

N. 02241/2011 REG.PROV.COLL.
N. 03885/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3885 del 2010, proposto da:
IMPEC Costruzioni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.
Giovanni Ciuffi e Fabio Rossi, con domicilio eletto presso Giovanni
Ciuffi in Napoli, piazza G. Rodinò, n. 18;

contro

Comune di Benevento, rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio
Carbone, con domicilio eletto presso Eugenio Carbone in Napoli,
viale degli Astronauti, n. 4;

per l'annullamento

determinazione dirigenziale n. 288 dell'11/05/2010 avente ad
oggetto la mancata aggiudicazione dell'appalto-concorso per la
progettazione esecutiva, la costruzione e la gestione per un anno
dell'impianto di depurazione della città di Benevento, nonché degli

atti connessi ivi inclusa la delibera di Giunta comunale n. 43 del 5/2/2010 e gli atti ivi richiamati e la determina dirigenziale n. 506 dell'8/9/2009, la delibera di G.C. n. 219 del 17/9/2009 e la nota prot. n. 776 del 9/3/2010 di comunicazione di avvio del procedimento, e per la condanna al risarcimento in forma specifica e dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Benevento;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

Con delibera di Giunta comunale n. 1096 del 1998 il Comune di Benevento bandiva un appalto concorso per la progettazione, costruzione e gestione di un impianto di depurazione in località Pantano- area Marziotto. La Commissione giudicatrice della gara, nella seduta del 25/10/2001, con verbale n. 16, formulava la graduatoria finale, indicando la IMPEC come offerta economicamente più vantaggiosa. Con determina dirigenziale n. 615 del 2004, la stazione appaltante si riservava di procedere all'aggiudicazione definitiva dopo l'approvazione del progetto

esecutivo da redigersi in variante allo strumento urbanistico. A tale scopo veniva convocata apposita conferenza di servizi ai sensi dell'art. 34 del d. lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 12 della legge regionale n. 16 del 2004. La Conferenza di servizi si concludeva in data 18/4/2005, con verbale n. 4. Nondimeno il procedimento non si perfezionava con la sottoscrizione dell'accordo di programma. La Giunta, con delibera n. 99 del 2007, decideva quindi lo spostamento del costruendo impianto in un nuovo sito, sulla sponda destra del fiume Calore. Con delibera n. 261 del 2007 veniva approvato un nuovo progetto preliminare. Successivamente, con delibere n. 150 e n. 221 del 2008, veniva stabilita una nuova delocalizzazione dell'impianto in contrada Pantano alla località Monte S. Angelo con approvazione di un nuovo progetto preliminare.

A seguito di ciò, con la determina n. 288 del 11/5/2010, veniva deciso di non aggiudicare l'appalto-concorso e di rinviare a un successivo atto l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica.

Con ricorso notificato il 30/6/2010, la società IMPEC Costruzione (derivante dalla scissione della IMPEC) proponeva le domande in epigrafe.

Il Comune di Benevento si costituiva in giudizio resistendo alle pretese avverse.

DIRITTO

1. Preliminarmente la difesa della ricorrente rileva la tardività della costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente, avvenuta in

data 10/11/2010, a fronte del perfezionamento della notificazione del ricorso, in data 5/7/2010, rispetto al termine previsto dall'art. 46, co. 1, del nuovo CPA.

L'eccezione va disattesa in quanto il termine in questione non ha carattere decadenziale, nel senso che la sua scadenza non comporta l'inaammissibilità della costituzione in giudizio della parte resistente, ma è piuttosto un termine a tutela dei diritti di difesa dei legittimi contraddittori del processo, nel senso che, in questo lasso di tempo, è garantita la possibilità alle parti resistenti di costituirsi in giudizio.

2. Nel merito la società ricorrente deduce che:

- la delibera G.C. n. 21 del 11/2/2003, recante l'approvazione del quadro economico dell'intervento, e la nota sindacale prot. n. 1193 del 17/2/2003 al Provveditorato OO.PP. della Campania per la nomina dei collaudatori, sarebbero atti che presupporrebbero l'aggiudicazione della gara; del pari la nota in data 13/7/2007 inviata alla IMPEC per chiedere l'adeguamento della progettazione preliminare a nuove e sopravvenute esigenze, dimostrerebbe l'avvenuta aggiudicazione; la determina impugnata n. 288/2010 non terrebbe conto di tali atti; l'atto impugnato sarebbe viziato da carenza di istruttoria e sviamento in quanto esisteva l'aggiudicazione; sarebbe viziata da difetto di motivazione la revoca dell'aggiudicazione; la ricorrente, pur essendo qualificata come aggiudicataria provvisoria, avrebbe svolto attività proprie dell'aggiudicataria;
- la ricorrente, nel corso di un decennio, avrebbe consolidato il

legittimo affidamento alla esecuzione dell'opera, che escluderebbe il potere del Comune di annullare atti tanto risalenti nel tempo; la determinazione sarebbe in contrasto con i principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa proclamati nell'art. 97 cost. e nella legge n. 241 del 1990; la determinazione adottata, basata su fatti e atti risalenti nel tempo, sarebbe contraddittoria rispetto all'orientamento seguito finora, in particolare con le delibere n. 261 del 2007 e n. 150 del 2008, che evidenzierebbe una sostanziale similitudine tra la configurazione del progetto originale e la nuova configurazione e assegnerebbe alla IMPEC l'onere della revisione del progetto per adeguarlo al nuovo sito; i vincoli urbanistici sarebbero un pretesto per liberarsi dell'aggiudicatario e bandire una nuova gara, dispendiosa in termini economici e ambientali; le disposizioni del bando originario non giustificerebbero la mancata aggiudicazione poiché le circostanze evidenziate sarebbero comunque imputabili al Comune stesso; la clausola del bando sarebbe comunque irragionevole e contraria ai principi in materia di gare pubbliche.

Al riguardo è da rilevare che a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, decisa dalla Commissione giudicatrice, non risulta successivamente formalizzata l'aggiudicazione definitiva, subordinata all'approvazione di una apposita variante urbanistica.

Né risulta perfezionato l'accordo di programma ai sensi dell'art. 34 del d. lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 12 della legge regionale n. 16 del

2004.

A seguito di ciò, il Comune ha deliberato una nuova localizzazione dell'intervento in area diversa da quella del progetto originario ed ha altresì approvato un nuovo progetto preliminare, diverso da quello posto a base della procedura di appalto-concorso.

Tali determinazioni non risultano ritualmente e tempestivamente impugnate dalla società ricorrente.

Orbene, in base all'art. 20 della legge n. 109 del 1994, lo svolgimento di una procedura di appalto-concorso presuppone l'esistenza di un determinato progetto preliminare. La modifica di quest'ultimo, conseguente nella specie allo spostamento dell'impianto in altro sito, non può che riflettersi sui livelli di progettazione successivi, previsti dall'art. 16 della legge n. 109 del 1994, relativi alla redazione del progetto definitivo, che deve contenere ex art. 25 del d.P.R. n. 554 del 1999 gli elementi necessari ai fini dell'accertamento di conformità urbanistica, e del progetto esecutivo da redigere ex art. 35 del d.P.R. n. 554 del 1999 nel pieno rispetto del progetto definitivo e delle prescrizioni urbanistiche.

Pertanto la determinazione impugnata evidenzia in particolare cambiamenti nelle caratteristiche spaziali e tipologiche dei lavori, nelle strutture di fondazione, negli interventi di difesa fluviale, nell'andamento planimetrico delle opere, nella viabilità di accesso, nelle caratteristiche della stazione di sollevamento, nella lunghezza del sistema dei collettori fognari, negli attraversamenti del fiume

Calore.

Orbene, l'art. 17 delle avvertenze generali dettate nella lettera di invito prot. n. 43862 del 5/7/1999 prevede espressamente che "l'amministrazione si riserva la facoltà di non aggiudicare la gara per cause inerenti le mancate autorizzazioni amministrative comunali e sovracomunali, afferenti la compatibilità urbanistica del sito". Inoltre la stessa lettera di invito sancisce che "l'offerta presentata non vincola in alcun modo l'amministrazione, che si riserva di non dare corso al contratto sia nel caso che il progetto vincitore non ottenga le necessarie autorizzazioni, o che queste modifichino sensibilmente il progetto ...".

Queste disposizioni di gara e le consequenziali determinazioni sono conformi all'art. 81, co. 3, del d. lgs n. 163 del 2006, che oggi prevede espressamente che le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

Nel quadro normativo anteriore al nuovo codice dei contratti pubblici, oltre al potere generale di approvazione degli atti di aggiudicazione definitiva e dei contratti stabilito nell'art. 19 del regio-decreto 18/11/1923, n. 2440, sulla contabilità dello Stato, l'art. 113 del regio-decreto 23/5/1924, n. 827, regolamento di contabilità, contempla il potere di diniego dell'approvazione dei contratti "per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato". Tale potere, comprensivo della potestà di non approvare i risultati di una gara, è

espressione del principio generale dell'autotutela spettante all'autorità amministrativa (cfr. Cons. St., sez. VI, 5/6/2003, n. 3124).

Alla luce di tali considerazioni, la determinazione di inidoneità dell'offerta in relazione all'oggetto del contratto, rientrando nella competenza discrezionale della stazione appaltante, non si palesa pertanto manifestamente irragionevole, essendo giustificata e motivata da elementi congrui e pertinenti nei presupposti di fatto e di diritto evidenziati nel provvedimento impugnato.

3. La legittimità degli atti adottati dall'amministrazione esclude la sussistenza di un danno ingiusto suscettibile di risarcimento.

Nondimeno resta da esaminare la pretesa risarcitoria sotto il profilo dell'art. 1337 c.c., essendo stato chiarito che la reiezione della domanda di annullamento di un provvedimento di revoca degli atti di una gara d'appalto non esclude che possa sussistere una responsabilità pre-contrattuale in capo alla stazione appaltante, qualora si riscontrino la violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede che grava sulle parti, risarcibile nei limiti tuttavia del cd. interesse negativo (cfr. Cons. St., ad. plen., 5/9/2005, n. 6).

Senonché, occorre comunque che la delusione delle aspettative della controparte derivi da un comportamento colposo dell'amministrazione e risulti priva di ogni ragione giustificativa (cfr. Cons. St., sez. V, 30/11/2007, n. 6137).

Per il disposto della lettera di invito, con la quale la stazione appaltante si era espressamente riservata di non procedere

all'affidamento del servizio per questioni afferenti la conformità urbanistica, la società ricorrente era stata fin dall'inizio messa sull'avviso. Inoltre quest'ultima, nella sua qualità di progettista, doveva avere consapevolezza delle problematiche derivanti dalla inoppugnata necessità di un'apposita variante urbanistica.

Ne consegue che l'esercizio da parte dell'amministrazione di una facoltà prevista dalla legge e dalle disposizioni di gara non si palesa neppure contrastante con i principi di correttezza e buona fede, per cui è da escludere che l'azione della stazione appaltante risulti censurabile, ai sensi dell'art. 1337 c.c..

4. La richiesta di istruttoria della ricorrente, genericamente riferita alla documentazione relativa al procedimento avviato con delibera n. 1096 del 1998, va disattesa in quanto gli atti prodotti in giudizio dalla stessa ricorrente risultano sufficienti per la decisione.

5. Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio, attese le peculiarità della vicenda e della relativa controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 marzo

2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2011

IL SEGRETARIO

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