

L'aver impedito ogni forma partecipativa al procedimento sfociato nell'annullamento della procedura, non sfugge alla censura di violazione delle regole di trasparenza e partecipazione fissate dalla legge sul procedimento amministrativo

In tema di tutela degli interessi delle imprese che partecipano alle gare, merita di essere segnalato il principio espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 6026 del 10 ottobre 2006

<Viene in rilievo, nel presente giudizio, che la decisione di annullare la gara non consegue ad una nuova ed autonoma valutazione dell'interesse dell'Amministrazione, connesso a ragioni di opportunità o di legittimità degli atti di indizione del concorso o della procedura, ascrivibili a comportamenti della stessa Amministrazione o della Commissione di gara, ma è strettamente correlata al comportamento dei concorrenti, venuto alla luce successivamente alla apertura delle offerte, e non di tutti, anche se il sospettato collegamento sembra avere coinvolto la maggior parte dei partecipanti.

In ogni caso, nessuno di costoro è stato posto in grado di partecipare al procedimento di controllo e di introdurre le proprie osservazioni.

Nella descritta situazione appare chiaro, che all'atto in cui venne avviato il procedimento di controllo era certamente insorta, nella sfera giuridica dei partecipanti, quella posizione qualificata che connota di giuridica rilevanza l'affidamento sulla definizione della procedura secondo le legittime regole concorsuali, non messe in discussione.

Tale posizione giuridica appare alla Sezione meritevole di tutela, alla stregua dei principi di trasparenza e partecipazione che, nell'ordinamento interno, devono governare la generalità dei procedimenti amministrativi, e che, con particolare riferimento alle pubbliche gare, non possono non investire anche le decisioni della stazione appaltante di tornare sulle proprie scelte e di annullare, quindi, in radice una pubblica gara, per presunta irregolarità del confronto concorsuale.

Tanto più che i principi desumibili dalle norme comunitarie (come anche interpretati dalla Corte di giustizia) sono nel senso che l'interesse degli operatori economici a partecipare alle pubbliche gare ha rilievo talmente incisivo da doversene ammettere la tutela anticipata, contro il bando di gara, anche senza la presentazione dell'offerta, allorché le clausole siano talmente chiare nel prevedere l'esclusione dell'aspirante, sulla base dei requisiti di partecipazione richiesti, da rendere inutile ed antieconomico esigere la previa qualificazione mediante la presentazione dell'offerta, spesso fortemente onerosa.

A maggior ragione, non può disconoscersi l'interesse dell'operatore che ha già presentato la sua offerta (sopportando i correlativi oneri di partecipazione) – per di più in una pubblica gara che consente l'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida - a veder portata a compimento la procedura, pure in presenza di offerte che ne debbano essere escluse, in quanto sospettate della fraudolenta violazione dell'andamento del confronto (sulla tutela dell'affidamento, cfr. Cons. Stato, Ap., n. 6 del 5 settembre 2005).>

Ma vi è di più.

<Né può, ragionevolmente, ritenersi che la successiva partecipazione ad altra gara, con il medesimo oggetto ed indetta dalla stessa Amministrazione, abbia fatto venire meno l'interesse

all'impugnazione, in quanto le opportunità di conseguire l'aggiudicazione non sono identiche e devono essere considerate, in concreto, con riferimento a ciascuna procedura ed allo stato in cui si trovava al momento dell'annullamento; ed anche perché le ragioni dell'annullamento possono non essere prive di riflessi sulla sfera giuridica del concorrente, che trascendono l'utilità derivante dalla nuova gara; sia, infine, perché, il vigente ordinamento annette rilievo al danno patrimoniale derivante dalla lesione degli interessi legittimi, ma soltanto nel caso in cui la lesione derivi da provvedimenti la cui invalidità sia oggetto di controllo costitutivo del giudice amministrativo>

anche in tema di applicazione delle norme di cui alla legge 241/90 così come novellata nell'art. 15 bis, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, merita di essere segnalato che:

<nella sua più recente stesura, la legge n. 241 del 1990, sul procedimento amministrativo, ha meglio delineato l'interesse partecipativo dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere, definendo l'obbligo dell'amministrazione di previamente comunicare agli interessati, nei procedimenti ad istanza di parte, le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza, con la finalità di dare modo agli interessati di conoscere per tempo l'orientamento negativo dell'Amministrazione e presentare le proprie osservazioni>

in conclusione quindi:

<E' alla luce di tali principi che deve essere esaminato il caso in esame, che vede contrapposto, all'interesse pubblico a non dare ingresso, in una pubblica gara, ad offerte inducenti il sospetto di turbativa d'asta, quello dei singoli partecipanti di vedere conclusa la procedura ed anche quello (certamente non secondario) di allontanare da sé il sospetto (incidente sulla capacità ed affidabilità professionale) di avere partecipato al disegno criminoso.

In definitiva il provvedimento di autotutela costituisce una evenienza affatto differente rispetto alla possibilità di dare ulteriore corso alla procedura escludendo dalla gara le offerte collegate, cosicché non è affatto vero che l'Amministrazione fosse obbligata dal parere dell'Autorità ad annullare la gara. Si è trattato di una scelta discrezionale che tuttavia non ha tenuto in alcun conto gli interessi dei partecipanti, sia di quanti, sospettati dell'illecito collegamento avrebbero potuto addurre ragioni giustificative, sia di quanti, eventualmente, non vi avevano partecipato.

L'aver impedito all'attuale appellante ogni forma partecipativa al procedimento sfociato nell'annullamento della procedura, non sfugge alla censura di violazione delle regole di trasparenza e partecipazione fissate dalla legge sul procedimento amministrativo.

Esse assumono rilevanza, in quanto, nel caso in esame, non si verte in ipotesi in cui sia presumibile – inequivocamente – che la decisione dell'Amministrazione provinciale non sarebbe stata differente, ove la concorrente avesse avuto la possibilità di esporre le proprie ragioni e chiarire, dunque, la propria estraneità al collegamento illecito.

Il ricorso, pertanto, deve essere accolto, con consequenziale annullamento degli atti impugnati per quanto di ragione e nei limiti nei quali coinvolgono l'interesse proprio della concorrente a vedere definito il procedimento concorsuale>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8039 del 2005, proposto dalla società **** '84 s.r.l., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante in carica, Sig. Francesco **, rappresentato e difeso dall'Avv. Lucrezia Vaccarella, con domicilio eletto in Roma, Piazzale di Porta Pia n. 121 (00198)

contro

- la PROVINCIA di CUNEO, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. Beniamino Caravita di Toritto, con domicilio eletto in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6

- l'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è per legge domiciliata in via dei Portoghesi n. 12

per la riforma

della sentenza n. 3268 del 22 ottobre 2005 con la quale il Tribunale Amministrativo del Piemonte ha dichiarato inammissibile il ricorso n. 349/2005 proposto dalla odierna appellante (di cui è stato anche, immediatamente e separatamente, impugnato il dispositivo n. 34 del 18 giugno 2005);

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Cuneo e dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 21 marzo 2006, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi!Fine dell'espressione imprevista, altresì, gli Avv.ti Navarra, per delega dell'Avv. Vaccarella e Manfredi per delega dell'Avv. Caravita di Toritto!Fine dell'espressione imprevista;

Pubblicato il dispositivo n. 212/2006 del 22 marzo 2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. La Provincia di Cuneo, con distinti bandi, ha indetto due gare per pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di razionalizzazione ed adeguamento parziale alle vigenti normative dell'impianto elettrico degli edifici di proprietà provinciale sede dell'I.T.I.S. e precisamente:

1) gara n. 61 ITI8 "G. Vallauri" di Fossano, importo a base d'asta €179.155,00;

2) gara n. 65 ITIS "Del Pozzo" di Cuneo, importo a base d'asta €173.750,00.

L'attuale appellante ha partecipato ad entrambe le gare.

In data 21 luglio 2004, all'esito dell'esperimento dell'incanto relativo al primo dei due appalti, il Presidente di gara ha contestato che "su 93 imprese ammesse, 72 hanno presentato un ribasso percentuale che differenzia unicamente nei decimali, ovvero compreso tra il 20,077% e il 20,970% e che per 90 imprese lo scostamento percentuale risulta compreso tra il 17, 112% e il 22, 125%";ha ritenuto, quindi, sulla scorta dei rilievi contenuti nel documento "considerazioni sul riconoscimento della turbativa di gara e possibile contrasto" dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che "la scarsa significatività delle differenze economiche tra le offerte, pur molto numerose non consente di escludere... l'esistenza di accordi tra le Imprese partecipanti con inevitabili riflessi in ordine all'effettiva concorrenzialità delle offerte", e decideva di sospendere la seduta di gara - "al fine di poter procedere ad ulteriori verifiche e valutazioni nel merito" ed "acquisire anche un parere dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, visto l'art. 90 co. 8 del D.P.R. n. 554/99"...fino all'esito delle verifiche richieste all'Autorità ovvero all'accertamento della piena regolarità della concorsualità delle offerte".

Nel successivo verbale di pubblico incanto del 24 agosto 2004, relativo alla seconda delle due gare, il Presidente di gara "costatato che su 99 Imprese ammesse, 82 hanno presentato un ribasso percentuale che si differenzia unicamente nei decimali, ovvero compreso tra il 20,057% e il 20,990% e che per 94 Imprese lo scostamento percentuale risulta compreso tra 18,842% e 23,810%" ha adottato determinazioni identiche a quelle sopra indicate.

L'Autorità di Vigilanza sui lavori Pubblici, investita di entrambe le questioni, sulla prima dichiarava di non avere competenza per la "validazione" della gara; si è pronunciata, invece, in merito alla seconda con deliberazione n. 170 del 10.11.2004, con la quale ha enunciato che, l'applicazione del test "di adattamento dei ribassi alla distribuzione di tipo "normale", proposto in via sperimentale dall'Autorità nell'apposito sito web al capitolo "pubblicazioni" aveva evidenziato che "la curva cumulativa delle frequenze si discosta sensibilmente dall'andamento rettilineo" pervenendo, pertanto, alla conclusione che, nel caso in esame "l'andamento dei ribassi debba, con alto grado di attendibilità, considerarsi alterato nella gara di che trattasi", e che, "si può ragionevolmente ritenere... che manchi nelle gare in esame una sana competizione tra tutti i concorrenti" con la precisazione ulteriore che il caso in esame sembra rappresentare "un indice significativo di possibili collegamenti tra Imprese" che faceva presupporre "la sussistenza della turbativa d'asta ex art. 353 c.p. che secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione penale si qualifica come reato di pericolo. .."

Sulla base dell'anzidetto parere, l'Amministrazione Provinciale di Cuneo, con determinazione n. 196 del 15 dicembre 2004, ha annullato la gara n. 61 (cui si è riferito direttamente il parere) e, con deliberazione n. 197, in pari data, ha annullato la gara n. 65 "considerata la sostanziale sovrapposibilità delle circostanze relative ad entrambe le gare e quindi la possibilità di applicare il criterio analogico alla gara in oggetto".

2. Tutti gli atti anzidetti (verbali di sospensione della gara, atto Giunta n. 29 del 29 dicembre 2004, determinazione dell'Autorità epr la vigilanza dei lavori pubblici – Ufficio ispettivo, determinazioni nn. 196 de 197 del 15 dicembre 2004), sono stati fatti oggetto d'impugnazione da parte dell'attuale appellante (con richiesta altresì di risarcimento del danno da determinarsi equitativamente), sulla base della dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 7 ed 8 della legge n. 241 del 1990 (I motivo) nonché della violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 109 del 1994 e dell'art. 97 della Costituzione; violazione dei principi generali del trattato dell'Unione Europea; difetto di adeguata istruttoria; carenza di potere; illogicità ed insufficienza della motivazione.

Nel giudizio di primo grado si sono costituiti la Provincia di Cuneo e l'Autorità di vigilanza; il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione II, con sentenza immediata resa a seguito della Camera di consiglio fissata per la trattazione della istanza cautelare (dispositivo n. 34/2005 e sentenza con relativa motivazione n. 3268 del 22 ottobre 2005) ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di interesse all'impugnazione, sul presupposto che per effetto degli atti impugnati la società ricorrente non avrebbe tratto alcuna lesione diretta ed immediata, con la conseguenza che nessun beneficio avrebbe potuto trarre dall'annullamento giurisdizionale; motivazione così espressa con il "dispositivo" emesso alla Camera di consiglio del 15 giugno, pubblicato il successivo 18 giugno 2005.

3. L'interessata ha, quindi, dapprima appellato l'anzidetto dispositivo e successivamente ha proposto motivi aggiunti avverso la sentenza integrale successivamente depositata.

In sede di impugnazione del dispositivo ha proposto istanza cautelare, accolta dalla Sezione con ordinanza motivata 16 dicembre 2005 n. 6124.

L'appello, propone censure che investono propriamente la declaratoria di inammissibilità, con motivi identici nei due atti di iniziativa, che muovono dal vizio del procedimento logico giuridico della decisione e ripropongono al giudice di appello i motivi di impugnazione dedotti con il ricorso introduttivo del primo grado del giudizio; propongono altresì censure che investono il "dispositivo" per l'ambiguità della forma semplificata adoperata (con estensione della motivazione in forma sintetica), incompatibile con la natura dell'atto.

4. Ciascuna delle parti intime si è costituita nel giudizio di appello difendendo per parte propria la legittimità e congruità della pronuncia di inammissibilità e, nel merito, il proprio operato.

La causa, infine, chiamata alla pubblica udienza del 21 marzo 2005, è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1. La Sezione, che ha avuto modo di prendere cognizione della causa nella sede cautelare, deve confermare il giudizio espresso a seguito di cognizione sommaria, di ammissibilità dell'azione proposta in primo grado (differentemente da quanto affermato dal giudice di primo grado), implicito nell'accoglimento dell'istanza cautelare e di illegittimità dell'esercizio del potere di autotutela in spregio delle norme di cui agli artt. 7 e 8 della legge n. 241 del 1971, la cui violazione e falsa applicazione erano state denunciate con il primo motivo di appello.

2. Prima di affrontare il merito della questione, non può sottacersi l'anomalia del c.d. "dispositivo" per primo ed immediatamente impugnato, il quale trascende, per i suoi contenuti sostanziali, la previsione dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, che, nel disporre che "nei giudizi di cui al comma 1, il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza, mediante deposito in segreteria", non richiede sommaria motivazione né dà facoltà di corredare l'atto di tale sommaria motivazione. In altri termini, ciò che in base alla norma deve essere pubblicato è l'esito del giudizio, senza che sia, invece, consentito (come apparentemente è avvenuto nella specie) pubblicare un atto avente i contenuti sostanziali della sentenza emessa nelle forme della sentenza semplificata di cui all'art. 26, comma 5, e, in seconda battuta, altra sentenza sul medesimo oggetto, nelle forme proprie della sentenza ordinaria, contenente una più ampia esposizione dei motivi che la sorreggono.

Ciò premesso, il problema sollevato dalla appellante – che insiste soltanto per la applicabilità, della disposizione di cui all’art. 23 bis., comma 6, L. n. 1034 del 1971, nei casi di decisione immediata nel merito ex art. 21 della stessa legge – deve essere risolto nel senso che la disposizione che prescrive la pubblicazione del dispositivo concerne la generalità dei giudizi vertenti nelle materie di cui al citato art. 23 bis, e deve trovare applicazione indipendentemente dalla forma (semplificata o ordinaria) assunta dalla decisione che conclude il giudizio. Le relative censure sono, pertanto infondate

Sorge, invece, un delicato problema, per la coesistenza dei due atti, entrambi aventi (come rilevato dall’appellante) contenuti propri della sentenza (non limitandosi, il primo provvedimento, a riportare il dispositivo, ma essendo anche fornito di motivazione, ancorché sommaria).

Tuttavia, il primo reca nel contesto la dizione “dispositivo di sentenza”, che è indicativa della volontà dei sottoscrittori di imprimere all’atto contenuto e funzione propria di anticipata pubblicazione del dispositivo.

Orbene, in assenza di specifiche censure (che investano, sul punto - con i motivi aggiunti - l’atto pubblicato successivamente) ritiene la Sezione che non debba tenersi conto dell’anomalia del contenuto del “dispositivo di sentenza” pubblicato in data 18 giugno 2005, n. 34, anche sulla considerazione che non sono stati in alcun modo intaccati i diritti di difesa delle parti, e che la decisione in unico contesto dell’appello avverso l’uno e l’altro degli atti risolve in radice il problema della loro coesistenza, dovendosi d’ufficio correggere il “dispositivo” separatamente pubblicato, nel senso che la succinta motivazione ivi contenuta debba considerarsi tanquam non esset, ed, in ogni caso, interamente assorbita dalla sentenza successivamente pubblicata il 18 giugno 2005 con il n. 34/2005.

3. Chiarito tale aspetto, l’appello appare indubbiamente fondato nella parte in cui è volto a sindacare la declaratoria di inammissibilità, emessa sul presupposto della mancanza di una posizione lesa, o di una posizione suscettibile di tutela, a fronte di un potere di autotutela che il giudice di primo grado (aderendo sul punto alle difese delle resistenti) ha ritenuto assolutamente insindacabile dalla concorrente, sol perché intervenuto a procedimento concorsuale non concluso.

Si discute di due pubbliche gare (alle quali ha partecipato l’attuale appellante) di cui era prevista l’aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida, annullata in corso di espletamento della procedura, per il sospetto che le offerte di taluni (numerosi) concorrenti fossero la risultante di un collegamento configurante turbativa d’asta, in considerazione dell’entità irrisoria e ravvicinata dei ribassi. L’accertamento conseguente si è svolto senza che i concorrenti ne fossero messi la corrente, sulla sola base della applicazione - da parte degli Uffici della apposita Autorità - di un metodo sperimentale, applicato alle offerte incriminate di una sola delle gare in questione, espletato senza neppure verificare se anche le altre offerte fossero coinvolte nell’illecito collegamento o dare modo a ciascuno di presentare le proprie osservazioni.

Viene in rilievo, nel presente giudizio, che la decisione di annullare la gara non consegue ad una nuova ed autonoma valutazione dell’interesse dell’Amministrazione, connesso a ragioni di opportunità o di legittimità degli atti di indizione del concorso o della procedura, ascrivibili a comportamenti della stessa Amministrazione o della Commissione di gara, ma è strettamente correlata al comportamento dei concorrenti, venuto alla luce successivamente alla apertura delle offerte, e non di tutti, anche se il sospettato collegamento sembra avere coinvolto la maggior parte dei partecipanti.

In ogni caso, nessuno di costoro è stato posto in grado di partecipare al procedimento di controllo e di introdurre le proprie osservazioni.

Nella descritta situazione appare chiaro, che all'atto in cui venne avviato il procedimento di controllo era certamente insorta, nella sfera giuridica dei partecipanti, quella posizione qualificata che connota di giuridica rilevanza l'affidamento sulla definizione della procedura secondo le legittime regole concorsuali, non messe in discussione.

Tale posizione giuridica appare alla Sezione meritevole di tutela, alla stregua dei principi di trasparenza e partecipazione che, nell'ordinamento interno, devono governare la generalità dei procedimenti amministrativi, e che, con particolare riferimento alle pubbliche gare, non possono non investire anche le decisioni della stazione appaltante di tornare sulle proprie scelte e di annullare, quindi, in radice una pubblica gara, per presunta irregolarità del confronto concorsuale.

Tanto più che i principi desumibili dalle norme comunitarie (come anche interpretati dalla Corte di giustizia) sono nel senso che l'interesse degli operatori economici a partecipare alle pubbliche gare ha rilievo talmente incisivo da doversene ammettere la tutela anticipata, contro il bando di gara, anche senza la presentazione dell'offerta, allorché le clausole siano talmente chiare nel prevedere l'esclusione dell'aspirante, sulla base dei requisiti di partecipazione richiesti, da rendere inutile ed antieconomico esigere la previa qualificazione mediante la presentazione dell'offerta, spesso fortemente onerosa.

A maggior ragione, non può disconoscersi l'interesse dell'operatore che ha già presentato la sua offerta (sopportando i correlativi oneri di partecipazione) – per di più in una pubblica gara che consente l'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida - a veder portata a compimento la procedura, pure in presenza di offerte che ne debbano essere escluse, in quanto sospettate della fraudolenta violazione dell'andamento del confronto (sulla tutela dell'affidamento, cfr. Cons. Stato, Ap., n. 6 del 5 settembre 2005).

Cosicché è certamente erroneo il giudizio che, nella controversia in esame, nega legittimazione ed interesse alla decisione, su tale base dichiarando l'inammissibilità del ricorso avverso il provvedimento di autotutela.

Né può, ragionevolmente, ritenersi che la successiva partecipazione ad altra gara, con il medesimo oggetto ed indetta dalla stessa Amministrazione, abbia fatto venire meno l'interesse all'impugnazione, in quanto le opportunità di conseguire l'aggiudicazione non sono identiche e devono essere considerate, in concreto, con riferimento a ciascuna procedura ed allo stato in cui si trovava al momento dell'annullamento; ed anche perché le ragioni dell'annullamento possono non essere prive di riflessi sulla sfera giuridica del concorrente, che trascendono l'utilità derivante dalla nuova gara; sia, infine, perché, il vigente ordinamento annette rilievo al danno patrimoniale derivante dalla lesione degli interessi legittimi, ma soltanto nel caso in cui la lesione derivi da provvedimenti la cui invalidità sia oggetto di controllo costitutivo del giudice amministrativo.

4. Deve dunque passarsi al merito delle censure dedotte con il primo dei motivi di impugnazione proposti in primo grado, rispetto al quale viene fatto di osservare che, nella sua più recente stesura, la legge n. 241 del 1990, sul procedimento amministrativo, ha meglio delineato l'interesse partecipativo dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere, definendo l'obbligo dell'amministrazione di previamente comunicare agli interessati, nei procedimenti ad istanza di parte, le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza, con la finalità di dare modo agli interessati di conoscere per tempo l'orientamento negativo dell'Amministrazione e presentare le proprie osservazioni.

In questo senso è l'art. 15 bis, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15.

La natura innovativa della disposizione non può distogliere dalla esigenza di individuare i principi che stanno alla base della modificazione, i quali sono gli stessi che hanno indotto, già dal 1990, a dare corpo di principi generali a garanzie immanenti nell'ordinamento, e coerenti con il dettato costituzionale (art. 97 Cost.).

Ed invero, le regole del procedimento introdotte con la legge del 1990 e via via affinate nel corso degli anni, con successive integrazioni, costituiscono esse stesse, in buona misura il trasferimento in specifiche fonti primarie di principi di ordine pubblico individuati nel sistema dalla giurisprudenza amministrativa.

La coerenza, di tali principi, con le garanzie costituzionali spiega anche il richiamo – nella specifica materia - delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, al rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa (art. 29, comma 2, della legge n. 241 del 1990, aggiunto dalla citata legge n. 15 del 2005).

E' alla luce di tali principi che deve essere esaminato il caso in esame, che vede contrapposto, all'interesse pubblico a non dare ingresso, in una pubblica gara, ad offerte inducenti il sospetto di turbativa d'asta, quello dei singoli partecipanti di vedere conclusa la procedura ed anche quello (certamente non secondario) di allontanare da sé il sospetto (incidente sulla capacità ed affidabilità professionale) di avere partecipato al disegno criminoso.

In definitiva il provvedimento di autotutela costituisce una evenienza affatto differente rispetto alla possibilità di dare ulteriore corso alla procedura escludendo dalla gara le offerte collegate, cosicché non è affatto vero che l'Amministrazione fosse obbligata dal parere dell'Autorità ad annullare la gara. Si è trattato di una scelta discrezionale che tuttavia non ha tenuto in alcun conto gli interessi dei partecipanti, sia di quanti, sospettati dell'illecito collegamento avrebbero potuto addurre ragioni giustificative, sia di quanti, eventualmente, non vi avevano partecipato.

L'aver impedito all'attuale appellante ogni forma partecipativa al procedimento sfociato nell'annullamento della procedura, non sfugge alla censura di violazione delle regole di trasparenza e partecipazione fissate dalla legge sul procedimento amministrativo.

Esse assumono rilevanza, in quanto, nel caso in esame, non si verte in ipotesi in cui sia presumibile – inequivocamente – che la decisione dell'Amministrazione provinciale non sarebbe stata differente, ove la concorrente avesse avuto la possibilità di esporre le proprie ragioni e chiarire, dunque, la propria estraneità al collegamento illecito.

Il ricorso, pertanto, deve essere accolto, con consequenziale annullamento degli atti impugnati per quanto di ragione e nei limiti nei quali coinvolgono l'interesse proprio della concorrente a vedere definito il procedimento concorsuale.

5. Quanto alla domanda di risarcimento del danno, genericamente formulata, essa deve essere accolta nei limiti appresso indicati:

- il danno liquidabile deve essere contenuto nei limiti del c.d. interesse negativo stante lo stato della procedure nel momento in cui sono intervenuti gli atti di autotutela impugnati;

- nei confronti dell'attuale appellante devono essere completamente rimesse le spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, con interessi legali dalla data dei provvedimenti di autotutela;

- quanto alla c.d. perdita di chances, nulla può essere riconosciuto a tale titolo alla parte appellante;

a) la stessa, infatti, non ha fornito alcun elemento dal quale possano essere dedotte le perdite sofferte per non avere fruito di ulteriori occasioni o per una valutazione improntata ad un calcolo delle probabilità che, se la gara fosse stata portata a compimento (considerate le offerte valide), le sarebbe stata aggiudicata;

b) la responsabilità precontrattuale non può essere utilizzata per chiedere il risarcimento dei danni che, in via meramente presuntiva si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (Cass. civ., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632).

- non sussistono i presupposti per riconoscere il risarcimento del danno morale.

Della liquidazione del danno, nei limiti sopra specificati, può farsi carico alla stessa Amministrazione che provvederà al pagamento delle spese e dei relativi interessi sulla base degli elementi giustificativi forniti dalla parte creditrice.

6. Le spese dei due gradi del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste in favore dell'appellante ed a carico, solidalmente, delle resistenti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso proposto in primo grado ed annulla i provvedimenti impugnati, secondo quanto precisato in motivazione;

Condanna l'Amministrazione provinciale al risarcimento del danno secondo i criteri fissati in motivazione;

Condanna le appellate solidalmente al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese dei due gradi del giudizio, che si liquidano in complessivi €6.000,00= oltre IVA e CPA come per legge;

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

Così deciso in Roma, addì 21 marzo 2006, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di

DEPOSITATA IN SEGRETERIA -

Il 10 ottobre 2006