

REPUBBLICA ITALIANA

N.6496/05 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 484 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 484 del 2005 proposto dalla PREFABBRICATI CAMUNA S.R.L., costituitasi in persona del l.r. *p.t.*, geom. Giacomo Rizzi, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Del Curto ed Antonella Giglio, con domicilio eletto in Roma, via Gramsci n. 14, presso lo studio del secondo difensore;

contro

il COMUNE DI SELLERO, costituitosi in persona del Sindaco in carica, signor Ezio Laini, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mauro Ballerini e Giuseppe Ramadori, con domicilio eletto in Roma, via Marcello Prestinari n. 13, presso lo studio del secondo difensore;

e nei confronti

della ZECCA PREFABBRICATI S.P.A., costituitasi in persona del l.r. *p.t.*, signora Mariuccia Bianchi, rappresentata e difesa dall'avv.ti Giuseppe Onofri e Claudio Viola, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via della Camilluccia n. 785;

per la riforma

della sentenza n. 1170 del 9.11.2004/9.12.2004, pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sezione staccata di Brescia;

visto il ricorso con i relativi allegati;

RA

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ente civico intimato e della società controinteressata;

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

visti gli atti tutti della causa;

designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

uditi alla pubblica udienza del 17.5.2005 l'avv. Giglio per la società appellante, l'avv. Ramadori per il Comune di Sellero nonché, su delega dell'avv. Chiola, l'avv. G. Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. La Prefabbricati Camuna S.r.l. (d'ora innanzi, "Prefabbricati Camuna") insorge avverso la sentenza, indicata in epigrafe, con cui il T.a.r. della Lombardia, sedente in Brescia, ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante contro, tra l'altro, le delibere di G.M. recanti, rispettivamente, la nomina della commissione giudicatrice e l'approvazione dei verbali del procedimento di appalto-concorso bandito dall'amministrazione comunale di Sellero per il recupero dell'area industriale dimessa, denominata "ex Fucinati", onde insediarvi un nuovo polo scientifico e tecnologico per la lavorazione e la valorizzazione industriale del legno (progetto ammesso a finanziamento DOCUP per gli interventi strutturali della Regione Lombardia – Obiettivo 2, 2000-2006).

2. Nel giudizio così promosso si è costituito per resistere all'appello il Comune di Sellero il quale, oltre a contestare tutte le deduzioni avversarie, ha concluso, in via preliminare, per la declaratoria

d'inammissibilità del ricorso e, nel merito, per l'integrale rigetto del gravame.

Si è altresì costituita la Zecca Prefabbricati S.p.A., società aggiudicatasi l'appalto in questione, eccependo l'inammissibilità dell'impugnazione e comunque deducendone l'assoluta infondatezza.

3. All'udienza del 17.5.2005 parti e causa sono state assegnate in decisione.

4. L'appello è parzialmente fondato.

5. Prioritariamente va disattesa l'eccezione d'inammissibilità sollevata dalle difese delle controparti costituite in ordine all'asserita carenza nell'atto d'impugnazione di ogni censura diretta nei confronti della sentenza gravata: sostiene, in particolare, il Comune di Sellero che l'appello consisterebbe in una mera riproposizione dell'impugnativa già respinta in prime cure, senza tuttavia formulare alcuna critica alle argomentazioni spiegate in motivazione dal T.a.r. bresciano.

5.1. L'eccezione non coglie nel segno: ed invero, sebbene il costante orientamento di questo Consiglio sia nel senso di intravedere nella sentenza impugnata l'unico oggetto dell'appello, di talché i mezzi di gravame devono risultare sufficientemente specificati in relazione alle motivazioni sviluppate dal primo giudice, è altrettanto vero che l'articolata critica della decisione appellata è possibile se, e soltanto se, la sentenza impugnata poggia, a sua volta, su un adeguato percorso argomentativo, contenente una puntuale confutazione dialettica di tutte le tesi rilevanti patrocinata dalla parte ricorrente o resistente; di converso, laddove le statuizioni della decisione presentino la

consistenza di affermazioni apodittiche, tali da non lasciar trasparire quale *iter* decisorio abbia condotto effettivamente alla reiezione delle primitive censure, allora la formulazione dei motivi d'appello ben può constare anche nella sola protesta di erroneità e di ingiustizia della sentenza impugnata, accompagnata dalla riproposizione della doglianza non accolta; tanto basta infatti all'eccitazione del potere del secondo giudice, potere implicato dal fenomeno devolutivo, di completare la motivazione della decisione gravata, qualora parzialmente omessa od insufficientemente sviluppata.

6. Il principio testé sancito ben si attaglia al caso della terza censura con cui la Prefabbricati Camuna ha nuovamente dedotto il motivo della primitiva impugnativa concernente l'illegittima composizione della commissione giudicatrice, in quanto indebitamente integrata con la presenza di "membri esterni".

6.1. Alla motivazione delle ragioni del rigetto di siffatta doglianza, ancorché la Sezione ne avesse segnalato la probabile fondatezza in sede di accoglimento dell'appello cautelare in pregresso proposto dalla società ricorrente (v. l'ordinanza n. 1720 del 20.4.2004), il Ta.r. ha dedicato le seguenti due frasi: «Quanto, poi, alla nomina di due esperti emerge dagli atti di gara che gli stessi hanno prestato un mero apporto di consulenza, senza peraltro concorrere a deliberare alcunché. Infine, la circostanza che i suddetti membri hanno regolarmente partecipato ai lavori della commissione è adeguata espressione della loro partecipazione all'incarico».

6.2. Ad avviso del Collegio il laconico giudizio espresso dal Tribunale è erroneo e va riformato.

6.3. Invero, la procedura selettiva cui si riferisce la presente controversia aveva ad oggetto la realizzazione di molteplici lavori pubblici e la disciplina di gara conteneva, del resto, più di un accenno alla relativa normativa speciale.

6.4. Nonostante ciò la giunta comunale, mercé l'impugnata deliberazione di giunta n. 59 del 24.7.2003 (che pure esplicitamente richiamava nel preambolo l'art. 21 della L. n. 109/1994 «in ordine alla composizione della commissione...»), nominò, oltre ai cinque componenti (ossia il numero massimo di commissari previsto dal sunnominato art. 21 L. *cit.*), ulteriori due membri, nelle persone di professionisti (un avvocato ed un commercialista), qualificati come «consulenti esterni», incaricati di offrire alla commissione il necessario «supporto amministrativo».

6.5. Sennonché emerge dagli atti che tali “consulenti”, in luogo di limitarsi a prestare ai membri della commissione l'assistenza professionale loro eventualmente richiesta (come è giuridicamente possibile), presenziarono a tutte le sedute di gara (segnatamente a quella del 30.7.2003 ed alle due tenutesi il giorno 4.8.2003), ivi incluse quelle riservate.

All'evidenza tale partecipazione è indice di un apporto attivo che travalica il circoscritto concetto di “consulenza” e che conduce, per l'effetto, all'invalidazione di tutti gli atti posti in essere dalla commissione.

6.6. A ben vedere, infatti, l'operato del Comune di Sellero, comunque lo si valuti, non sfugge ad insanabili censure d'illegittimità: se, infatti, i "consulenti esterni" hanno operato come veri e propri componenti (e così ritiene il Collegio, stante quanto sopra osservato e considerato altresì che il compenso fisso loro corrisposto è stato esattamente uguale a quello degli altri membri della commissione), allora deve accogliersi il motivo sulla violazione dell'art. 21, comma 5, L. n. 109/1994; nondimeno, anche diversamente opinando, risulterebbe violato il principio di perfetta collegialità delle sedute della commissione di gara, puntualmente invocato dall'appellante, sotto il profilo dell'illegittima presenza alle sedute, ivi comprese quelle svoltesi in maniera riservata, di persone non aventi titolo a parteciparvi.

7. La doglianza testé esaminata si presenta come assorbente e conduce all'accoglimento dell'appello nella sua parte cassatoria, con conseguente invalidazione dei provvedimenti impugnati avanti al T.a.r. della Lombardia a partire dalla deliberazione di nomina della commissione giudicatrice e poi a seguire tutti gli atti successivi fino alla definitiva aggiudicazione.

8. Va osservato però che la Prefabbricati Camuna propone, anche in seconde cure, una domanda di risarcimento del danno.

8.1. La richiesta risulta però contenuta (*cfr.*, sul punto, le conclusioni recate dall'atto d'appello) alla sola liquidazione di un ristoro "per equivalente", non essendo stata riproposta l'originaria domanda di risarcimento in forma specifica, stante l'obiettiva impossibilità di

assegnare nuovamente l'appalto per lavori ormai definitivamente eseguiti (almeno nella parte economicamente più rilevante).

8.2. Nondimeno l'abbandono in questa parte del primitivo *petitum* implica il sopravvenuto difetto di ogni interesse della società ricorrente alla caducazione del contratto stipulato tra il Comune di Sellero e la Zecca Prefabbricati.

8.3. In aggiunta a quanto premesso, va detto che la domanda aquiliana, ancorché ricondotta unicamente alla richiesta di risarcimento per equivalente, non può comunque trovare accoglimento, attesa l'assoluta indeterminatezza della pretesa, finanche scevra di ogni quantificazione (indicata soltanto nella memoria conclusionale di primo grado – su cui v., *infra*, il successivo paragrafo – e poi nell'atto d'impugnazione), avanzata nell'originario ricorso.

8.4. All'uopo non può infatti tenersi conto della memoria depositata presso la Segreteria del T.a.r. in data 29.10.2004, in quanto essa, che nemmeno risulta notificata al Comune di Sellero, in luogo di contenere una mera precisazione delle conclusioni rassegnate sul punto nell'atto introduttivo, conteneva un'integrazione (con riguardo appunto alla quantificazione del danno) e finanche un'inammissibile modificazione dell'originaria domanda, inserendo a veduta, ma del tutto innovativamente, tra le voci di danno anche il pregiudizio derivante dalla lesione del c.d. "contatto amministrativo qualificato" (pagg. 5 e 6).

8.5. Giova, infatti, evidenziare come la natura del motivo accolto, tale da invalidare l'intero svolgimento della procedura investita dal gravame, non consenta di delibare, nemmeno in via di prognosi postuma, l'effettiva fondatezza dell'allegazione di parte appellante, in ordine all'aggiudicazione in suo favore della gara, una volta idealmente eliminate le illegittimità poste in essere dal Comune di Sellero. Ed invero, non merita rilievo la circostanza che due soltanto (la ricorrente e la società controinteressata) siano state le imprese ammesse alla competizione, giacché l'annullamento giurisdizionale dell'intera procedura a partire da uno dei primi atti ad essa prodromici (ovvero la nomina della commissione) comporterebbe in astratto la conseguenza dell'integrale rinnovazione della selezione, con assoluta incertezza dei relativi esiti, precludendo al Collegio la formulazione di qualunque previsione anche riguardo alla ideale "chance" di successo dell'appellante.

8.6. Segue da siffatte premesse che la ricorrente avrebbe potuto unicamente pretendere (e semmai potrà farlo in un differente giudizio da promuovere entro i termini di prescrizione) il risarcimento dell'interesse negativo a non esser coinvolta in una vicenda procedimentale (costituente il "contatto amministrativo qualificato") destinata a risolversi – a causa e per effetto dell'imperita condotta amministrativa tenuta dal Comune di Sellero – in una radicale invalidazione; invece di questo peculiare *vulnus* della sua sfera patrimoniale (attinente alla lesione di qualificati interessi procedimentali dell'impresa concorrente) la Prefabbricati Camuna

nemmeno ha fatto menzione nel ricorso introduttivo (si è già detto che non deve considerarsi la memoria dell'ottobre 2004 e va aggiunto che nessun valore riveste il generico richiamo di stile ad «ogni pregiudizio riflesso» che compare nelle conclusioni) e quindi, in tal senso, è preclusa ogni iniziativa ufficiosa del Collegio.

9. In conclusione, l'appello è fondato nei limiti sopra specificati e merita parziale accoglimento e pure il ricorso proposto in primo grado.

10. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso di I grado.

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

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 17.5.2005, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro	- Presidente
Paolo Buonvino	- Consigliere
Aldo Fera	- Consigliere

Marzio Branca	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Gabriele Carlotti	f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

f.to Vilaro Agatina Maria

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22 novembre 2005

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale