

L'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha sempre natura di atto endoprocedimentale

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Ciò che conta, per giustificare la revoca della gara in corso, è la serietà dell'operazione individuata quale alternativa a quella già avviata

La decisione di ritirare, in autotutela, il bando di gara e tutti gli atti della procedura (culminata peraltro, al gennaio 2010, nella proposta di aggiudicazione in favore del Consorzio Ricorrente) resta indenne, ad avviso del Collegio, dai vizi denunciati dal raggruppamento ricorrente.

In primo luogo, deve rammentarsi che l'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha sempre natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali.

Essa pertanto è inidonea a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una posizione consolidata di vantaggio, con la conseguenza che sull'Amministrazione che intende esercitare il potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria incombe un onere di motivazione fortemente attenuato, circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi in base ai quali essa si ritiene di non procedere all'affidamento dei lavori o del servizio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; Id., sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8966; TAR Puglia, Bari, sez. I, 14 settembre 2010 n. 3459).

Più in generale, con riguardo allo ius poenitendi riconosciuto alla stazione appaltante, si è da tempo affermato che l'Amministrazione conserva il potere di revocare il bando ovvero l'aggiudicazione di un

appalto, per sopravvenute ragioni di interesse pubblico ovvero per la sopravvenuta riconsiderazione di fatti e situazioni preesistenti, purché l'atto di autotutela sia adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico alla revoca d'ufficio; la potestà di ritiro si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che, com'è noto, impegna l'Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (cfr. in tal senso, tra molte, Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2004 n. 6931; Id., sez. V, 20 settembre 2001 n. 4973) e trova ormai positivo riconoscimento nella previsione dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990.

Nella fattispecie in esame, il provvedimento di revoca adottato dall'Università di Bari contiene sufficienti elementi giustificativi, riferiti all'esigenza di realizzare una organica sistemazione delle Facoltà umanistiche nel campus del quartiere murattiano, con costi di ristrutturazione sensibilmente inferiori rispetto a quelli preventivati per il recupero della ex sede della Manifattura Tabacchi. Ciò che conta, per giustificare la revoca della gara in corso, è la serietà dell'operazione individuata quale alternativa a quella già avviata, che non ha trovato smentita nei documenti prodotti (ed è stata anzi confermata dall'avvenuta sottoscrizione, in data 12 ottobre 2010, del contratto preliminare per l'acquisto dell'immobile sito in via Crisanzio, di proprietà della Cufin s.p.a.).

Le doglianze ampiamente sviluppate sul punto dalla ricorrente attengono invero al merito della scelta discrezionale assunta dall'Università di Bari, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale al di là di eventuali profili di illogicità o sviamento, nella specie non dimostrati.

Elementi quali l'incertezza dei tempi di conclusione della gara per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della ex Manifattura Tabacchi e la litigiosità dei concorrenti assumono un rilievo del tutto marginale, nell'ambito della motivazione che è posta a base della delibera di revoca.

Per tale parte, i motivi aggiunti sono perciò infondati e vanno respinti.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 22 del 12 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Puglia, Bari

N. 00022/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00043/2009 REG.RIC.

N. 00625/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 43 del 2009, proposto da***

contro***

nei confronti di***

sul ricorso numero di registro generale 625 del 2010, proposto da***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 43 del 2009:

- della deliberazione del Consiglio di amministrazione dell'Università degli Studi di Bari, assunta nella seduta del 28 ottobre 2008, comunicata con nota fax prot. n. 93245/IX-2 del 3 novembre 2008, avente ad oggetto l'approvazione degli atti della Commissione giudicatrice della procedura negoziata per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di risanamento e ristrutturazione del Palazzo ex Manifattura Tabacchi di Bari;

- delle determinazioni assunte nella seduta di gara del 6 ottobre 2008;

- delle attività e delle valutazioni effettuate dalla Commissione Giudicatrice;

quanto al ricorso n. 625 del 2010:

- della delibera adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Università degli Studi di Bari nella seduta del 23 febbraio 2010, con cui si è disposta la sospensione della efficacia di tutti gli atti di gara per la ristrutturazione del Palazzo ex Manifattura Tabacchi di Bari;

- della delibera adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Università degli Studi di Bari, nella seduta del 23 febbraio 2010, con cui si è approvato lo studio di fattibilità per l'insediamento della Facoltà di Scienze della Formazione negli edifici ex Poste ed ex Enel, in luogo del fabbricato ex Manifattura Tabacchi di Bari, e si è approvata la relativa relazione di stima;

- della delibera adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Università degli Studi di Bari, nella seduta del 25 maggio 2010, con cui si è disposta la revoca di tutti gli atti di gara per la ristrutturazione del Palazzo ex Manifattura Tabacchi di Bari;

- e per la condanna dell'Università di Bari al risarcimento dei danni subiti dall'a.t.i. ricorrente, ovvero in subordine al pagamento dell'indennizzo dovuto;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Università degli Studi di Bari, del Consorzio Controinteressata, di Controinteressata due s.p.a. e della Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti ***** , ***** , ***** , ***** , ***** , ***** (per delega di ***** di Lecce ed *****);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara del 2 marzo 2007, l'Università degli studi di Bari ha indetto un appalto concorso per la ristrutturazione dell'edificio ex sede della Manifattura Tabacchi di Bari, inviando le lettere di invito il 19 giugno 2007.

La gara non è stata aggiudicata, poiché i progetti delle quattro concorrenti ammesse sono stati ritenuti viziati sotto il profilo formale e non conformi ai requisiti minimi inderogabili stabiliti dal capitolato speciale prestazionale.

L'Amministrazione, con lettera di invito del 29 novembre 2007, ha quindi indetto una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, invitando soltanto le quattro imprese già ammesse e stabilendo di esaminare i progetti già presentati in sede di appalto concorso. Con nota del 28 dicembre 2007, è stata comunicata l'intervenuta aggiudicazione a favore dell'a.t.i. Consorzio Controinteressata.

Tale provvedimento è stato impugnato davanti a questo Tribunale con autonomi ricorsi da tutti gli altri tre concorrenti, a.t.i. Controinteressata due, a.t.i. Cingoli e a.t.i. Consorzio Ricorrente. Con sentenze di analogo contenuto n. 2250/2008, n. 2251/2008 e n. 2252/2008, depositate il 29 settembre 2008, questa Sezione ha accolto le censure proposte dall'a.t.i. Controinteressata due avverso la partecipazione alla gara dell'a.t.i. Cingoli ed ha dichiarato improcedibili le contestazioni mosse dalle altre concorrenti, disponendo "la rinnovazione delle operazioni concorsuali tra le concorrenti rimaste in gara, a partire dalla Fase 3 indicata nella lettera di invito del 29 novembre e successiva integrazione del 30 novembre 2007 e, precisamente, dall'esame del contenuto della busta B - offerta economica - tempo".

Gli appelli avverso le suddette sentenze sono stati tutti respinti dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con decisione n. 4147 del 19 giugno 2009.

2. Con decreto rettorale in data 1 ottobre 2008, in ottemperanza alle richiamate pronunce di questa Sezione, è stata riconvocata la Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte economiche.

Nella seduta pubblica del 6 ottobre 2010, la Commissione ha dichiarato non ricevibile il reclamo presentato dall'a.t.i. Controinteressata due (che chiedeva il riesame, in autotutela, del punteggio assegnato al progetto tecnico dell'a.t.i. Consorzio Controinteressata per lo sfruttamento delle energie alternative) ed ha rivalutato le sole offerte economiche e riattribuito i relativi punteggi, tenendo conto della sopravvenuta esclusione dell'a.t.i. Cingoli.

Migliore offerente è risultata l'a.t.i. Consorzio Controinteressata, con complessivi 71,474 punti; seconda

classificata l'a.t.i. Controinteressata due con 71,050 punti.; terza classificata l'a.t.i. Consorzio Ricorrente, con 67,398 punti.

3. Il terzo classificato Consorzio Ricorrente, con il primo dei ricorsi qui in esame (iscritto al numero di registro generale 43 del 2009), impugna la deliberazione del Consiglio di amministrazione dell'Università degli Studi di Bari del 28 ottobre 2008, con cui si approvano le determinazioni assunte nella seduta di gara del 6 ottobre 2008 e si dispone l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Consorzio Controinteressata.

Deduce eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e dei principi di economicità ed efficienza, illogicità manifesta, difetto di motivazione, travisamento, contraddittorietà, violazione dei criteri di valutazione delle offerte, violazione della lex specialis e dell'art. 2 del d. lgs. n. 387 del 2003 in materia di energie rinnovabili, violazione del decreto del Ministero dell'Interno 11 febbraio 1986. Lamenta, in sintesi, che la Commissione giudicatrice avrebbe ingiustamente sottovalutato il suo progetto tecnico, in relazione al risparmio energetico, agli impianti tecnologici, all'accessibilità ed alla manutenzione, e di contro avrebbe ingiustamente sopravvalutato il progetto tecnico del primo classificato Consorzio Controinteressata (nel quale figurerebbe, a suo dire, la realizzazione di posti auto non conformi al citato regolamento ministeriale del 1986) e quello dell'a.t.i. Controinteressata due (ove sarebbero previsti, a suo dire, 69 posti auto non conformi al progetto preliminare ed ai vincoli insistenti sul fabbricato).

Si sono costituiti, chiedendo il rigetto del gravame, l'Università di Bari, la Controinteressata due s.p.a. ed il Consorzio Controinteressata.

Quest'ultimo ha altresì notificato ricorso incidentale, con cui ha a sua volta denunciato l'ingiustizia di taluni punteggi assegnati al suo progetto ed ha contestato la conformità del progetto tecnico dell'a.t.i. ricorrente, rispetto alle norme sulla prevenzione incendi e sugli scarichi nel sottosuolo e nelle acque sotterranee.

4. Frattanto, con ricorso iscritto al numero di registro generale n. 1708 del 2008 (anch'esso venuto in decisione alla pubblica udienza del 20 ottobre 2010), anche il raggruppamento secondo classificato, capeggiato da Controinteressata due s.p.a., ha impugnato la nuova graduatoria e l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Consorzio Controinteressata, deducendo violazione della sentenza n. 2250/2008, violazione della lex specialis di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili. Con ordinanza n. 740 del 5 dicembre 2008, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare della Controinteressata due s.p.a. ed ha sospeso l'efficacia degli atti impugnati "... al fine dell'esame e della esplicitazione delle ragioni, da parte della commissione, circa la sussistenza o meno dell'errore materiale segnalato dalla ricorrente con l'indicata nota del 6 ottobre 2008 e della adozione, all'esito, di ogni consequenziale ed opportuno provvedimento".

In seguito, con nota fax del 16 gennaio 2009, la stazione appaltante ha richiesto chiarimenti a tutte le tre concorrenti circa l'iter logico matematico dei calcoli relativi al risparmio energetico. Quindi, nella seduta del giorno 11 febbraio 2009, la Commissione ha ricalcolato i punteggi relativi alle offerte tecniche: stavolta è risultata prima in graduatoria l'a.t.i. Controinteressata due, con 71,051 punti, mentre all'a.t.i. Consorzio Controinteressata sono stati assegnati complessivi 68,178 punti.

E' poi accaduto che, con nota fax del 5 maggio 2009 e presupposto decreto rettorale n. 5257 del 29 aprile 2009, l'Università ha disposto l'interruzione dei termini per l'approvazione dell'aggiudicazione. Con nota fax del 3 giugno 2009 e decreto rettorale n. 6406 del 28 maggio 2009, è stato richiesto un parere legale all'avv. ***** sull'intera procedura.

Il Consiglio di amministrazione dell'Università, con delibera assunta nella seduta del 21 luglio 2009, ha disposto di non approvare la proposta di aggiudicazione all'a.t.i. Controinteressata due (scaturita dalla seduta di gara del giorno 11 febbraio 2009) ed ha assegnato alla Commissione giudicatrice il termine di ulteriori 120 giorni per il riesame dei tre progetti in gara, sulla base dei documenti e dei chiarimenti fino a quel momento prodotti dai concorrenti e con il divieto di esaminare ex officio aspetti tecnici non controversi.

A seguito di tale ultima delibera e del riesame delle offerte tecniche, la Commissione ha reso noto, nella seduta pubblica del 5 gennaio 2010, di aver proposto l'aggiudicazione all'odierno ricorrente Consorzio Ricorrente (in origine terzo classificato), con il punteggio complessivo rideterminato in 72,479 punti, grazie ad una più favorevole valutazione dell'impianto geotermico.

5. Sennonché, il Consiglio di amministrazione dell'Università, nella seduta del 23 febbraio 2010, ha deliberato una nuova sospensione della procedura negoziata fino al 31 dicembre 2010 ed ha contestualmente approvato la relazione di stima, lo studio di fattibilità e l'incarico ad una Commissione all'uopo costituita, per acquistare a trattativa privata altro immobile sito in Bari - via Crisanzio (edifici ex Poste ed ex Enel), ove insediare la Facoltà di Scienze della Formazione, in luogo dell'immobile sede della ex Manifattura dei Tabacchi di Bari.

Con delibera del 25 maggio 2010, il Consiglio di amministrazione dell'Università ha poi disposto la revoca della gara per la ristrutturazione della ex Manifattura dei Tabacchi, sotto condizione risolutiva dell'acquisizione della delibera della Giunta regionale, in adempimento di quanto stabilito nel verbale di intesa istituzionale del 28 aprile 2010 presso il Ministero dello Sviluppo Economico, dando altresì mandato al Rettore di stipulare il contratto preliminare per la compravendita dell'immobile sito in via Crisanzio.

6. Tali ultimi provvedimenti sono impugnati dal Consorzio Ricorrente con il secondo dei ricorsi in epigrafe, iscritto al numero di registro generale 625 del 2010 ed integrato da motivi aggiunti, mediante cui deduce violazione dell'art. 57 del d. lgs. n. 163 del 2006, violazione degli artt. 21-quater e 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, violazione del principio di affidamento.

L'a.t.i. ricorrente chiede inoltre la condanna dell'Università di Bari al risarcimento del danno, per un importo di euro 3.322.968,95; in subordine, al pagamento dell'indennizzo per i costi sopportati, nella misura di euro 1.411.082,95.

7. Anche in tale giudizio si sono costituiti l'Università di Bari, la Regione Puglia, il Consorzio Ricorrente e la Controinteressata due s.p.a., le prime due chiedendo il rigetto delle domande, le controinteressate resistendo ciascuna per quanto di interesse.

Il difensore dell'Università di Bari ha replicato oralmente ai motivi aggiunti, nel corso della pubblica udienza del 20 ottobre 2010, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. I ricorsi vanno riuniti per essere decisi con unica sentenza.

2. Vanno esaminati con priorità i motivi aggiunti proposti nel ricorso iscritto al numero di registro generale 625 del 2010, con i quali viene impugnata la delibera adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Università nella seduta del 25 maggio 2010, per la revoca della procedura negoziata indetta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di ristrutturazione della ex Manifattura dei Tabacchi (revoca rispetto alla quale non si è verificata la condizione risolutiva espressamente apposta, correlata alla delibera della Regione Puglia prevista nel verbale di intesa del 28 aprile 2010 presso il Ministero dello Sviluppo Economico: la difesa dell'Ateneo ha infatti depositato, il 15 ottobre 2010, documenti dai quali si desume che l'accordo di programma preordinato al finanziamento dell'acquisto dell'immobile sito in via Crisanzio ha ricevuto positiva attuazione, fino a giungere alla stipula del compromesso con l'attuale proprietaria ***** s.p.a. in data 12 ottobre 2010).

L'impugnativa, per tale parte, è infondata e deve essere respinta.

La revoca della gara poggia su motivazioni così riassumibili:

- è stato approvato, con precedente deliberazione del 23 febbraio 2010, lo studio di fattibilità per l'insediamento della Facoltà di Scienze della Formazione nell'immobile ex Enel di via Crisanzio e nell'edificio ex Poste in piazza Cesare Battisti, in luogo di quello originariamente progettato nel fabbricato ex Manifattura Tabacchi, ispirato dalla riconsiderazione dell'interesse pubblico nel senso di accorpate detta Facoltà nell'unico campus umanistico della città di Bari;

- il Senato accademico ha espresso il proprio assenso, in data 16 febbraio 2010, alla realizzazione del campus nel quartiere murattiano;

- con l'accordo sottoscritto il 28 aprile 2010 presso il Ministero dello Sviluppo Economico, è stata concordata con la Regione Puglia la modifica del precedente programma quadro, attraverso la sostituzione dell'intervento di ristrutturazione della ex Manifattura Tabacchi con l'acquisto e la ristrutturazione degli edifici ex Enel ed ex Poste;

- l'opportunità di acquistare il palazzo ex Enel, che si è concretizzata nel corso della gara su cui verte la presente causa, costituisce ragione di sopravvenuto e manifesto interesse pubblico alla sua integrale revoca, ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, poiché sono evidenti "... i vantaggi logistici, organizzativi e gestionali derivanti dalla concentrazione di tutte le Facoltà, Dipartimenti, laboratori, aule delle Facoltà umanistiche nel suddetto *****", realizzabile intorno alla piazza *****", in edifici contermini destinati così ad ospitare le Facoltà di Giurisprudenza, ***** e Letterature Straniere, Scienze della Formazione;

- va perciò riconsiderata la decisione, assunta nel 1999 all'epoca della stipula del protocollo d'intesa con il Comune di Bari, che consentì l'acquisizione in permuta della ex Manifattura Tabacchi;

- la ristrutturazione del palazzo ex Enel avrà un costo di gran lunga inferiore, pari a circa un decimo, rispetto a quello preventivato per la ristrutturazione della ex Manifattura Tabacchi.

La decisione di ritirare, in autotutela, il bando di gara e tutti gli atti della procedura (culminata peraltro, al gennaio 2010, nella proposta di aggiudicazione in favore del Consorzio Ricorrente) resta indenne, ad avviso del Collegio, dai vizi denunciati dal raggruppamento ricorrente.

In primo luogo, deve rammentarsi che l'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha sempre natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali.

Essa pertanto è inidonea a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una posizione consolidata di vantaggio, con la conseguenza che sull'Amministrazione che intende esercitare il potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria incombe un onere di motivazione fortemente attenuato, circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi in base ai quali essa si ritiene di non procedere all'affidamento dei lavori o del servizio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; Id., sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8966; TAR Puglia, Bari, sez. I, 14 settembre 2010 n. 3459).

Più in generale, con riguardo allo ius poenitendi riconosciuto alla stazione appaltante, si è da tempo affermato che l'Amministrazione conserva il potere di revocare il bando ovvero l'aggiudicazione di un appalto, per sopravvenute ragioni di interesse pubblico ovvero per la sopravvenuta riconsiderazione di fatti e situazioni preesistenti, purché l'atto di autotutela sia adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico alla revoca d'ufficio; la potestà di ritiro si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che, com'è noto, impegna l'Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (cfr. in tal senso, tra molte, Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2004 n. 6931; Id., sez. V, 20 settembre 2001 n. 4973) e trova ormai positivo riconoscimento nella previsione dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990.

Nella fattispecie in esame, il provvedimento di revoca adottato dall'Università di Bari contiene sufficienti elementi giustificativi, riferiti all'esigenza di realizzare una organica sistemazione delle Facoltà umanistiche nel campus del quartiere murattiano, con costi di ristrutturazione sensibilmente inferiori rispetto a quelli preventivati per il recupero della ex sede della Manifattura Tabacchi. Ciò che conta, per giustificare la revoca della gara in corso, è la serietà dell'operazione individuata quale alternativa a quella già avviata, che non ha trovato smentita nei documenti prodotti (ed è stata anzi confermata dall'avvenuta sottoscrizione, in data 12 ottobre 2010, del contratto preliminare per l'acquisto dell'immobile sito in via Crisanzio, di proprietà della Cufin s.p.a.).

Le doglianze ampiamente sviluppate sul punto dalla ricorrente attengono invero al merito della scelta discrezionale assunta dall'Università di Bari, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale al di là di eventuali profili di illogicità o sviamento, nella specie non dimostrati.

Elementi quali l'incertezza dei tempi di conclusione della gara per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della ex Manifattura Tabacchi e la litigiosità dei concorrenti assumono un rilievo del tutto marginale, nell'ambito della motivazione che è posta a base della delibera di revoca.

Per tale parte, i motivi aggiunti sono perciò infondati e vanno respinti.

3. L'accertata legittimità della deliberazione del Consiglio di amministrazione dell'Università del 25 maggio 2010, con la quale è stata revocata per sopravvenute ragioni di interesse pubblico la procedura negoziata indetta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di ristrutturazione della ex Manifattura dei Tabacchi, determina l'improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse, nel ricorso iscritto al numero di registro generale 625 del 2010, dell'impugnativa riguardante le delibere di sospensione del procedimento (assorbite dalla decisione definitiva di non portare a termine la gara); sono altresì improcedibili, nel giudizio iscritto al numero di registro generale 43 del 2009, sia il ricorso principale del Consorzio Ricorrente sia il ricorso incidentale del Consorzio Controinteressata, che attengono alle valutazioni della Commissione giudicatrice sui progetti tecnici ed alle graduatorie anteriori alla delibera di revoca.

4. La domanda di risarcimento del danno, introdotta con motivi aggiunti nel ricorso numero 625 del 2010, deve invece essere accolta sotto il profilo della responsabilità pre-contrattuale ex art. 1337 cod. civ., sicuramente ravvisabile nella condotta tenuta dall'Università di Bari.

4.1. Quanto alla culpa in contraendo, va censurato il comportamento dell'ente, che ha indetto con procedura accelerata una gara per la scelta dell'impresa deputata a redigere il progetto esecutivo e ad effettuare i lavori di ristrutturazione della ex Manifattura Tabacchi, ha poi sospeso per diversi mesi la procedura per approfondimenti tecnico-giuridici resisi necessari a causa degli incerti esiti dell'attività valutativa della Commissione giudicatrice, ma al contempo ha avviato l'istruttoria per l'individuazione di edifici alternativi da adibire a sedi delle Facoltà umanistiche, vanificando così l'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti, in virtù di un ripensamento circa la convenienza dell'intervento che è sì, in ultima analisi, giustificabile e legittimo (trattandosi, come si è detto, di scelta discrezionale insindacabile), ma che risulta irrimediabilmente tardivo rispetto al momento di indizione della gara e, come tale, non rispettoso degli obblighi di lealtà e speditezza che gravano sulla stazione appaltante.

A tal proposito, costituisce ius receptum il principio secondo cui la legittimità dell'atto di revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento dell'Amministrazione, con riguardo al rispetto dei canoni di buona fede e correttezza (da intendersi in senso oggettivo), nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica preordinato alla selezione del contraente. L'espressa previsione nell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990 dell'obbligo di indennizzare il privato, per eventuali pregiudizi subiti in conseguenza della revoca, non fa venir meno la possibile responsabilità della stazione appaltante per violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto di appalto.

Non costituisce ostacolo al riconoscimento della responsabilità pre-contrattuale dell'ente la reiezione della domanda di annullamento del provvedimento di revoca, poiché è provato che l'elusione delle aspettative della ricorrente, seppure non intenzionale, è colposa e contraria ai canoni di correttezza e buona fede nella formazione del contratto. La responsabilità pre-contrattuale per la revoca della gara non ancora conclusa può infatti sempre ritenersi configurabile, quando il fine pubblico venga attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà, sicché anche dalla revoca legittima degli atti di

gara può scaturire l'obbligo di risarcire il danno, nel caso di affidamento suscitato nell'impresa (in tal senso la più recente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005 n. 6; Id., sez. V, 30 novembre 2007 n. 6137; Id., sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; Id. sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245; TAR Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006 n. 1794; TAR Lazio, sez. II quater, 2 aprile 2010 n. 5621; TAR Puglia, Bari, sez. I, 14 settembre 2010 n. 3459).

Sussiste perciò la responsabilità precontrattuale dell'Università, la quale, pur avendo adottato una legittima delibera di revoca della gara, ha tenuto un contegno che risulta complessivamente contrario ai canoni della buona fede e correttezza, soprattutto perché, appena accortasi della sussistenza di motivi di interesse pubblico che consigliavano di intraprendere altre strade, non ha immediatamente ritirato i precedenti provvedimenti, ma ha invece inutilmente prolungato lo svolgimento della gara per un lungo lasso di tempo, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle chances di conseguire l'appalto. Ed in tal senso, proprio l'andamento incerto della gara (che ha visto singolarmente alternarsi i tre raggruppamenti concorrenti nella prima posizione in graduatoria) ha contribuito ad ingenerare in ciascuno di essi un affidamento, la cui violazione ha determinato un danno che è meritevole di adeguato ristoro.

4.2. Ai fini della commisurazione del danno risarcibile, deve aversi riguardo al solo interesse negativo, ossia alle spese effettivamente sostenute in vista della conclusione dell'affare (danno emergente) ed alle occasioni contrattuali perse per aver confidato nell'impegno assunto (lucro cessante), mentre resta escluso il risarcimento dell'utile che si sarebbe conseguito con l'esecuzione del contratto (cfr., tra molte, *****, sez. V, 10 novembre 2008 n. 5574; Id., sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 5179; TAR Puglia, Bari, sez. I, 16 febbraio 2008 n. 249). Invero, e per di più, nella fattispecie l'esito della gara appare a posteriori tutt'altro che sicuro, essendosi avvicendate in momenti diversi le tre concorrenti al primo posto in graduatoria, sicché il raggruppamento ricorrente non può dimostrare con sufficiente certezza di aver perso l'opportunità di aggiudicarsi la commessa, per effetto della revoca disposta dall'Università.

4.3. Poiché la ricorrente nulla deduce in ordine ad eventuali occasioni perdute a causa del protrarsi della procedura indetta dall'Università di Bari, la liquidazione del danno va circoscritta alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara poi revocata.

La difesa di parte ricorrente indica, quali voci di danno emergente:

- costi di progettazione, pari a euro 731.082,95;

- costi di partecipazione alla gara e di gestione amministrativa, pari a euro 80.000;

- costi per le diverse fasi del contenzioso legale, pari a euro 300.000;

- costi di immobilizzo della struttura amministrativa, pari a euro 300.000.

Allega, a comprova, stralci del capitolato speciale d'appalto allegato alla lettera d'invito ed il calcolo degli onorari giudiziali in base alle tariffe forensi (cfr. doc. 1 - 3, depositati il 9 ottobre 2010). Non è chiaro (e comunque non è dimostrato) se le somme reclamate a titolo risarcitorio siano state già pagate ai professionisti a vario titolo coinvolti nella procedura.

La domanda risarcitoria è stata introdotta con gli ultimi motivi aggiunti, ritualmente notificati il 25 giugno 2010. La difesa dell'ente convenuto non ha svolto difese scritte in merito alla domanda risarcitoria. Nel corso della discussione svoltasi alla pubblica udienza del 20 ottobre 2010, il difensore dell'Università di Bari ha chiesto il rigetto della domanda in quanto infondata, ma non ha contestato il conteggio dettagliato delle spese di progettazione e di partecipazione alla gara, elaborato dall'a.t.i. ricorrente con gli ultimi motivi aggiunti e con la memoria conclusiva.

Orbene, se da un lato non può dubitarsi che la responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall'art. 1337 cod. civ., costituisca una species di responsabilità extracontrattuale (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2008 n. 5574) e che, dunque, incomba sul danneggiato

L'onere di provare i fatti costitutivi e la consistenza del pregiudizio, dall'altro lato deve osservarsi che anche nel processo amministrativo vige, quantomeno per le azioni risarcitorie in cui vengono in rilievo diritti patrimoniali, il principio di disponibilità dei mezzi di prova ed il principio di non contestazione: ai sensi dell'art. 64, secondo comma, cod. proc. amm., il giudice amministrativo pone a fondamento della decisione le prove allegate dalle parti "... nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite".

La giurisprudenza amministrativa, anche prima dell'approvazione del nuovo codice di rito, ha avuto modo di affermare che nelle cause risarcitorie, vertendosi in tema di diritti soggettivi, trova piena applicazione il principio dell'onere della prova, ma il giudice può sempre intervenire in via suppletiva, con la liquidazione equitativa del danno, quando non possa essere fornita la prova precisa del quantum della lesione, fermo restando che l'an dello stesso va provato dall'interessato (Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2009 n. 1716).

Nella fattispecie, può dirsi che il raggruppamento ricorrente abbia fornito un principio di prova in ordine ai costi sostenuti per la partecipazione alla gara.

Il fatto che gli onorari non siano stati ancora corrisposti (quantomeno per intero) ai professionisti incaricati della progettazione e della consulenza non è di per sé sufficiente, ad avviso del Collegio, ad escludere la sussistenza di un danno risarcibile, attuale e concreto. L'attività tecnico-professionale di progettazione delle opere pubbliche è infatti normalmente onerosa: nella fattispecie, essa si è resa necessaria prima della partecipazione alla gara (iniziata secondo lo schema dell'appalto concorso), per la quale si è richiesto ai concorrenti di predisporre il progetto esecutivo dell'opera. La progettazione esecutiva ha riguardato lavori di importo considerevole, dal momento che il corrispettivo a base d'asta è stato indicato dall'Amministrazione in euro 22.732.014, oltre agli oneri per la sicurezza.

Ciò peraltro non significa, ad avviso del Collegio, che debba integralmente accogliersi la domanda di parte ricorrente. Secondo un principio processuale di carattere generale, oggi confermato dal quarto comma dell'art. 64 cod. proc. amm., il giudice valuta le prove secondo il suo prudente apprezzamento.

La valutazione equitativa del danno (in base al combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 cod. civ.) è consentita, anche nel processo amministrativo, in caso di impossibilità o di grave difficoltà di assolvere all'onere probatorio (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2010 n. 4660). Anche nel processo civile, il giudice adito con azione risarcitoria può e deve, anche d'ufficio, procedere alla liquidazione del danno in via equitativa, nell'ipotesi in cui sia mancata la prova del suo preciso ammontare per l'impossibilità della parte di fornire congrui ed idonei elementi al riguardo, ma anche nell'ipotesi in cui, pur in presenza di un'attività processuale della parte volta a fornire questi elementi, il giudice, per la notevole difficoltà di una precisa quantificazione, non li abbia tuttavia riconosciuti di sicura efficacia (Cass. civ., sez. I, 19 marzo 1991 n. 2934).

Nella vicenda in esame, la difficoltà di comprovare il pregiudizio patrimoniale attinente ai costi di progettazione discende innanzitutto dalla circostanza che il raggruppamento ricorrente non ha prodotto fatture attestanti l'avvenuto pagamento delle parcelle ai professionisti incaricati. Ma il rinvio della liquidazione delle spettanze, che può giustificarsi con l'abnorme durata della gara e con la perdurante incertezza circa il suo esito, non vale comunque ad impedire in radice il riconoscimento di un pregiudizio risarcibile.

La misura del compenso cui l'a.t.i. ricorrente sarà presumibilmente tenuto a far fronte deve pertanto essere equitativamente ridotta, rispetto ai calcoli ed alle richieste formulate in atti, sia perché la prova dell'importo degli onorari si presenta approssimativa e generica (benché non del tutto assente), sia perché le tariffe professionali sono, nei rapporti privatistici di libero mercato, meramente indicative e derogabili verso il basso, e ciò è tanto più frequente nella prassi quando il committente sia un soggetto di notevole dimensione imprenditoriale, dotato di forza contrattuale (come, appunto, nel caso del raggruppamento ricorrente).

Nella somma così forfetariamente determinata vanno ricompresi anche i costi della consulenza legale stragiudiziale, che l'a.t.i. ricorrente verosimilmente si è trovata ad affrontare, costrettavi dalla farraginosità del procedimento di gara e dagli errori in cui la stessa stazione appaltante ha ammesso di essere incorsa; viceversa, i costi della difesa in giudizio possono trovare riconoscimento esclusivamente attraverso l'istituto della condanna alle spese (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751).

Non sono invece risarcibili le spese generali ed i costi di immobilizzo della struttura aziendale. Nel caso di azione risarcitoria per responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, il danno relativo alle spese sostenute dal danneggiato non può che avere ad oggetto le voci strettamente afferenti alla partecipazione alla gara di appalto, con esclusione quindi di ulteriori e diversi elementi quali, ad esempio, il mantenimento della struttura aziendale, le quote di ammortamento dei macchinari e delle attrezzature acquistate per l'esecuzione dell'appalto, ovvero le spese connesse all'anticipata consegna dei lavori ovvero all'esecuzione delle opere quali, ad esempio, le spese generali di sede, le spese di cantiere, di personale, le spese di viaggio, alloggio, autovetture, casermaggio, assicurazioni, utenze, affitti passivi, cancelleria, stampati e copie (così, in giurisprudenza, TAR Lazio, sez. III, 10 settembre 2007 n. 8761).

4.4. Tutto ciò premesso, si ritiene equo liquidare il danno risarcibile in relazione ai costi sostenuti (e da sostenere) per la redazione del progetto esecutivo e per la partecipazione alla gara, per la somma di euro 750.000, che appare congrua a fronte dell'importo complessivo dei lavori a base d'asta (fissato nella lex specialis, come si è ricordato, in euro 22.732.014).

4.5. Su detta somma non spettano la rivalutazione monetaria e gli interessi compensativi, non essendovi prova che l'esborso di denaro sia già avvenuto e difettando, per tale ragione, il pregiudizio derivante dal decorso del tempo e dalla mancata disponibilità per impieghi remunerativi della somma di denaro in cui il debito viene liquidato.

5. Le spese processuali sono parzialmente compensate, in ragione della parziale soccombenza, e sono poste a carico dell'Università di Bari nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto del valore della causa; restano compensate tra le altre parti intervenute.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) respinge i motivi aggiunti proposti per l'annullamento della deliberazione del 25 maggio 2010;
- 2) dichiara improcedibili entrambi i ricorsi in epigrafe, per la parte impugnatoria;
- 3) accoglie in parte la domanda di risarcimento del danno, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto condanna l'Università di Bari al pagamento della somma onnicomprensiva di euro 750.000 (settecentocinquantamila) in favore del Consorzio Ricorrente;
- 5) condanna l'Università di Bari alla refusione delle spese processuali in favore delle società ricorrenti, nella misura di euro 10.000 (diecimila) oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge;
- 6) compensa le spese processuali tra le altre parti intervenute;
- 7) dispone la trasmissione degli atti alla Procura regionale presso la Corte dei conti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/l-aggiudicazione-provvisoria-di-un-appalto-pubblico-ha-sempre-natura-di-atto-endopr-ocedimentale/>