



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 7767 del 2010, proposto da:
Scoglio S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Sasso, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione S. Anna e San Sebastiano di Caserta, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Nardone, con domicilio eletto presso Antonio Nardone in Roma, piazza del Popolo, 18;
Combustibili Nuova Prenestina S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino, 2/A; Iteon Spa in Pr. e Q. Mand. Ati, Ati Ellemme Impianti Spa - Iteon Spa e in Proprio, Adiramef Srl in Pr. e Q. Mand. Ati, Ati Cofatec Servizi Spa - Adiramef Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 16615/2010,
resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI

MANUTENZIONE, CONDUZIONE E GESTIONE DEGLI IMPIANTI ELETTRICI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione S. Anna e San Sebastiano di Caserta e di Combustibili Nuova Prenestina S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Sasso e Vulpetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ha partecipato alla procedura aperta, indetta dall'AORN Caserta, per l'affidamento del servizio di manutenzione, conduzione e gestione degli impianti elettrici, classificandosi al sesto posto in graduatoria dopo l'aggiudicataria Combustibili Nuova Prenestina S.r.l.

La medesima ha impugnato dinanzi al TAR Campania, con ricorso introduttivo e con tre gravami per motivi aggiuntivi, tutti gli atti relativi a tale procedura, chiedendo la rinnovazione della gara perché afflitta da vizi inerenti alla violazione del diritto comunitario, dei principi di trasparenza, pubblicità e par condicio, del codice degli appalti pubblici, del disciplinare di gara, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili ed all'illegittimità derivata.

Con un quarto gravame per motivi aggiunti, la ricorrente ha poi esteso l'impugnativa anche agli atti mediante i quali l'AORN Caserta ha affidato in via temporanea il servizio in questione con procedura negoziata.

Con sentenza n. 16615/2010, depositata l'otto luglio 2010, i primi giudici hanno respinto il ricorso, così come integrato dai successivi atti di motivi aggiuntivi.

Avverso la predetta sentenza l'impresa Scoglio ha interposto l'odierno appello, contestando gli argomenti posti a fondamento della stessa.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del gravame.

Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata Combustibili Nuova Prenestina S.r.l. la quale, con memoria nei termini, ha eccepito l'inammissibilità del gravame e ne ha contestato la fondatezza nel merito, chiedendone parimenti la reiezione.

All'udienza del 1° febbraio 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello è fondato, nei sensi e con gli effetti di seguito precisati.

Osserva in via preliminare il Collegio che:

- nel verbale n. 2 del 04.05.09, viene precisato che “ la commissione provvede all'apertura di alcuni plichi relativa all'offerta tecnica senza approfondire i dettagli tecnici ”, e che “ alla fine dei lavori, tutta la documentazione viene affidata in custodia al segretario della commissione di gara”;

- nel verbale n. 3 del 19 maggio, uno dei rappresentanti della ricorrente ha formalmente denunciato e verbalizzato che: “ (...) in data 5 maggio 2009, essendo presente con la collega Scognamiglio nella sala dove erano custoditi i plichi delle varie offerte tecniche, per l'accesso agli atti di altra procedura di gara, intorno alle 11.15 ed alla presenza della sig.ra Lucchini e ad altra dipendente, vedeva che il Commissario ing. Quarto chiedeva di prelevare i plichi n. 4 e 5 delle offerte tecniche della presente procedura, tanto è vero che la sig.ra Lucchini, scherzosamente, chiedeva al sottoscritto di prelevare lo scatolone dell'offerta n. 4. Dopo che il Commissario era uscito dalla stanza con i plichi delle offerte tecniche,

il dichiarante chiedeva alla sig.ra Lucchini spiegazioni su quanto visto perché ritenuto anomalo in base alla procedura di gara ma non riceveva risposta esaustiva. Pertanto il dichiarante ritiene che i plichi delle offerte tecniche n. 1, 2, 3 siano stati già aperti, avendo anche visto il plico n. 2 dell'offerta tecnica aperto”.

Dal medesimo verbale risulta che il Presidente, di riscontro a tale rilievo, ha precisato che:

“ Ritenendo ancora che la comunicazione alle ditte rappresenta una semplice enunciazione formale, dal momento che già si era antecedentemente esaurita la parte valutativa di ammissibilità alla gara, la Commissione ha avviato le procedure valutative ”

Sempre nel verbale, viene infine dichiarato che “ alla fine dei lavori, tutta la documentazione viene affidata in custodia al segretario della Commissione di gara ”, senza ulteriori precisazioni;

- in tutti i successivi verbali di gara nn. 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 la Commissione, terminati i lavori di valutazione delle singole offerte tecniche presentate dai concorrenti, non fornisce indicazione alcuna circa l'integrità, l'affidamento e le modalità di custodia dei relativi plichi.

1.1 Tanto premesso, erroneamente il giudice di prime cure ha disatteso le censure dedotte dalla ricorrente in ordine alla mancanza delle doverose cautele da adottare a salvaguardia dell'integrità dei plichi contenenti le offerte, ritenendole in parte inammissibili ed in parte infondate.

In primo luogo, infatti, le stesse sono state esplicitate negli atti di motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati, e non “ introdotte attraverso una memoria difensiva non notificata alle controparti ” come viceversa ritenuto nella sentenza appellata, e quindi sono all'evidenza pienamente ammissibili.

In secondo luogo, le stesse risultano ampiamente corroborate dal contenuto dei verbali della commissione di gara, riguardato nel suo complesso, da cui si evince come sopra rappresentato che:

- nella seduta del 4 maggio la commissione ha aperto alcuni plichi relativi all'offerta tecnica, affidando al termine dei lavori tutta la documentazione in custodia al segretario, senza la minima specificazione in ordine alle concrete cautele poste in essere per salvaguardare l'integrità della documentazione stessa;
- nella successiva seduta del 19 maggio, la Commissione non ha effettuato alcuna preliminare constatazione in ordine alla integrità della documentazione di gara e, tanto meno, precisato alcunché circa le concrete modalità di custodia poste in essere per la sua salvaguardia;
- nella medesima seduta del 19 maggio, il Presidente “ in nome della Commissione unanime ”, non ha smentito il fatto che in data 5 maggio un singolo commissario abbia chiesto e prelevato direttamente taluni plichi contenenti le offerte tecniche in parte già aperti (come contestato dal rappresentante dell'odierna ricorrente), limitandosi sul punto a precisare che erano già state avviate le procedure valutative delle offerte tecniche;
- in tutte le ulteriori sedute effettuate prima della aggiudicazione provvisoria avvenuta il 29 giugno, non è stata fornita la benché minima indicazione in ordine sia al soggetto affidatario dei plichi sia alle modalità di custodia dei plichi stessi e di tutta la restante documentazione di gara.

In altri termini, i verbali di gara in contestazione non solo non forniscono utili indicazioni in ordine alle cautele adottate dalla Commissione per assicurare la doverosa integrità della documentazione nelle varie fasi della gara, ma attestano al contrario l'assoluta carenza di idonee misure di custodia dei plichi contenenti le offerte e finanche la gestione diretta degli stessi al di fuori di una formale seduta, in assenza di qualsivoglia garanzia di pubblicità.

Ne consegue, pertanto, la fondatezza dell'appello attesa la violazione del principio di trasparenza e dell'ordinato svolgimento delle operazioni di gara, secondo i canoni fissati dall'art. 97 della Costituzione.

2. Tanto acclarato, si pone il problema della pronuncia da rendere, avuto riguardo alla normativa contenuta nel codice del processo amministrativo.

Al riguardo, va osservato in via preliminare che:

- la ricorrente si è classificata sesta nella graduatoria della gara in questione;
- sia il ricorso in primo grado che l'odierno appello sono stati proposti in ragione dell'esclusivo interesse strumentale di poter ottenere, tramite l'annullamento degli atti impugnati, l'indizione di una nuova gara a cui poter partecipare vittoriosamente;
- nell'atto introduttivo del giudizio e nel successivo atto di motivi aggiunti non viene avanzata alcuna contestuale istanza di risarcimento danni, né tale richiesta è stata successivamente proposta in qualsiasi forma;
- a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto e della stipula del relativo contratto, non è stata richiesta alcuna declaratoria di inefficacia del contratto stesso (e tanto meno, attesa la posizione della ricorrente, il subentro in quest'ultimo);
- ad oggi l'interesse pubblico volge oggettivamente verso il mantenimento del contratto stipulato con l'aggiudicataria, atteso il suo stato di avanzata esecuzione;

2.1 Ciò posto, nel nuovo sistema delineato dal codice del processo amministrativo l'odierno ricorso, diretto all'annullamento dell'aggiudicazione impugnata in primo grado in vista della riedizione della gara, non può dar luogo ad una pronuncia conforme al petitum.

Ed invero, nella specie non soccorre nessuno dei parametri cui l'art. 122 c.p.a. subordina la pronuncia di inefficacia del contratto, condizione necessaria perché la stazione appaltante possa procedere alla rinnovazione della gara.

Ed infatti, l'appellante, classificatasi sesta, non ha effettiva possibilità di conseguire in via diretta l'aggiudicazione alla luce dei vizi riconosciuti, di natura esclusivamente strumentale, e tanto meno, la possibilità di subentrare nel contratto.

Inoltre, essendo il contratto in stato d'avanzata esecuzione, non è possibile la stessa rinnovazione della gara

In questa situazione processuale non soltanto il giudice non ha ragioni per pronunciare l'inefficacia del contratto, ma lo stesso annullamento non recherebbe alcuna utilità all'appellante, non potendo avere alcun contenuto conformativo idoneo a soddisfare l'interesse della stessa.

Orbene, ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., “ quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori ”.

Tale articolo, infatti, introduce un principio di carattere generale volto da un lato ad inibire l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i loro effetti nel corso del giudizio e, dall'altro, a tutelare, in presenza dei necessari presupposti, l'interesse all'accertamento.

In questa ipotesi l'azione costitutiva si depotenzia di quel “*quid pluris*” - la modificazione di una situazione giuridica - che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione per ridursi a mero accertamento, per il quale il presupposto dell'interesse è costituito dall'interesse risarcitorio.

I termini del quale interesse sono segnati dal quinto comma dell'art. 30 c.p.a., secondo cui, quando sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata anche sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza: il che rende ragione del fatto che l'enunciato

normativo si riferisce all'interesse risarcitorio e non ad una domanda risarcitoria già proposta.

3. Resta da chiarire se l'applicazione della norma presupponga una specifica istanza dell'interessato e se, nella specie, “ sussiste l'interesse ai fini risarcitori ” come prescritto dalla norma stessa.

Al primo quesito va data risposta negativa.

In tal senso milita, anzitutto, l'argomento testuale. Infatti, la norma dispone che in presenza dei presupposti dalla stessa predefiniti “ il giudice accerta l'illegittimità dell'atto ”, impiegando una locuzione vincolante.

In secondo luogo, l'accertamento dell' illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel petitum di annullamento come un presupposto necessario. Siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, quindi da compiere d'ufficio: in quanto manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse all'accertamento ai fini risarcitori,

In relazione poi al secondo profilo (l'interesse ai fini risarcitori), esso è desumibile dal tipo di controversia e dagli atti di causa.

Ora, è noto come il danno ipoteticamente risarcibile si sostanzia essenzialmente nelle seguenti voci:

- a) danno emergente, costituito dalle spese e dai costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura;
- b) lucro cessante, generalmente determinato nel 10% del valore dell'appalto;
- c) un'ulteriore percentuale del valore dell'appalto a titolo di perdita di chance, legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito. .

Ciò posto, è di tutta evidenza come nella specie sussista oggettivamente uno specifico interesse che, in ipotesi, ben potrebbe essere coltivato a fini risarcitori, in

relazione ad eventuali spese di partecipazione alla gara e all'eventuale perdita di chances che l'impresa possa allegare.

Ne consegue che, nella specie, sussistono tutti i presupposti per una pronuncia ai sensi del richiamato comma terzo dell'art. 34 del codice del processo.

4. L'appello, pertanto, va accolto nei sensi e con gli effetti sopra specificati.

Le spese seguono la soccombenza, e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo accoglie nei sensi specificati in motivazione e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e accerta l'illegittimità degli atti in tale sede gravati.

Condanna l'amministrazione resistente e la società controinteressata al pagamento in solido in favore della ricorrente delle spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano in euro 6.000,00 (seimila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2011

IL SEGRETARIO

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