

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2151/04 REG.DEC.

N. 3096 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3096 del 2003 proposto da Asfaltronto
s.r.l., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e
difesa dall'avv. Giovanni Pellegrino, presso lo studio del quale è
elettivamente domiciliata in Roma, Via Giustiniani n. 18,

contro

il Comune di Nardò, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Vantaggiato, con il quale
è elettivamente domiciliato in Roma, Via G. Pisanelli n. 2, presso
lo studio dell'avv. Alberto Angeletti,

e nei confronti

della I.CO.RI. s.r.l., in persona del suo legale rappresentante,
in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea
d'impresе con le ditte Mastrosimone Antonio, Intecno s.r.l.,
rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio
eletto in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46, presso Gian Marco
Grez,

e dell'impresa De Nisi Nicola, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza n. 632 in data 28 febbraio 2003 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, Sez. II;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Nardò e quello di costituzione ed appello incidentale della I.CO.RI. s.r.l.;

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

Vista l'ordinanza n. 1574 del 29 aprile 2003, con la quale è stata respinta la domanda di sospensione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 9 dicembre 2003 gli avv.ti Pellegrino, e Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso n. 2012 del 2002 la I.C.O.R.I s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea d'impresе con le ditte Mastrosimone Antonio ed Intecno s.r.l., proponeva ricorso, innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sez. di Lecce, avverso l'aggiudicazione provvisoria alla ditta Asfaltronto s.r.l. dell'appalto per l'esecuzione di alcuni lavori fognari, bandito in data 23.5.2002 dal Comune di Nardò.

La ricorrente deduceva, sostanzialmente, che altra concorrente, precisamente la ditta De Nisi Nicola, aveva omesso di sottoscrivere tutte le pagine della c.d. lista delle categorie e, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa, con aggiudicazione della gara a favore di essa ricorrente sulla base della conseguente diversa media delle offerte. Avanzava, altresì, domanda di risarcimento dei danni e, con atto di motivi aggiunti impugnava il successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione comunale e la controinteressata, la quale, peraltro, investiva con ricorso incidentale le clausole del disciplinare di gara di cui la ricorrente aveva denunciato la violazione.

Dopo la reiezione, anche in appello, dell'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati, il Comune di Nardò procedeva alla stipula del contratto con l'aggiudicataria Asfaltronto.

Con sentenza n. 632 del 28.2.2003 il T.A.R. ha accolto il ricorso principale, respingendolo, però, quanto alla richiesta risarcitoria ed ha respinto quello incidentale.

Avverso siffatta pronuncia la Asfaltronto si grava con l'atto in esame per chiedere, in via principale, che ne sia dichiarata la nullità, con rinvio al Giudice di primo grado; in via subordinata, che sia riformata, dichiarando inammissibile, improcedibile e gradatamente infondato il ricorso proposto dalla I.CO.RI., previo

occorrendo l'accoglimento del ricorso incidentale spiegato da essa Asfaltronto; in via ancor più subordinata, che sia riformata nella parte in cui ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e del contratto.

Nel giudizio d'appello si è costituita la I.CO.RI., la quale ha controdedotto al gravame, concludendo per la sua reiezione perché inammissibile ed infondato. Essa ha avanzato, inoltre appello incidentale da valere come appello autonomo, chiedendo l'annullamento dell'impugnata sentenza nella parte in cui non ha accolto la domanda di risarcimento del danno.

Anche il Comune appellato si è costituito nel presente grado di appello, per difendere la legittimità del suo operato. Ha chiesto, pertanto, che l'appello della Asfaltronto sia accolto.

Tutte le parti hanno domandato il ristoro delle spese e competenze di giudizio.

Respinta con ordinanza n. 1574 del 29 aprile 2003 la domanda di sospensione della sentenza appellata, la causa è stata trattata all'udienza pubblica del 9 dicembre 2003, nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

DIRITTO

L'appello principale va dichiarato improcedibile, in conseguenza della dichiarazione di sopravvenuto difetto d'interesse fatta in udienza dal difensore dell'appellante Asfaltronto s.r.l. con riferimento alla circostanza che l'Amministrazione ha dato

esecuzione alla sentenza stipulando il contratto con l'originaria ricorrente e questa, nelle more del giudizio, ha ultimato l'opera della cui aggiudicazione si controverte.

Occorre esaminare, allora, l'impugnazione incidentale avanzata dall'appellata I.C.O.R.I s.r.l. e volta contro l'autonomo capo della sentenza di primo grado con il quale è stata respinta la sua domanda di risarcimento dei danni.

Nel caso di specie, la gara è stata riconosciuta viziata dall'illegittima partecipazione di un terzo concorrente, che aveva ommesso di sottoscrivere in tutte le pagine la lista delle categorie di lavoro e delle forniture con elencati i prezzi unitari offerti, come prescriveva il disciplinare di gara.

Il Tribunale, tuttavia, ha ritenuto evidente come l'ammissione alla gara della ditta in questione non sia stata il frutto di una grave violazione di norma, bensì la conseguenza di una oggettiva difficoltà di interpretazione, chiaramente provata dalla circostanza che, nel giudizio cautelare di primo e secondo grado, il comportamento dell'Amministrazione è apparso, sia pure nei limiti di una delibazione sommaria, immune da vizi. Ha ritenuto, pertanto, di non poter chiamare il Comune a rispondere in termini di risarcimento del danno, non ravvisandone la colpa, intesa come inescusabile errore dell'apparato.

Osserva, invece, l'appellante incidentale che, nel caso in esame, nel quale il bando aveva espressamente ed inequivocabilmente

prescritto che il concorrente sottoscrivesse ogni pagina del modulo-offerta, la responsabilità dell'Amministrazione deriva dalla violazione da parte sua delle regole da essa stessa poste; senza che possa invocarsi la scusabilità dell'errore, esimente valida unicamente nelle fattispecie in cui vi sia incertezza interpretativa su questioni che esulano dall'autonomo operato dell'ente che bandisce la gara.

La censura non è convincente.

L'azione amministrativa costituisce, normalmente, il risultato dell'apporto di più organi ed uffici, cosicché, la circostanza che la norma da applicare promani dallo stesso Ente chiamato ad applicarla non implica tra le due azioni il rapporto di necessaria coerenza sopra ipotizzato, ben potendo queste essere compiute da agenti diversi. Nella valutazione dell'elemento soggettivo del fatto che ha provocato il danno lamentato, pertanto, correttamente il giudice di primo grado si è riferito all'Ente riguardato nella sua complessiva struttura ovvero come apparato.

A parametro del giudizio sulla colpa occorre, allora, assumere la stessa regola disciplinatrice dell'azione dell'Amministrazione.

Nel caso in esame, l'incertezza interpretativa che ha indotto il primo giudice a ravvisare l'esimente dell'errore scusabile attiene al comportamento che la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere in ordine all'ammissione del concorrente a fronte dell'inesatta osservanza da parte di questo della disposizione

dettata dal disciplinare di gara. Al riguardo va considerato che, in realtà, nel disciplinare non è prevista un'espressa comminatoria di esclusione per l'omessa sottoscrizione di tutte le pagine della lista prezzi e che, in linea di fatto, quella prodotta dal concorrente di cui si contesta l'ammissione risultava sottoscritta in ogni suo foglio in conformità a quanto, a livello normativo più generale, è richiesto dall'art. 90 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Ciò può aver indotto a preferire l'interpretazione della regola che consentiva l'ammissione del candidato, piuttosto che la sua esclusione, allo scopo di ampliare la partecipazione e, così, l'ambito del confronto e della scelta. A tanto deve aggiungersi, poi, che, sia pure nelle due diverse sedi del giudizio cautelare e di merito, il comportamento dell'Amministrazione ha riportato valutazioni contrastanti proprio con specifico riferimento alla portata della disposizione controversa. Tutti profili, questi, che dimostrano quella oggettiva difficoltà di interpretazione della norma, ravvisata dal Tribunale, e rendono certamente condivisibile il giudizio di scusabilità espresso nella sentenza gravata, escludendo così che l'adozione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione, vale a dire per colpa dell'Amministrazione. In conseguenza, mancando uno degli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, la pretesa al

risarcimento del danno, azionata dall'appellante incidentale, non può che essere considerata infondata.

Per tutto quanto precede, in conclusione, l'appello principale va dichiarato improcedibile e quello incidentale va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti in causa spese e competenze del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, dichiara improcedibile l'appello principale e respinge l'appello incidentale.

Compensa tra le parti spese e competenze del secondo grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 9 dicembre 2003 con l'intervento dei Signori:

Alfonso Quaranta - Presidente

Corrado Allegretta - Consigliere rel. est.

Goffredo Zaccardi - Consigliere

Claudio Marchitiello - Consigliere

Marzio Branca - Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Corrado Allegretta

F.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO

F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15 aprile 2004

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

p. IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi