

Pubblicato il 12/10/2016

N. 04218/2016REG.PROV.COLL.
N. 02722/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2722 del 2014,
proposto da:*

*Carpentieri S.P.E.C.E. Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Racanelli, con domicilio eletto
presso Domenico Ciavarella in Roma, via Giolitti, n. 202;*

contro

*Consorzio Sviluppo Industriale di Bari, in persona del legale rappresentante
p.t, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paparella, con domicilio
eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;*

per la riforma

*della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 01447/2013,
resa tra le parti, concernente la revoca dell'aggiudicazione di un appalto per
lavori stradali e domanda di risarcimento dei danni;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Sviluppo Industriale di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Francesco Racanelli e Francesco Paparella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame riguarda la revoca (con delibera del Consorzio resistente n. 179 del 2012) dell'aggiudicazione in favore della Carpentieri S.P.E.C.E. Srl (delibera n. 77 del 2008) dei lavori per la realizzazione di un nuovo svincolo di collegamento tra la bretella ed il raccordo A/14 tangenziale di Bari e la SP n.1 Bari.Modugno -1° lotto.

Tale provvedimento di autotutela che il Consorzio ha adottato ex art. 21 quinques della legge n. 241 del 1990, è stato impugnato dalla Carpentieri s.r.l., unitamente alla deliberazione consortile n. 132 del 2012, per insussistenza del presupposti; oltre all'annullamento è stato chiesto anche l'accertamento del diritto all'indennizzo previsto dall'art. 21 quinques della citata legge n. 241 del 1990, quantificandolo nella misura di €. 1.224.862,75, somma richiesta "anche a titolo di risarcimento del danno".

2. La sentenza impugnata, affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia ex art.133, primo comma, c.p.a, e dichiarata anche la tardività del gravame, a mente degli artt.119 e 120 c.p.a, ha escluso l'illegittimità dell'impugnata revoca dell'aggiudicazione, essendo emerso dagli atti che i lavori aggiudicati non avrebbero più potuto essere eseguiti per oggettive contrarietà sopravvenute e di conseguenza ha escluso anche la sussistenza delle condizioni per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno; ha parimenti escluso la spettanza dell'indennizzo

ex art.21 quinquies della legge n.241 del 1990, non essendo stata fornita la prova del danno emergente.

3. Con il gravame in esame la Carpentieri Srl, ha contestato la sentenza impugnata in ogni sua parte, affermando che: a) la giurisdizione sulla controversia de qua appartiene al giudice ordinario; b) di conseguenza non sussiste alcuna tardività del ricorso introduttivo del giudizio; c) hanno errato i primi giudici ad escludere tanto la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ex art.1337 cod.civ. che, in alternativa, la spettanza dell'indennizzo.

Il Consorzio ha resistito all'appello e ne chiesto il rigetto, da un lato evidenziando la complessità della vicenda oggetto di causa, e, dall'altro, aderendo sostanzialmente alle motivazioni con cui i primi giudici hanno respinto il ricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria di replica; l'appellante ha depositato anche memoria conclusionale.

All'udienza del 27 luglio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. L'appello è infondato.

4.1. La Sezione ritiene anzitutto meritevole di conferma la decisione impugnata quanto alla declaratoria di appartenenza della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo e di conseguenza di tardività del gravame introduttivo per violazione del termine breve imposto dall'art.119 c.p.a.

E' evidente invero, da un lato, la stretta connessione dell'impugnata revoca dell'aggiudicazione dei lavori oggetto di gara alla disciplina processuale delle controversie sugli appalti per l'esecuzione dei lavori pubblici recata dall'art. 133 c.p.a., primo comma, n.1 e n. 4, e dall'altro, la prevalenza del rito speciale sul rito ordinario (art.32 c.p.a.), considerate anche le esigenze di accelerazione che ispirano l'art.120 c.p.a., richiamato a sua volta dall'art.119.

Il ricorso di primo grado è stato quindi introdotto in violazione del termine breve di trenta giorni, avendo parte appellante ricevuto in data 6 dicembre 2012 la revoca dell'aggiudicazione di cui alla deliberazione n.179 del 5 novembre 2012, mentre il ricorso introduttivo è stato notificato in data 29 gennaio 2013 anziché entro il 5 gennaio.

Nessun pregio possono avere i contrari argomenti che parte appellante utilizza, sostenendo che tra le parti si sarebbe già concluso il contratto e che di conseguenza il sopravvenuto provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione dovrebbe essere qualificato come recesso e non come autotutela: è sufficiente osservare che il verbale di consegna delle aree di cantiere per l'effettuazione delle attività preliminari, al quale s'affida la tesi di parte appellate, non può infatti in alcun modo ritenersi equivalente al contratto, posto che, a tacer d'altro, in alcuna parte del codice appalti (d.lgs.163/2009) viene ammessa una tale possibilità come alternativa alla richiesta della forma scritta occorrente per la valida conclusione del contratto stesso; ciò senza contare che il tenore complessivo di tale verbale esclude di per sé la definitiva approvazione del progetto sulla base del quale i lavori sarebbero stati affidati, tant'è che le aree sono state consegnate esclusivamente al fine di eseguire "lavori preliminari".

Quanto alla contestazione della tardività del ricorso introduttivo è sufficiente osservare che parte appellante s'avvale in realtà di mere affermazioni per sostenere una ritenuta ineludibilità di una netta distinzione tra la procedura conclusasi con l'aggiudicazione dei lavori in suo favore e la successiva revoca del provvedimento, per tal via ricorrendo del tutto apoditticamente l'applicabilità del termine di impugnazione di 60 giorni, piuttosto che di quello breve di trenta.

In conclusione entrambe le censure debbono essere respinte.

4.2. Anche nel merito le conclusioni raggiunte dai primi giudici non meritano critiche, così che i motivi di gravame sono da respingere.

Al riguardo occorre rilevare che il tema della legittimità dell'atto di autotutela dell'aggiudicazione della gara di cui si discute deve essere più esattamente collocato, in relazione alla specificità della controversia in esame, nel più ampio tema della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ex art.1337 cod.civ. e del conseguente danno cagionato alla parte privata per l'affidamento riposto sull'esito per essa favorevole della relativa procedura..

In punto di fatto occorre tener presente che lo svincolo stradale, i cui lavori sono stati affidati alla società resistente, interseca la tratta ferroviaria Bari - Sant'Andrea - Bitetto, il cui progetto è stato approvato dal Cipe con due deliberazioni del 2004 (n. 46) e del 2006 (n. 95), ma ad oggi non ancora realizzato e del quale parte appellante afferma di non essere mai venuta a conoscenza nel corso del procedimento di gara.

Il provvedimento di autotutela è in realtà motivato sull'esito della sentenza di questo Consiglio di Stato n.5923 del 2011, emessa a conclusione di un giudizio promosso dal Consorzio per rimuovere il dissenso espresso da RFI alla realizzazione del detto svincolo, nella quale è stato affermato che “ non sussiste alcuna possibilità di realizzare l'infrastruttura stradale prima che sia realizzata quella ferroviaria”.

Ora se quella esposta è la ragione del rigetto dell'appello del Consorzio in questo giudizio resistente, pare inevitabile porre in evidenza che nella ricordata sentenza non è stata affermata una compatibilità assoluta tra le due infrastrutture, bensì è stato riconosciuto il diritto di RFI di dissentire sull'inversione dei tempi di realizzazione delle due infrastrutture che dal medesimo Consorzio era stata proposta nell'ambito delle varie conferenze di servi svoltesi.

In questo quadro risulta immune da contestazione l'osservazione del Consorzio che RFI in forza dell'art.58 del d.p.r. n. 753 del 1980, avrebbe ben potuto acconsentire all'antecedente realizzazione dello svincolo concedendo una preventiva autorizzazione, sia pure condizionandola “alla realizzazione

di interventi aggiuntivi necessari a garantire la sicurezza delle opere e degli impianti e la regolarità dell'esercizio ferroviario", condizioni alle quali il Consorzio stesso, come dimostrano le dette varie conferenze di servizi svoltesi, si è sempre detto disponibile.

Discenda da quanto sopra che i dedotti profili di illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione dotato dal Consorzio risultano insussistenti, essendo stato tale provvedimento correttamente motivato con l'impossibilità sopravvenuta di eseguire lo svincolo a causa dell'opposizione di RFI che, ritenuta legittima, ha di contro determinato la incompatibilità della sua realizzazione rispetto ai tempi ed costi previsti.

Consegue da quanto precede, ad avviso della Sezione, l'insussistenza della responsabilità precontrattuale del Consorzio per effetto di una procedura di gara che non è inficiata dall'inosservanza del principio di buon fede (art.1337 cod. civ).

4.3. Venendo poi al preteso affidamento riposto dall'appellante nella legittimità dell'aggiudicazione, non può omettersi di evidenziare che una volta scaduto il termine di 60 giorni (art.11 d.lgs. n.n.163/2006) entro il quale il Consorzio avrebbe dovuto sottoscrivere il contratto, l'aggiudicataria appellante ben avrebbe potuto svincolarsi senza essere assoggettata ad oneri.

Dopo tale data, la società appellante, come si evince dagli atti di causa, ha avuto piena contezza delle difficoltà insorte circa la realizzazione dello svincolo, con la conseguenza che l'aver confidato nell'aggiudicazione dei lavori non può che ricollegarsi ad un rischio consapevolmente assunto sulla possibilità che l'opera non sarebbe stata realizzata, come in effetti è poi avvenuto.

Il che esclude ogni ipotesi di affidamento, come del pari la esclude l'argomento secondo il quale il progetto dello svincolo non poteva essere messo a gara poiché non conforme alle norme che ne definiscono le caratteristiche a tal fine.

Infatti dette carenze, proprio perchè tali in forza di legge, non potevano essere ignorate neppure dalla società appellante.

4.4. Infine, in merito all'indennizzo richiesto da parte appellante ex art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990, la Sezione è dell'avviso che correttamente i primi giudici abbiano respinto la domanda per mancanza di prova sul danno emergente.

I danni prospettati al riguardo da parte appellante si riferiscono invero al lucro cessante, né per il danno emergente possono essere richieste spese non affrontate e segnatamente quelle necessarie alla predisposizione del progetto avendo a ciò provveduto, nella specie, la stessa amministrazione.

5. L'appello in conclusione deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge

Condanna l'appellante al pagamento in favore del Consorzio delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Sandro Aureli

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO