

N. 02183/2014REG.PROV.COLL.

N. 06847/2011 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 6847 del 2011, proposto da:
Cpl Concordia Società Cooperativa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Lilli e Marco Bertazzolo, con domicilio
eletto presso Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita N.90;

contro

Veneto Distribuzione Gas Spa, oggi Enerco Distribuzione Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Lolli e
Aristide Police, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti 11;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00687/2011, resa tra le parti, concernente revoca
gara per lavori di manutenzione reti gas e per servizi di pronto intervento - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Veneto Distribuzione Gas Spa Oggi Enerco Distribuzione Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Lilli
e Police;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto da Cpl Concordia Società Cooperativa e Veronese Impianti S.p.A. avverso la deliberazione 26.6.2009 con cui Veneto Distribuzione s.p.a. aveva revocato la gara d'appalto finalizzata all' affidamento di lavori di manutenzione ordinaria, straordinaria e servizio di reperibilità e pronto intervento su reti ed impianti gas gestiti nel territorio di alcuni Comuni della provincia di Padova e della provincia di

Vicenza.

La società appellante contesta gli argomenti posti a fondamento del *decisum*.

Si è costituita in giudizio la Enerco Distribuzione S.p.A., succeduta a Veneto Distribuzione S.p.A.

All'udienza del 25 marzo 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso è fondato.

2.1. Merita favorevole valutazione il motivo di ricorso con cui parte appellante contesta l'erroneità della sentenza del giudice territoriale per travisamento dei fatti, dei presupposti, illogicità ed ingiustizia manifesta, nonché per violazione della stessa *lex specialis* e dei principi che governano l'esercizio del potere di revoca.

Non assume rilievo decisivo, al fine di giustificare l'esercizio del potere di ritiro, la previsione, contenuta nel disciplinare, secondo cui "*l'ente si riserva la facoltà insindacabile di non far luogo, sospendere, annullare la procedura in qualunque momento precedente l'aggiudicazione senza che i concorrenti possano avanzare alcuna pretesa in merito*".

In disparte la questione della legittimità di una normativa di gara che attribuisca all'ente aggiudicatore un potere insindacabile di incidere sugli atti della procedura, si deve osservare che la ragione posta a sostegno del provvedimento di revoca oggetto di giudizio, data dalla pendenza di una procedura di evidenza pubblica finalizzata alla cessione integrale del capitale sociale della stazione appaltante Veneto Distribuzioni, è stata regolata da una norma speciale, come tale prevalente sulla clausola generale, ossia dall'art. II. 3 del bando, a tenore del quale "*si informa sin d'ora che essendo in atto la procedura per la vendita della società Veneto Distribuzione S.p.A., nel contratto che verrà stipulato con l'aggiudicatario verrà stabilito che in caso di cessione della convenzione al nuovo acquirente, quest'ultimo avrà la facoltà di rescindere il contratto di appalto, con preavviso di sei mesi, senza dover alcun indennizzo all'appaltatore uscente*".

Tale essendo la disciplina di gara, si deve convenire con l'appellante che l'esercizio del potere di revoca non è sorretto nella specie dai presupposti, normativamente richiesti ai sensi dell'articolo 21 *quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, della rivalutazione dell'interesse pubblico o dell'apprezzamento di fatti nuovi.

Non è ravvisabile una rivalutazione dell'interesse pubblico posto che l'incidenza della procedura di alienazione del capitale sociale dell'amministrazione aggiudicatrice era stata soppesata in modo adeguato nella *lex specialis* e che il provvedimento impugnato non è corredato da una nuova ponderazione degli interessi sintetizzati con la previsione prima rammentata.

Del pari non risulta apprezzabile alcun fatto nuovo, visto che il mutamento della compagine sociale era già stato considerato in sede di fissazione delle regole di gara con l'attribuzione alla "nuova" società del potere di recesso. Non costituisce, infatti, fatto nuovo la circostanza della mancata partecipazione degli originari soci alla gara per la cessione delle azioni della stazione appaltante, se si considera, per un verso, che anche a tale evenienza si applica il richiamato art. II, punto 3, del bando e che la paventata esigenza di evitare alla nuova società un vincolo contrattuale pluriennale è stata soddisfatta dalla normativa di gara mediante l'attribuzione di un potere privato di recesso con preavviso semestrale.

Si deve conclusivamente ritenere che, avendo i partecipanti alla gara assunto il solo rischio della soggezione all'esercizio del diritto potestativo di recesso, l'adozione del provvedimento di revoca ha prodotto un'ingiustificata, illogica e non adeguatamente motivata lesione dell'affidamento che, alla luce dell'ordinamento comunitario, merita tutela anche nella fase che precede l'aggiudicazione definitiva. Ne deriva la declaratoria di illegittimità del provvedimento di revoca ex articolo 34, comma 3, del codice del processo amministrativo, visto che anche l'appellante richiede l'accertamento di tale illegittimità, senza effetti costitutivi, a fini meramente risarcitori.

2.2. Merita a questo punto accoglimento parziale la domanda, articolata dall'appellante, finalizzata al risarcimento del danno patito per effetto della illegittima revoca della procedura di gara.

Quanto al danno emergente la richiesta di liquidazione di una somma pari a 10.000/00 euro non merita integrale accoglimento in considerazione dell'esorbitanza di tale importo rispetto alle spese plausibilmente sostenute per la partecipazione ad una gara che non richiedeva la presentazione di un progetto ma solo un'analisi dei costi. Si può allora riconoscere, sulla scorta di una valutazione equitativa che tiene conto delle caratteristiche della procedura e del tipo di attività imposta ai partecipanti, un danno nella misura di euro 5.000/000.

Non merita invece accoglimento la richiesta di risarcimento del danno per il lucro cessante subito dall'appellante in ragione della perdita di altre favorevoli occasioni contrattuali o per la mancata aggiudicazione della gara in esame, posto che l'appellante non ha adeguatamente dimostrato le occasioni vantaggiose che avrebbe plausibilmente concretizzato in

caso di mancata partecipazione alla gara in parola al pari dell'utile che avrebbe conseguito in caso de esito favorevole della procedura di che trattasi.

3. L'appello merita in definitiva accoglimento nei sensi in motivazione specificati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti in motivazione specificati e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, dichiara l'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado e condanna Enerco Distribuzione s.p.a. al risarcimento dei danni in favore dell'appellante, che liquida nella misura di euro 5.000//00 (cinquemila//00), oltre agli interessi legali dalla pubblicazione della presente decisione fino al soddisfo.

Condanna Enerco Distribuzione s.p.a. al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese di giudizio che quantifica nella misura di euro, 50000//00 (cinquemila//00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/04/2014

IL SEGRETARIO

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