

Responsabilità precontrattuale della Stazione appaltante

Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile consiste nella diminuzione patrimoniale (tra cui il premio della polizza provvisoria) che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definito comunemente "interesse contrattuale negativo".

L'individuazione dei sub-punteggi da attribuire ai progetti presentati dai concorrenti, effettuata dopo l'apertura delle buste contenenti i detti progetti, integra un comportamento colpevole della stazione appaltante che concreta una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali

Con la sentenza numero 326 del 17 maggio 2004, il Tar Basilicata, Potenza, ci insegna che nella determinazione della misura del danno risarcibile, dovrà tenersi conto delle sole spese sopportate in relazione agli specifici adempimenti richiesti dalla legge di gara (spese per il ritiro dei certificati richiesti dal bando ed esibiti in gara, spese di bollo, spese postali per l'inoltro della documentazione, interessi legali sulla cauzione provvisoria se costituita per contanti, ovvero premio pagato per l'eventuale polizza fidejussoria), con esclusione di ogni altra eventuale spesa sostenuta ma non documentata.

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA BASILICATA
ha pronunciato la seguente
SENTENZA

sul ricorso n. 399/03 proposto dalla ditta ***** s.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore sig. Vincenzo Tancredi, rappresentata e difesa dall'avv.to Carmine Bencivenga, presso il cui studio in Potenza, alla via San Vito, Pal. Coge, è elettivamente domiciliata;

contro

- la Comunità Montana Melandro, in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Vincenzo Santangelo, presso il cui studio in Potenza, al viale Marconi n. 180, è elettivamente domiciliata;

- il dirigente del servizio area tecnica settore agricolo forestale della Comunità Montana Melandro, non costituito in giudizio;

e nei confronti

- della ***** s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, controinteressata e ricorrente incidentale, rappresentata e difesa dall'avv.to Nicola Spera, presso il cui studio in Potenza, alla via N. Sauro n. 102, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento, previa sospensione

e previa concessione di decreto inaudita altera parte

- di tutti gli atti della gara pubblica indetta per l'affidamento del servizio di “realizzazione e gestione del sistema informativo territoriale della Comunità Montana Melandro”;
- dei verbali redatti dalla commissione di gara nella parte in cui hanno disposto l'ammissione alla gara della ditta ***** s.a.s.;
- della determinazione dirigenziale n. 103 del 3 settembre 2003, con la quale il responsabile del servizio ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della ditta ***** s.a.s.;
- ove di interesse, del bando di gara e dell'allegato capitolato speciale d'appalto;
- di qualunque atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per il risarcimento dei danni

determinati dalla illegittima adozione dei provvedimenti impugnati, nel caso in cui non dovesse risultare possibile la reintegrazione in forma specifica.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ***** s.a.s.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Montana del Melandro;

Visto il decreto presidenziale n. 279/03 del 18 settembre 2003;

Vista l'ordinanza collegiale n. 286/03 del 24 settembre 2003;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla ***** s.a.s.;

Visto l'atto di proposizione di motivi aggiunti della ditta ***** s.r.l.;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visto l'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e visto il dispositivo di sentenza n. 18 del 15 aprile 2004;

Visti gli atti e i documenti tutti della causa;

Data per letta alla pubblica udienza dell'8 aprile 2004 la relazione del magistrato Giuseppe Buscicchio;

Uditi gli avvocati come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. – Con bando di gara del 26.9.2002, la Comunità Montana Melandro indiceva un pubblico incanto, con il criterio di aggiudicazione previsto dall'art. 23, comma 1 lett. b), del D.L.vo 17 marzo 1995, n.

157, per l'affidamento del servizio di “realizzazione e gestione del Sistema Informativo Territoriale della Comunità Montana del Melandro”.

Alla gara partecipavano, tra le altre, le ditte ***** s.a.s. e ***** s.r.l. che si classificavano, rispettivamente, al primo ed al secondo posto della graduatoria finale.

Con determinazione dirigenziale n. 103 del 3.9.2003 venivano approvati gli atti di gara ed aggiudicato definitivamente il servizio alla ditta ***** s.a.s..

2. Con atto notificato il 12 settembre 2003 e depositato il successivo giorno 17, la ditta ***** s.r.l. ha impugnato, unitamente ai presupposti atti di gara indicati in epigrafe, la determina dirigenziale n. 103/03 di aggiudicazione definitiva del servizio.

Ha affidato il ricorso alle seguenti censure:

A) Violazione del bando di gara; violazione dell'art. 12 del D.L.vo 17 marzo 1995, n. 157.

Si premette che il bando di gara, al punto 10 lett. C), richiedeva ai concorrenti l'attestazione di non trovarsi in una delle situazioni previste dall'art. 12 del D.L.vo 157/95, tra le quali rientra il mancato assolvimento degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse.

In sede di verifica delle dichiarazioni rese in sede di gara (prevista espressamente dal punto 11 lett. c) del bando), la stazione appaltante ha richiesto all'Agenzia delle Entrate di Potenza di confermare l'inesistenza di irregolarità accertate a carico della ditta ***** , ma detta Agenzia avrebbe attestato l'irregolarità della posizione fiscale della ditta aggiudicataria in relazione agli anni 1998 e 1999.

Tale circostanza avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara, per violazione del D.L.vo n. 157/95, della ditta risultata aggiudicataria.

B) Violazione del bando di gara.

Si premette che il bando di gara, al punto 10 lett. a), subordinava l'ammissione alla gara alla produzione del certificato generale del casellario giudiziale o di idonea dichiarazione sostitutiva.

La ditta ***** , in sede di gara, si sarebbe limitata ad attestare la mancanza di condanne penali, ma, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 312, le condanne penali costituirebbero soltanto uno dei tanti provvedimenti iscritti nel casellario giudiziale, per cui la ditta controinteressata avrebbe omesso ogni attestazione in merito ai provvedimenti diversi dalle condanne penali.

Anche tale circostanza avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara della ditta controinteressata.

C) Violazione del bando di gara; Violazione dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000.

Si premette che il bando di gara, al punto 10 lett. h) n. 2, richiedeva la descrizione delle attrezzature tecniche, dei materiali e degli strumenti, compresi quelli di studio e di ricerca, utilizzati per la prestazione del servizio.

La ditta aggiudicataria avrebbe omesso qualunque valida dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000, in merito alle attrezzature, ai materiali ed agli strumenti che si impegnava ad utilizzare per lo svolgimento del servizio.

Tale violazione della *lex specialis*, anche per la sua grave incidenza sull'idoneità dell'offerta tecnica prodotta dal concorrente, avrebbe dovuto essere sanzionata con l'esclusione.

D) Violazione del bando di gara, violazione del D.P.R. 445/2000.

Si premette che il bando di gara, al punto 10 lett. h) n. 3, subordinava l'ammissione alla gara alla indicazione dei tecnici e degli organi tecnici facenti capo alla ditta direttamente o indirettamente ed in particolare di quelli incaricati dei controlli di qualità.

La ditta ***** avrebbe omesso tale dichiarazione limitandosi ad una mera ed inidonea elencazione non conforme alle modalità della dichiarazione sostitutiva prevista dal D.P.R. 445/2000, e (peraltro) non comprendente i nominativi dei soggetti ma circoscritta alle sole

qualifiche professionali correntemente utilizzate.

E) Violazione del bando di gara; violazione dei principi in materia di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Si sostiene che la ditta controinteressata, in sede di gara, avrebbe elencato una serie di attrezzature a propria disposizione.

In sede di verifica, la maggior parte di tali attrezzature non sarebbe risultata presente nel registro dei beni ammortizzabili, per cui il rappresentante della ***** avrebbe dichiarato che tutte le attrezzature non presenti nel detto registro sarebbero state rese disponibili solo al momento dell'attivazione del servizio.

In tal modo, la ditta aggiudicataria avrebbe formalmente smentito il possesso delle attrezzature elencate in sede di gara, e la cui indicazione avrebbe illegittimamente influito sul giudizio di idoneità del concorrente.

F) Violazione del bando di gara.

La ditta aggiudicataria non risulterebbe iscritta alla Camera di Commercio per le attività richieste dal bando di gara.

2.1. La ditta ***** ha altresì proposto domanda di risarcimento dei danni consistenti nella mancata percezione dell'utile di impresa, ove non dovesse essere possibile la reintegrazione in forma specifica per l'avvenuto espletamento del servizio.

Essi vengono quantificati in misura pari al 35% dell'importo a base d'asta

3. Con decreto presidenziale n. 279/03 del 18 settembre 2003, la cui adozione è stata sollecitata dalla ditta ***** con memoria di pari data, emessa inaudita altera parte, è stata disposta la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

4. Resiste alla presente impugnativa, con atto di costituzione in giudizio depositato il 23 settembre 2003, la controinteressata ditta ***** che ha confutato la fondatezza delle censure di parte ricorrente, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

5. In data 24 settembre 2003 si è costituita, per resistere al ricorso, anche la Comunità Montana Melandro che ha difeso la legittimità dei provvedimenti impugnati concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

6. Con ordinanza collegiale del 24 settembre 2003, n. 286, è stata accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati ed è stata altresì fissata l'udienza per la trattazione nel merito del ricorso.

7. Con atto notificato il 14 ottobre 2003 e depositato il successivo giorno 28, ha proposto ricorso incidentale la controinteressata ditta *****, deducendo l'illegittimità degli atti di gara per i seguenti motivi:

A) Eccesso di potere per sviamento dell'atto dalla causa tipica.

Si sostiene che l'esperto esterno, membro della commissione di gara, avrebbe determinato le "sottovoci" in cui suddividere i punteggi previsti dalla legge di gara, quando già la commissione aveva esaminato i progetti tecnici presentati dai concorrenti.

Ciò sarebbe avvenuto in palese violazione del principio di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, in applicazione del quale la specificazione dei sottocriteri di valutazione dei progetti dovrebbe avvenire prima dell'esame degli stessi.

Il denunciato vizio dovrebbe condurre all'annullamento della procedura di gara.

B) Violazione di legge e del bando di gara.

Si sostiene che la ditta ***** non avrebbe fornito la descrizione delle attrezzature tecniche e dei materiali richiesti per l'espletamento del servizio, espressamente richiesta al punto 8 lett. e) del bando di gara.

Inoltre, trattandosi di associazione temporanea di imprese, non sarebbe stata indicata l'impresa capofila cui conferire il mandato.

8. Con memoria difensiva depositata il 28 novembre 2003, la ditta ***** ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale perché depositato oltre il termine che la legge stabilirebbe a pena di decadenza.

9. In data 2 febbraio 2004 la Comunità Montana Melandro ha depositato copia della determinazione dirigenziale n. 3 del 28 gennaio 2004 con la quale è stato, tra l'altro, disposto di: a) "revocare la propria precedente determinazione n. 103 in data 03.11.2003, con la quale veniva disposta l'aggiudicazione in favore della ***** sas.....del servizio di realizzazione e gestione del Sistema Informativo Territoriale della Comunità Montana del Melandro"; b) "annullare, conseguentemente e sulla base delle considerazioni espresse in narrativa, tutti gli atti della procedura di gara per l'affidamento mediante pubblico incantodel servizio di realizzazione e gestione del Sistema Informativo Territoriale della Comunità Montana del Melandro".

10. Con atto di proposizione di motivi aggiunti, notificato il 3 marzo 2004 e depositato il successivo giorno 5, la ditta ***** ha impugnato anche la determinazione dirigenziale n. 3 del 28 gennaio 2004, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

A) Violazione del principio del giusto procedimento e dei principi in materia di evidenza pubblica e di autotutela. Eccesso di potere per errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria, sviamento.

Si sostiene l'illegittimità della determinazione impugnata perché adottata in pendenza di giudizio e destinata a spiegare effetti negativi sulla posizione oggetto di tutela processuale.

Difetterebbero, altresì, i presupposti individuati dalla giurisprudenza amministrativa per il legittimo esercizio del potere di autotutela.

B) Violazione del D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267. Incompetenza.

Si sostiene che solo l'organo competente ad indire la procedura di gara avrebbe avuto titolo a pronunciarsi in ordine alla sussistenza dell'interesse all'espletamento del servizio oggetto di gara.

10.1. Si propone altresì domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla decisione di annullare la gara a circa due anni dalla data di avvio della procedura.

Quanto alla loro quantificazione, si chiede che il Tribunale, ai sensi dell'art. 35 del D.L.vo n. 80/98, voglia fissare i criteri in base ai quali l'Amministrazione dovrà proporre in favore della ricorrente il pagamento di una somma entro congruo termine.

11. Con memoria conclusiva depositata il 3 aprile 2004, la Comunità Montana del Melandro ha difeso la legittimità della determinazione dirigenziale n. 3 del 28 gennaio 2004, concludendo per l'improcedibilità del ricorso principale e di quello incidentale.

12. Alla pubblica udienza dell'8 aprile 2004 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Assume priorità logica l'esame dei motivi aggiunti diretti contro la determinazione dirigenziale n. 3 del 28 gennaio 2004 con la quale è stato, tra l'altro, disposto di: a) "revocare la propria precedente determinazione n. 103 in data 03.11.2003, con la quale veniva disposta l'aggiudicazione in favore della ***** sas.....del servizio di realizzazione e gestione del Sistema Informativo Territoriale della Comunità Montana del Melandro"; b) "annullare, conseguentemente e sulla base delle considerazioni espresse in narrativa, tutti gli atti della procedura di gara per l'affidamento mediante pubblico incantodel servizio di realizzazione e gestione del Sistema Informativo Territoriale della Comunità Montana del Melandro".

1.1. Con una prima censura, la ditta ricorrente assume l'illegittimità della determinazione impugnata perché adottata in pendenza di giudizio e destinata a spiegare effetti negativi sulla posizione oggetto di tutela processuale, determinando la carenza di interesse al ricorso.

La censura è priva di fondamento.

La pendenza di un ricorso giurisdizionale proposto contro il provvedimento di aggiudicazione di una gara non preclude alla stazione appaltante l'esercizio del potere di autotutela decisoria, secondo il quale l'Amministrazione può riesaminare gli atti invalidi.

L'autotutela rappresenta, infatti, una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

1.2. Con una seconda censura, si sostiene che difetterebbero i presupposti per il legittimo esercizio del potere di autotutela.

Anche tale censura è destituita di fondamento.

La stazione appaltante si è risolta ad annullare gli atti di gara dopo aver acquisito un parere legale in ordine alla legittimità delle procedure seguite, costituente motivazione per relationem della determinazione dirigenziale impugnata.

In detto parere risulta ben evidenziato il vizio, già denunciato con il primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla *****, che ha inficiato le procedure di gara.

E' accaduto, come provano inconfutabilmente i verbali di gara, che il membro esterno della commissione giudicatrice ha determinato i sottocriteri di valutazione dei progetti presentati dai concorrenti soltanto dopo che la commissione stessa ha avuto conoscenza dei progetti medesimi.

Correttamente la stazione appaltante ha ravvisato, in tale circostanza, una violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità che devono ispirare l'azione amministrativa, in quanto è di chiara evidenza che la conoscenza (o anche la mera conoscibilità) dei progetti prima della specificazione delle sottocategorie dei punteggi è idonea ad influenzare detta attività.

La giurisprudenza amministrativa ha, al riguardo, ripetutamente avvertito che la regolarità di una gara di appalto pubblico è inficiata per il solo fatto del mancato rispetto del principio per il quale la determinazione dei criteri di valutazione e dei punteggi -o anche la sola individuazione di sotto-voci e di sub-punteggi rispetto ai criteri generali già fissati nella lex specialis, come avvenuto nel caso di specie- deve necessariamente precedere l'apertura delle buste contenenti gli elementi da valutare ai fini dell'aggiudicazione, e ciò indipendentemente dall'accertare se nel caso concreto l'organo deputato ad effettuare le predette valutazioni sia effettivamente venuto a conoscenza del contenuto delle buste (cfr., tra le tante; Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533; T.A.R. Veneto, Sez. I, 15 aprile 2003, n. 2399).

Neppure era necessaria una diffusa motivazione sull'interesse pubblico, ulteriore rispetto alla rilevata violazione del principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, in quanto all'aggiudicazione in favore della ditta *****, la cui esecuzione era stata so*****a con la citata ordinanza collegiale del 24 settembre 2003 n. 286, non aveva fatto seguito la stipulazione del contratto (cfr., in proposito, Cons. Stato, Sez. v, 5 aprile 2001 n. 2093 e 20 gennaio 2004 n. 156).

Pertanto, la stazione appaltante ha anche evidenziato, con valutazione che non è sindacabile in sede di legittimità perché impinge nel merito delle scelte affidate all'Amministrazione, che, in ragione del "...notevole periodo di tempo trascorso dall'espletamento della gara..", sarebbero venute meno le ragioni che avevano indotto la resistente Comunità Montana alla realizzazione del servizio di realizzazione e gestione del sistema informativo territoriale.

1.3. Con un'ultima censura, si sostiene che la determinazione dirigenziale impugnata, nella parte in cui disporrebbe l'annullamento dell'intera procedura a causa del "...notevole periodo di tempo trascorso..", risulterebbe affetta da incompetenza in quanto adottata dall'organo che non avrebbe competenza in ordine alla decisione di indire una procedura di gara.

La censura è da giudicarsi inammissibile.

Infatti, l'eccezione di incompetenza dell'autorità che ha adottato l'atto impugnato per essere ammissibile deve recare l'indicazione dell'organo che la parte ritiene competente, il che nella specie non è avvenuto, non essendo sufficiente lamentare solo l'incompetenza dell'organo che ha emanato il provvedimento gravato (Cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2001, n. 967).

1.4. Le censure dirette contro la determinazione dirigenziale n. 3 del 28 gennaio 2004, recante annullamento di tutti gli atti della procedura di gara, devono, in conclusione, essere respinte.

2. Ne segue, evidentemente, l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, sia dell'atto introduttivo del giudizio sia del ricorso incidentale proposto dalla ***** s.a.s.

3. Rimane da esaminare la domanda di risarcimento del danno, proposta con i motivi aggiunti, determinato dalla decisione di annullare gli atti di gara.

La domanda è fondata nei termini di seguito precisati.

L'individuazione dei sub-punteggi da attribuire ai progetti presentati dai concorrenti, effettuata dopo l'apertura delle buste contenenti i detti progetti, integra un comportamento colpevole della stazione appaltante che concreta una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali e, per conseguenza, determina il configurarsi, a carico della Comunità Montana Melandro, della responsabilità di cui all'art. 1337 Cod. civ., secondo il quale "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede", nei confronti della ditta ***** che, per parte sua, ha partecipato alla gara confidando nella legittimità dei relativi atti.

Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile consiste, secondo la costante giurisprudenza, nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definito comunemente "interesse contrattuale negativo".

La ditta ricorrente non ha documentato le *****e sostenute per la partecipazione alla gara.

Tale omissione non può condurre, ad avviso del collegio, ad una declaratoria di inammissibilità, per genericità, della domanda di risarcimento del danno, essendo evidente che chi partecipa ad una gara sopporta delle *****e che è possibile determinare in relazione a quanto prescritto dalla lex specialis.

E tuttavia, nella determinazione della misura del danno risarcibile, dovrà tenersi conto delle sole *****e sopportate in relazione agli specifici adempimenti richiesti dalla legge di gara (*****e per il ritiro dei certificati richiesti dal bando ed esibiti in gara, *****e di bollo, *****e postali per l'inoltro della documentazione, interessi legali sulla cauzione provvisoria se costituita per contanti, ovvero premio pagato per l'eventuale polizza fidejussoria), con esclusione di ogni altra eventuale *****a sostenuta ma non documentata.

Accertata la fondatezza dell'azione risarcitoria nei limiti predetti, si assegna alla Comunità Montana Melandro, in applicazione di quanto previsto dall'art. 35 comma 2 del D.L.vo 31 marzo 1998, n. 80, il termine di sessanta giorni dalla comunicazione a cura della Segreteria, o dalla notificazione se anteriore, della presente decisione per la formulazione di un'offerta di risarcimento commisurata alle *****e (come sopra individuate) sostenute dalla ditta ***** per la partecipazione alla gara.

4. Tenuto conto della parziale, reciproca soccombenza, *****e ed onorari del giudizio possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

a) respinge i motivi aggiunti;

- b) dichiara l'improcedibilità dell'atto introduttivo del giudizio;
- c) dichiara l'improcedibilità del ricorso incidentale della ***** s.a.s.;
- d) accoglie la domanda di risarcimento del danno proposta nella via dei motivi aggiunti, nei termini di cui in motivazione;
- e) compensa integralmente tra le parti *****e ed onorari del giudizio.

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

Così deciso in Potenza, addì 8 aprile 2004, dal

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

in Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Antonio Camozzi Presidente

Giuseppe Buscicchio Componente - Estensore

Giulia Ferrari Componente

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

SEGRETARIO – Francesco Mucci -

Depositata in Segreteria il 17 Maggio 2004