



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 793 del 2014, proposto da:
Comune di Milazzo, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Gitto, con domicilio eletto presso questo Consiglio in Palermo, via F. Cordova, n. 76;

contro

Carluccio Enea, rappresentato e difeso dall'avv. Pantaleo Ernesto Bacile, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Immordino in Palermo, via Libertà, n. 171;

nei confronti di

Aveni s.r.l.;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Mandarin s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marianna Capizzi, Antonio Bivona, con domicilio eletto presso questo Consiglio, in Palermo, via F. Cordova, n. 76;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA: SEZIONE IV n. 01689/2014, resa tra le parti, concernente rimozione in autotutela degli effetti di un procedimento di una gara relativa a una procedura aperta di appalto di un sistema di videosorveglianza e monitoraggio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Enea Carluccio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2014 il Cons. Gabriele Carlotti e uditi per le parti gli avvocati Bacile e Bivona;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Il Comune di Milazzo impugna la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, ha accolto il ricorso proposto in primo grado dal signor Enea Carluccio, titolare dell'omonima impresa individuale, per l'annullamento a) della determinazione dirigenziale, n. 135 del 27 marzo 2014, con cui il Comune di Milazzo rimosse in autotutela gli effetti del procedimento di gara relativo alla procedura aperta per l'appalto del sistema di videosorveglianza e monitoraggio e b) della nota, prot. 5016/P.L./17.04.2014, adottata in riscontro all'informativa di cui all'art. 243-bis del D.Lgs. n. 163/2006. In particolare, il Tribunale ha ritenuto *“che, così come sostenuto in ricorso, i provvedimenti impugnati non sono assistiti da una chiara e inequivoca motivazione.”*

2. – Si è costituito, per resistere all'impugnazione, il signor Enea Carluccio. Si è altresì costituita, con un atto di intervento *ad adiuvandum* rispetto alla posizione del Comune appellante, la Mandarin s.p.a. (nel prosieguo, Mandarin).

3. – Giova riferire succintamente in fatto che:

- nel mese di gennaio del 2014 il Comune bandì la gara, avente l'oggetto sopra indicato, che fu aggiudicata in via provvisoria all'odierno appellato (seconda classificata l'Aveni s.r.l.);

- con la determinazione dirigenziale impugnata in primo grado, l'amministrazione comunale annullò gli atti della procedura, disponendo contestualmente la rinnovazione della gara;

- nei mesi di aprile e di maggio del 2014 si svolsero le nuove operazioni di gara, alla quale non partecipò, l'impresa Carluccio, ed esse si conclusero con l'aggiudicazione in favore della Mandarin;

- il signor Carluccio non ha impugnato gli atti della nuova gara.

4. – L'appello del Comune è affidato ai seguenti mezzi di gravame:

I) inammissibilità del ricorso originario per carenza di interesse a ricorrere: l'impugnativa della ridetta determinazione non avrebbe potuto assicurare all'appellato alcun concreto vantaggio, e tanto meno l'aggiudicazione della procedura, essendo stata indetta e svolta una nuova gara, alla quale l'appellato non ha partecipato e i cui atti non sono stati dallo stesso impugnati; si richiama, a tal riguardo, un indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'omessa impugnativa dell'ultimo atto di una sequenza procedimentale renderebbe improcedibile il ricorso eventualmente promosso contro il primo atto o, comunque, contro un precedente atto endoprocedimentale della medesima sequenza;

II) erroneità della sentenza di primo grado; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e della L. n. 241/1990 sull'esercizio del potere in autotutela della pubblica amministrazione; infondatezza del ricorso proposto dall'impresa Enea Carluccio: anche in materia di procedure di evidenza pubblica l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, disporrebbe del potere di intervenire in autotutela sui propri atti e ciò a maggior ragione allorché la gara sia ancora nella fase dell'aggiudicazione provvisoria, essendo quest'ultima un atto endoprocedimentale dagli effetti non ancora stabilizzati e rispetto al quale l'aggiudicatario provvisorio è unicamente titolare di un'aspettativa e non pure di un legittimo affidamento alla successiva aggiudicazione definitiva, sicché la stazione appaltante non sarebbe gravata di uno specifico onere di motivazione in ordine ragioni di interesse pubblico che ne giustificano il ritiro in autotutela; nel caso di specie il Comune avrebbe compiutamente espresso le motivazioni circa l'inopportunità di proseguire la precedente procedura, poi annullata, rispetto alla preferibile opzione della rinnovazione della gara (anche per scongiurare i prevedibili contenziosi e per non rischiare la perdita del relativo finanziamento ottenuto dall'amministrazione a valere sul fondo FESR); infondatamente l'appellato avrebbe altresì denunciato l'insussistenza delle difficoltà interpretative richiamate dal Comune riguardo all'ammissione di alcune imprese alla procedura (tra cui quella del signor Carluccio); sarebbe conseguentemente infondata anche la domanda risarcitoria, sulla quale peraltro il T.a.r. non ha statuito (sicché la domanda sarebbe da intendersi rigettata).

5. – La Mandarin ha eccepito l'improcedibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnativa, da parte dell'appellante, degli atti della nuova gara indetta dal Comune e, nel merito, ha contestato il difetto di motivazione ravvisato dal T.a.r.

6. – Il signor Carluccio ha spiegato difese contro l'accoglimento dell'appello e, in ogni caso, ha riproposto, in via gradata, la domanda risarcitoria, formulata in primo grado.

7. – In via preliminare il Collegio ritiene di dover esaminare e respingere l'eccezione di inammissibilità e di improcedibilità dell'originario ricorso, sollevata dal Comune di Milazzo con il primo motivo di appello e dedotta anche dalla Mandarin, in quanto il signor Carluccio, pur non avendo partecipato alla gara rinnovata e pur non avendo impugnato i relativi atti, è comunque titolare di un interesse tutelabile all'accertamento della legittimità del provvedimento gravato in prime cure, quanto meno ai fini risarcitori (stante la domanda in tal senso formulata nel primitivo ricorso) e ciò anche a voler prescindere dalla considerazione dell'effetto caducante che, in relazione all'indizione della nuova gara, promana

dall'annullamento dell'atto di ritiro della procedura precedentemente svolta (da cui anche l'insussistenza di alcun onere di impugnativa della seconda procedura da parte dell'appellato).

8. – Nel merito l'appello è fondato e va accolto per l'assorbente profilo di seguito esaminato. Ed invero, ad avviso del Collegio, la determinazione di ritiro in autotutela e la successiva nota del 17 aprile 2014, in risposta al c.d. "preavviso di ricorso", furono diffusamente motivate con riferimento a plurimi aspetti:

a) sussistenza di difficoltà operative – non superate – relative a un chiarimento chiesto all'AVCP circa l'anomalo funzionamento della banca dati nazionale (AVCPASS), di cui all'art. 6-*bis* del D.Lgs. n. 163/2006;

b) sussistenza di un vizio, reputato insanabile, relativo alla soluzione di continuità dell'ultima seduta, con assorbimento delle questioni, pure sussistenti, relative alla scarsa chiarezza della *lex specialis* in ordine alla disciplina della verifica delle offerte anomale e all'adempimento previsto dall'art. 118 del D.P.R. n. 207/2010, che avrebbero potuto dar luogo a difformi interpretazioni;

c) serio rischio di insorgenza di contenziosi, il cui protrarsi avrebbe comportato il pericolo di perdere il finanziamento ottenuto, siccome già ventilato in occasione di un incontro operativo tenutosi in data 17 marzo 2014 presso la Prefettura di Catania;

d) opportunità di scongiurare detti pericoli attraverso l'urgente rinnovazione, in tempi molto rapidi, della procedura;

e) valenza recessiva dell'interesse privato dell'aggiudicatario provvisorio, titolare di una mera aspettativa all'aggiudicazione definitiva, rispetto all'interesse pubblico allo svolgimento della gara e alla conservazione del finanziamento conseguito a valere sui fondi europei.

9. - Tanto premesso, il Collegio ritiene che l'amministrazione abbia corredato l'atto di ritiro di una idonea motivazione, avendo soprattutto riguardo al difettoso funzionamento della banca dati dell'AVCP (v. i verbali di gara), e all'interesse pubblico da tutelare all'insegna del buon andamento. In effetti, dagli atti della causa si evince che: a) il bando di gara – pubblicato il 28 gennaio 2014 - indicava, tra i documenti da depositare a pena di esclusione, il c.d. "PASSOE", ossia il codice "Pass Operatore Economico", da rilasciare da parte del sistema AVCPASS; b) più di un concorrente si era doluto di un anomalo funzionamento del sunnominato sistema AVCPASS e della conseguente impossibilità di ottenere il PASSOE; c) l'AVCP, sebbene sollecitata sul punto dalla stazione appaltante, non rese i chiarimenti richiesti. Alla luce di tali circostanze – da sole sufficienti a sorreggere la legittimità dell'intervento in autotutela - il Collegio non ritiene pretestuosa la motivazione dell'atto impugnato in prime cure, laddove ancora uno dei motivi dell'esercizio del potere di ritiro in autotutela alle difficoltà operative dovute al malfunzionamento della banca dati in parola. Condivisibile è anche la prognosi, spiegata nella ridetta motivazione, circa la possibilità che detto malfunzionamento potesse essere foriero di contenziosi, da cui l'esigenza, in vista del conseguimento dell'interesse pubblico, al rapido affidamento dell'appalto, di rinnovare la gara.

Conforta, sul piano dei principi, tale conclusione anche la considerazione che la giurisprudenza amministrativa, con riferimento alla motivazione idonea a sorreggere l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, ha statuito, seppure con indirizzo risalente, che l'aggiudicazione provvisoria di un contratto pubblico non è idonea a generare alcun affidamento qualificato, per cui la mancata conclusione della procedura o anche il suo annullamento può sempre aver luogo, salvo l'obbligo di motivazione in relazione all'esistenza dei presupposti necessari (tra gli altri precedenti, Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766) e altresì che ben può l'amministrazione disporre la riapertura della gara d'appalto, dopo che quest'ultima sia stata annullata per ravvisate irregolarità, e che a tale annullamento l'amministrazione può far luogo anche in via implicita e senza obbligo di fornire una particolare motivazione, attesa l'assenza nei soggetti interessati di posizioni giuridiche consolidate (tra le altre decisioni in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5183; *id.*, 18 marzo 2003, n. 1417). In ogni caso, anche a voler seguire il più recente e più rigoroso orientamento, secondo cui nelle gare pubbliche l'aggiudicazione provvisoria, sebbene essa non generi alcun affidamento qualificato, risultando esposta a revisioni che possono condurre al suo annullamento in autotutela, comporta la necessità che quest'ultimo sia congruamente motivato con la precisa indicazione delle ragioni d'interesse pubblico che giustificano la lesione dell'impresa provvisoriamente aggiudicataria (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5681), il Collegio ritiene nondimeno che, nella fattispecie, il Comune abbia dato conto della consistenza dell'interesse pubblico posto a base del ritiro e della prevalenza di esso rispetto al contrapposto interesse privato dell'impresa appellata.

10. – Al rigetto della domanda cassatoria non consegue tuttavia anche la reiezione di quella risarcitoria e, segnatamente, di quella per responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, del pari formulata in primo grado (e devoluta in appello). Difatti la revoca in questione, ancorché legittima per quanto sopra chiarito, è comunque da ricondurre a una complessiva condotta disfunzionale e disorganizzata nella gestione della gara, ascrivibile anche al Comune di Milazzo e di ciò costituiscono prova eloquente le altre motivazioni poste a supporto della revoca (soluzione di continuità nelle sedute di gara, questioni trattate nel bando in maniera non puntuale, ecc.). Il sopravvenuto ritiro degli atti della gara ha, quindi, comportato una lesione delle regole di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. la cui osservanza si impone anche nella fase (amministrativa) precontrattuale. La sussistenza e la risarcibilità della lesione di detto affidamento, commisurata all'interesse negativo (a non essere coinvolti in trattative inutili) costituisce *jus receptum* di matrice giurisprudenziale. Il

risarcimento del danno va, pertanto, liquidato limitatamente alla sola voce del pregiudizio curricolare (conseguente alla preclusione per l'appellato della possibilità di far valere, in altre procedure, il requisito economico dell'avvenuta partecipazione alla gara) ed è stimato equo determinare l'equivalente monetario di detto pregiudizio nella misura complessiva dell'1% del valore numerario della base d'asta, non potendosi pronosticare nella fattispecie con assoluta certezza che l'appellato, qualora non fosse stata disposta la revoca avversata, avrebbe conseguito l'aggiudicazione. A detto importo dovranno sommarsi gli interessi legali decorrenti dalla pubblicazione della presente sentenza fino al soddisfo.

Non può essere invece accolta la richiesta risarcitoria con riferimento alle spese documentate per la partecipazione alla gara, dal momento che di tale onere economico il signor Enea Carluccio, al pari di ogni altro concorrente, avrebbe dovuto comunque farsi carico, quand'anche non avesse conseguito l'aggiudicazione provvisoria (v., tra gli altri precedenti, C.G.A., n. 324 dell'11 marzo 2013).

Il Comune di Milazzo, a norma dell'art. 34, comma 4, c.p.a., formulerà dunque una proposta risarcitoria entro 30 (trenta) giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, attenendosi ai criteri liquidatori testé declinati.

11. – In conclusione e in accoglimento dell'appello, va riformata la sentenza gravata nella parte cassatoria, mentre va accolta la domanda risarcitoria (riposta in secondo grado) nei termini sopra indicati.

12. – In ragione della parziale soccombenza si ravvisano giustificati motivi per disporre la compensazione integrale delle spese processuali del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale,

definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso proposto in primo grado nei soli limiti della domanda risarcitoria e, per l'effetto, condanna l'amministrazione comunale di Milazzo al risarcimento dell'illecito precontrattuale nella misura indicata in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese processuali del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Maria De Lipsis, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere

Gabriele Carlotti, Consigliere, Estensore

Giuseppe Mineo, Consigliere

Alessandro Corbino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2015

IL SEGRETARIO

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