

Non può essere negato il potere dell'amministrazione di procedere, in via di autotutela, all'annullamento del bando e delle operazioni di gara, quando i relativi criteri di selezione si manifestino suscettibili di generare effetti indesiderati o comunque illogici

In tema di potere di autotutela della pa a non raggiungere il perfezionamento di un contratto di appalto, merita di essere segnalata la decisione numero 3989 del 23 giugno 2006 del Consiglio di Stato:

< L'esercizio del potere di revoca di una procedura ad evidenza pubblica, rientra pienamente nella discrezionalità rimessa all'amministrazione, tenuto anche conto che la fase di scelta del contraente culmina nell'aggiudicazione, quale atto unilaterale dell'amministrazione che però non perfeziona il contratto e che la stipulazione del contratto è invece il momento costitutivo delle obbligazioni contrattuali, in cui le volontà delle parti si incontrano.

Fino alla stipula del contratto il procedimento di evidenza pubblica ha, inoltre, carattere unitario con la conseguenza che l'eventuale revoca dell'aggiudicazione non richiede l'avviso di avvio del procedimento, trattandosi dell'atto conclusivo della procedura di asta pubblica, che per sua natura garantisce la partecipazione dei soggetti interessati, e non di un provvedimento "di secondo grado">

Ma vi è una notizia in più:

< L'esercizio di poteri di autotutela, benché legittimo, può determinare la lesione dell'affidamento riposto dai privati negli atti revocati o annullati con il conseguente insorgere di obblighi risarcitori; ciò non costituisce elemento per utilizzare in modo limitato i poteri di autotutela, ma rappresenta un dato che l'amministrazione deve tenere presente nelle complessive valutazioni che precedono l'esercizio dei propri poteri di autotutela.

Si ricorda al riguardo che in fattispecie, in cui è stata ritenuta legittima la revoca dell'aggiudicazione, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha riconosciuto a volte il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ. (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 6/2005; IV, n. 1457/2003).

In tali casi, il risarcimento del danno era stato riconosciuto per la lesione degli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi e nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso>

Riguardo alla richiesta di un eventuale danno da liquidarsi per equivalente, i giudici di Palazzo Spada sottolineano che:

< il ricorso a criteri equitativi per la quantificazione del danno è previsto dall'art. 1226 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c., quando il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, quando cioè il pregiudizio non è conoscibile perché il fatto che ne avrebbe consentito la quantificazione non è avvenuto e non può avvenire, sicché occorre procedere in via presuntiva secondo la regola dell'id quod plerumque accidit, mentre a tale criterio non può farsi ricorso quando i fatti causativi del danno sono avvenuti e sarebbero suscettibili di dimostrazione (Cons. Stato, V, n. 1280/2004).

Tale principio è pacificamente applicato dal giudice ordinario, che ha più volte evidenziato che al criterio di determinazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. è consentito ricorrere soltanto in presenza di una impossibilità, o motivata grande difficoltà, di procedere alla esatta quantificazione del

danno, non già per supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova posto a carico del danneggiato (v., fra tutte, Cass. civ., I, n. 10850/2003).>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da *** s.a.s. di *** Rag. Luigi & C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv.to Giuseppe Ramadori, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, via M. Prestinari, n. 13;

contro

Consorzio idrico e di tutela delle acque nord di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall' avv.to Marco Locati, ed elettivamente domiciliato - ai sensi dell'art. 35, II comma, R.D. 26.6.1924, n. 1054 - presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione III, n. 2920/2001;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio appellato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 31-3-2006 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Udito l'Avv.to Lenoci per delega dell'avv.to Locati

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con l'impugnata sentenza il Tar ha respinto il ricorso proposto dalla *** s.a.s. di *** Rag. Luigi & C. avverso la deliberazione del Consiglio di Amministrazione del Consorzio idrico e di tutela delle acque nord di Milano n. 32 del 6.12.2000, con la quale è stato deciso di non procedere all'aggiudicazione definitiva dell'asta pubblica per la fornitura e l'installazione di n. 5 macchine fotocopiatrici, in relazione alla quale la ricorrente era risultata aggiudicataria.

Avverso tale decisione *** s.a.s. di *** Rag. Luigi & C. ha proposto ricorso in appello, deducendo:

- 1) violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990;
- 2) violazione degli impegni già autonomamente derivanti dai verbali di aggiudicazione;
- 3) difetto di motivazione circa le ragioni poste a fondamento del provvedimento di revoca;
- 4) sussistenza dei presupposti per la condanna del Consorzio al risarcimento dei danni, da quantificare in via equitativa.

Il Consorzio idrico e di tutela delle acque nord di Milano si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il Consorzio idrico e di tutela delle acque nord di Milano ha revocato gli atti della menzionata procedura di gara, in quanto all'esito della stessa si era accorto che la gara sarebbe stata aggiudicata a condizioni non convenienti per il Consorzio, consistenti in un costo eccessivamente alto per la fornitura delle fotocopiatrici, in un servizio di assistenza "full service" non adeguatamente garantito e in un offerta particolarmente bassa per il canone mensile offerta.

Nella sostanza, dopo lo svolgimento della gara, il Consorzio si è reso conto che i criteri di aggiudicazione avevano consentito alla ricorrente di risultare aggiudicataria grazie ad una offerta molto bassa per il canone mensile ed una offerta elevata per la fornitura delle macchine.

Tale offerta veniva motivatamente giudicata non conveniente dal Consorzio, che ha così riconosciuto di aver dettato regole di gara non adeguate alle proprie effettive esigenze.

Come riconosciuto dal Tar, non può essere negato il potere dell'amministrazione di procedere, in via di autotutela, all'annullamento del bando e delle operazioni di gara, quando i relativi criteri di selezione si manifestino, come nella specie, suscettibili di generare effetti indesiderati o comunque illogici.

L'atto di revoca della procedura è, quindi, legittimo, in quanto si fonda su specifiche ragioni di pubblico interesse idonee a giustificare le determinazioni assunte, che l'amministrazione ha adeguatamente indicato nell'atto impugnato del 6-12-2000 e nel richiamato rapporto del 30-11-2000.

L'offerta di un canone mensile per il servizio di assistenza e manutenzione di importo inadeguato rispetto alla qualità delle prestazioni richieste e l'eccessiva onerosità del prezzo richiesto per la fornitura delle fotocopiatrici, rispetto a quello indicato dalle altre imprese concorrenti per le stesse macchine, costituiscono elementi idonei a determinare l'effetto di imporre alla stazione appaltante il pagamento immediato di un rilevante corrispettivo per servizi da svolgere nell'arco di validità quinquennale del contratto, senza adeguate garanzie di corretto svolgimento del servizio.

Tali elementi hanno indotto il Consorzio a revocare la gara per procedere alla modifica delle regole per la selezione del soggetto contraente.

L'esercizio di un tale potere di revoca rientra pienamente nella discrezionalità rimessa all'amministrazione, tenuto anche conto che la fase di scelta del contraente culmina nell'aggiudicazione, quale atto unilaterale dell'amministrazione che però non perfeziona il contratto e che la stipulazione del contratto è invece il momento costitutivo delle obbligazioni contrattuali, in cui le volontà delle parti si incontrano.

Fino alla stipula del contratto il procedimento di evidenza pubblica ha, inoltre, carattere unitario con la conseguenza che l'eventuale revoca dell'aggiudicazione non richiede l'avviso di avvio del procedimento, trattandosi dell'atto conclusivo della procedura di asta pubblica, che per sua natura garantisce la partecipazione dei soggetti interessati, e non di un provvedimento "di secondo grado".

3. Accertata la legittimità della revoca dell'aggiudicazione e dell'intera procedura di gara, va comunque esaminata la domanda di risarcimento del danno.

Infatti, l'esercizio di poteri di autotutela, benché legittimo, può determinare la lesione dell'affidamento riposto dai privati negli atti revocati o annullati con il conseguente insorgere di obblighi risarcitori; ciò non costituisce elemento per utilizzare in modo limitato i poteri di autotutela, ma rappresenta un dato che l'amministrazione deve tenere presente nelle complessive valutazioni che precedono l'esercizio dei propri poteri di autotutela.

Si ricorda al riguardo che in fattispecie, in cui è stata ritenuta legittima la revoca dell'aggiudicazione, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha riconosciuto a volte il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ. (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 6/2005; IV, n. 1457/2003).

In tali casi, il risarcimento del danno era stato riconosciuto per la lesione degli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi e nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso.

Nel caso di specie, l'infondatezza del ricorso proposto avverso l'atto di revoca della procedura conduce a ritenere infondata la domanda risarcitoria, relativa al mancato utile derivante dal non aver sottoscritto il contratto con il Consorzio.

Con riferimento all'interesse negativo (costi sostenuti per la partecipazione alla gara e per consentire il tempestivo inizio del rapporto), l'appellante ha richiesto la liquidazione in via equitativa, senza produrre o dedurre alcun concreto elemento in base a cui quantificare le spese sostenute.

Al riguardo, si osserva che il ricorso a criteri equitativi per la quantificazione del danno è previsto dall'art. 1226 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c., quando il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, quando cioè il pregiudizio non è conoscibile perché il fatto che ne avrebbe consentito la quantificazione non è avvenuto e non può avvenire, sicché occorre procedere in via presuntiva secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, mentre a tale criterio non può farsi ricorso quando i fatti causativi del danno sono avvenuti e sarebbero suscettibili di dimostrazione (Cons. Stato, V, n. 1280/2004).

Tale principio è pacificamente applicato dal giudice ordinario, che ha più volte evidenziato che al criterio di determinazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. è consentito ricorrere soltanto in presenza di una impossibilità, o motivata grande difficoltà, di procedere alla esatta quantificazione del danno, non già per supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova posto a carico del danneggiato (v., fra tutte, Cass. civ., I, n. 10850/2003).

Nel caso di specie, è evidente come alcuna difficoltà poteva avere l'impresa ricorrente nel quantificare il danno consistente nelle spese sostenute per la partecipazione alla gara e che la richiesta di valutazione equitativa del danno non può essere accolta, pena una non consentita supplenza del giudice all'onere probatorio ricadente su una parte del giudizio.

4. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 31-3-2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il...23/06/2006