

Pregiudiziale amministrativa? No, grazie...

Scritto da Melita Manola
Venerdì 01 Luglio 2011 12:01 -

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 241 del 2009, proposto da:

HT. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Crevani, Alessandro Marelli, con domicilio eletto presso Alessandro Marelli in Bologna, via D'Azeglio N. 39;

contro

H. S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Carullo, con domicilio eletto presso Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;

nei confronti di

HR. S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Carullo, con domicilio eletto presso Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;

C. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Cesare Caturani, Andrea Galvani, Giorgio Sebastiani, con domicilio eletto presso Cesare Caturani in Bologna, via S.Stefano,16;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione della fornitura e posa in opera in gara n. 7/2008/DAA/AABS, provvedimento comunicato alla ricorrente con nota prot. Gen. 0068139/08 datata 15 dicembre 2008, ricevuta in data 16 dicembre 2008 recante aggiudicazione alla C. s.p.a. della fornitura e posa in opera di nr. 2 idroestrattori centrifughi per la disidratazione meccanica dei fanghi di risulta presso l'impianto di depurazione acque reflue urbane di Riccione gestito da HR. s.r.l. Unipersonale;

degli atti della Commissione di gara;

del provvedimento di valutazione di congruità della offerta della C., comunicata alla ricorrente in data 23 gennaio 2009.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di H. S.p.A. e di HR. S.r.l. e di C. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2011 il dott. Grazia Brini e uditi per le parti i

Pregiudiziale amministrativa? No, grazie...

Scritto da Melita Manola
Venerdì 01 Luglio 2011 12:01 -

difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

I. Con bando di gara spedito per la pubblicazione in data 17.4.2008, H. S.p.a. attivava una procedura negoziata

ex art. 220 d.lgs. n. 163/2006 per la "Fornitura e posa in opera di nr. 2 idroestrattori centrifughi per la disidratazione meccanica dei fanghi di risulta presso l'impianto di depurazione delle acque reflue urbane di Riccione gestito da HR. S.r.l. Unipersonale", con affidamento in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa da valutarsi in base agli indici tecnici ed economici contenuti nel bando di gara e negli allegati alla lettera di invito.

L'importo complessivo della fornitura e posa in opera veniva stabilito in euro 600.000,00 così dettagliati: euro 595.000,00 per fornitura e posa in opera, inclusi gli oneri accessori, ed euro 5.000,00 di oneri sicurezza non soggetti a ribasso.

Nel termine di scadenza pervenivano le offerte della ricorrente e della controinteressata, che all'esito della procedura risultava aggiudicataria.

L'aggiudicazione della fornitura alla C. veniva impugnata con ricorso notificato il 12.2.2009 e depositato il 25.2 successivo da HT. s.r.l., per i seguenti motivi:

1) Violazione e/o falsa applicazione della disciplina di gara, di cui alla lettera di invito, al modulo di offerta e agli allegati, anche in relazione agli artt. 1366, 1369 e 1657 c.c. -Violazione e/o falsa applicazione del principio in materia di pubbliche forniture concernente la congruità, serietà e valutabilità dell'offerta - Violazione della *par condicio*

tra i concorrenti - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà. (l'offerta della C. S.p.A., che in sede di rinegoziazione ha quotato "0,01 Euro" il costo di manutenzione full-service, deve ritenersi inammissibile, posto che sostanzialmente ha azzerato una componente obbligatoria della proposta economica).

2) Violazione e/o falsa applicazione della disciplina di gara, di cui alla lettera di invito, al modulo di offerta e agli allegati - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà (a norma della lettera di invito C., all'esito dell'esecuzione delle prove in campo, avrebbe dovuto essere esclusa poiché i risultati di dette prove non hanno confermato quanto previsto).

Successivamente alla notifica del ricorso la ricorrente, presa conoscenza dei documenti depositati da H. s.p.a., con atto notificato il 9.4.2009 e depositato il 22.4 successivo ha proposto i seguenti motivi aggiunti:

Pregiudiziale amministrativa? No, grazie...

Scritto da Melita Manola

Venerdì 01 Luglio 2011 12:01 -

3) Violazione e/o falsa applicazione della disciplina di gara, di cui alla lettera di invito e agli allegati - eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà (contrariamente a quanto sostenuto da H. l'elemento relativo alla manutenzione global service era un elemento proprio della valutazione economica e non tecnica dell'offerta, che non poteva essere legittimamente azzerata).

Si costituivano e resistevano al ricorso H. s.p.a e C. s.p.a.

Con ordinanza n. 185/2009 veniva respinta l'istanza cautelare.

Stesso esito sortiva l'appello (Cons. Stato, V, n. 4507/2009).

Nell'imminenza dell'udienza di discussione la controinteressata, che nelle more del giudizio ha variato la denominazione sociale in Società P. s.p.a., ha depositato il contratto di appalto per la fornitura e posa in opera in questione tra la HR. e la Società C., ed il certificato di ultimazione lavori emesso da HR. srl in data 9/9/2009 attestante che i lavori eseguiti dalla ditta C. erano da considerare ultimati dal giorno 9/9/2009 e quindi entro i termini contrattuali: rappresenta in memoria che, essendo l'appalto oggetto del gravame completamente eseguito, trova applicazione l'art. 34 co.3 c.p.a. secondo il quale, qualora nel corso del giudizio l'annullamento dei provvedimenti impugnati non risulti più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste interesse ai fini risarcitori.

Al risarcimento per equivalente punta del resto in via esclusiva la ricorrente, che nell'ultima memoria quantifica in complessivi euro 282.009= il margine lordo che avrebbe ricavato dall'aggiudicazione.

II. Essendo il contratto completamente eseguito, va valutata, ai fini risarcitori, l'eccezione di carenza di interesse sollevata da H. s.p.a per avere l'offerta della HT. comunque superato la base d'asta.

Come si legge nel prospetto della valutazione conclusiva tecnico-economica, l'importo complessivo dell'offerta della ricorrente (sia quella originaria, sia quella negoziata) risulta avere effettivamente superato la base d'asta, pari a complessivi euro 600.000,00, di cui euro 595.000,00 per fornitura e posa in opera, inclusi gli oneri accessori, ed euro 5.000,00 di oneri sicurezza non soggetti a ribasso.

Non sembrano infatti sussistere dubbi sul fatto che l'offerta economica per la manutenzione global service (plico C), alla quale il bando assegnava il valore massimo di 15 punti, fosse parte integrante dell'offerta complessiva, mentre l'importo offerto dalla ricorrente per tale manutenzione (euro 24.000/anno, e dunque euro 245.000 per dieci anni), sommato a quello indicato in sede di negoziazione (euro 593.000), determina un totale di euro 838.000,00, e dunque supera abbondantemente gli euro 600.000.

Al contrario, tale sfioramento non si è verificato per la controinteressata.

A questo punto occorre valutare quale rilevanza abbia il fatto, valorizzato da parte ricorrente

Pregiudiziale amministrativa? No, grazie...

Scritto da Melita Manola

Venerdì 01 Luglio 2011 12:01 -

nell'ultima memoria, che per tale superamento la stessa non sia stata esclusa in sede amministrativa; né la controinteressata ha proposto ricorso incidentale sul punto.

E' noto che secondo la giurisprudenza formatasi in tema di azione impugnatoria il mancato rilievo della carenza di un requisito di ammissione non si riflette di per sé sulla posizione della partecipante che versi in tale situazione finché l'Amministrazione non provveda, in base al riscontro del vizio, all'annullamento in via di autotutela dell'ammissione stessa (in assenza dell'autotutela opera la presunzione di legittimità e di operatività degli atti amministrativi ancorché illegittimi), ovvero finché la stessa ammissione non sia annullata in giudizio in base all'accoglimento di un motivo dedotto con ricorso incidentale dalla controinteressata che abbia interesse a travolgere gli atti di gara per motivi opposti e simmetrici a quelli della ricorrente (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2006, n. 2637).

E' peraltro altrettanto nota l'evoluzione che si è riscontrata nella legislazione e nella giurisprudenza, anche anteriori al codice del processo amministrativo, nel senso della reciproca autonomia processuale fra i due diversi sistemi - impugnatorio e risarcitorio - di tutela dell'interesse legittimo, e del superamento della pregiudizialità amministrativa quale condizione per accedere alla tutela risarcitoria anche quando la sentenza costitutiva non sia, o non sia più, necessaria ed utile per soddisfare l'interesse sostanziale al bene della vita (Cons. Stato, A.P. n. 3/2011).

Ha osservato l'Adunanza Plenaria "che il danno non è di norma cagionato dal provvedimento in sé inteso ma da un fatto, ossia da un comportamento, in seno al quale rilevano anche le condotte precedenti e successive all'atto", e che "In caso di fatto illecito non viene allora in rilievo una mera illegittimità del provvedimento in sé ma un'illiceità della condotta complessiva riguardo alla quale assume rilievo centrale il giudizio sintetico-comparativo di valore sull'ingiustizia del danno nonché la valutazione della rimproverabilità soggettiva del contegno".

Queste sono le tappe del percorso che la giurisprudenza, sin dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, ha indicato al giudice del merito per accertare la fondatezza di una domanda risarcitoria proposta

ex

art. 2043 c.c., nei confronti della P.A. per illegittimo esercizio di una funzione pubblica:

- a) in primo luogo, deve accertare la sussistenza di un evento dannoso;
- b) deve, poi, stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come ingiusto, in relazione alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l'ordinamento;
- c) deve, inoltre, accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della P.A.;
- d) deve accertare, infine, se detto evento dannoso sia imputabile a responsabilità della P.A. Imputazione, questa, che non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità del provvedimento amministrativo, essendo necessaria, invece, una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa, che, unitamente al dolo, costituisce requisito essenziale

Pregiudiziale amministrativa? No, grazie...

Scritto da Melita Manola
Venerdì 01 Luglio 2011 12:01 -

della responsabilità aquiliana (v. anche Cass. 27.5.2009 n. 12282).

L'art. 30 del c.p.a. prevede infine, al terzo comma, che nel determinare il risarcimento il giudice debba valutare " tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti, e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Applicando questi principi al caso all'esame, si può concludere che la circostanza dell'incontestato superamento della base d'asta da parte della ricorrente, e dunque della presentazione di un'offerta irregolare che non sarebbe stata comunque suscettibile di aggiudicazione, assume una rilevanza diversa nel giudizio risarcitorio rispetto a quello impugnatorio e ben può essere valutata dal giudice sul piano del rapporto sostanziale anche se non sollevata con un ricorso incidentale: in particolare rileva sotto il profilo dell'assenza di un danno ingiusto, per cui il percorso valutativo sopra indicato si ferma al punto b) e comporta il rigetto della domanda.

Il ricorso va pertanto dichiarato improcedibile quanto all'azione di annullamento e respinto quanto alla richiesta di risarcimento del danno. Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le spese del giudizio fra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile ed in parte lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Giuseppe Calvo

L'ESTENSORE

Grazia Brini

IL CONSIGLIERE

Ugo Di Benedetto

Pregiudiziale amministrativa? No, grazie...

Scritto da Melita Manola

Venerdì 01 Luglio 2011 12:01 -

Depositata in Segreteria il 17 giugno 2011

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