla situazione di illiceità caratterizzata dalla situazione di illegittimità dell'atto imputabile alla p.a.; pertanto, in caso di autoesecutività della sentenza di merito (demolitoria degli atti che illegittimamente non hanno dato vita ad una gara), l'azione di risarcimento del danno avrebbe soltanto la funzione sussidiaria di reintegrazione delle situazioni lese, ma solo nella ipotesi che fossero dimostrati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e quindi i danni imputabili, medio tempore verificatisi, e non considerati restaurati dall'annullamento dell'atto.” (Consiglio Stato, sez. IV, 05 dicembre 2006, n. 7113 Consiglio Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215).

Orbene, anche avuto riguardo al momento in cui ebbe luogo l'annullamento, e considerato che l'attività oggetto di gara non era stata ancora espletata, appare alla Sezione corretto ed immune da censure il capo di sentenza che, nella considerazione della auto esecutività della statuizione demolitoria ha considerato quest'ultima idonea a soddisfare la pretesa (qualificabile comunque in termini di ristoro di chance) dell'odierna appellante incidentale.

L'appellante incidentale ha evidenziato, nel proprio diffuso ricorso in appello, ben quattro distinte voci di danno (non da ultimo, ha altresì prospettato la ricorrenza del disposto di cui all'art. 2059 CC).

Nessuna di esse, tuttavia, avuto riguardo alla fase della procedura concorsuale demolita dalla sentenza, ed alle conseguenze della statuizione annullatoria sul prosieguo degli atti, appare possedere quel requisito (impossibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica) che avrebbe legittimato la doverosa attribuzione del risarcimento per equivalente.

La Sezione ritiene di confermare detta prospettazione, in carenza di alcun decisivo contrario elemento prospettato nel ricorso in appello: che poi - come asserito e comunque non documentato dall'appellante incidentale- l'amministrazione possa avere successivamente deliberato di non procedere

a bandire nuovamente la gara, è circostanza neutra e non decisiva, costituendo un post-factum distinto dalla condotta asseritamente lesiva in ordine alla quale si chiede il risarcimento.

Il vero è che, avuto riguardo al momento in cui intervenne (con riferimento alla fase di svolgimento della gara), la sentenza demolitoria resa dai primi Giudici possedeva tutti i crismi per ristorare integralmente l'odierna appellante incidentale.

Né a tale valutazione possono ostare (rimanendo comunque sottratte al sindacato di questa Sezione) le successive valutazioni dell'amministrazione in ordine alla opportunità - o meno- di procedere nuovamente a bandire la gara.

Sotto altro profilo, la statuizione compensatoria delle spese processuali appare frutto di una equilibrata valutazione della delicatezza e complessità dei temi devoluti all'attenzione del Tar: se nella condotta dell'amministrazione può ben rilevarsi (il che è puntualmente avvenuto) un profilo di illegittimità viziante, al contempo non è dato riscontrare quella assoluta gravità della condotta (ai limiti del dolo) prospettata dall'appellante incidentale.

Anche l'appello incidentale deve pertanto essere respinto, con conseguente integrale conferma dell'appellata sentenza.

Sussistono giusti motivi, anche a cagione della complessità delle questioni affrontate, per compensare le

spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello principale, respinge l'appello incidentale e per l'effetto conferma l'appellata sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 15 aprile 2008, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere Rel.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/05/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 458/2008

FF

<https://www.diritto.it/in-tema-di-funzione-della-fase-di-prequalifica-e-di-insindacabilita-da-parte-del-giudice-amministrativo-delle-scelte-meramente-discrezionali-di-carattere-tecnico-di-una-commissione-di-gara-a-meno-di-e/>