



REPUBBLICA ITALIANA

N. 526/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5877 REG.RIC.

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

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5877/07 Reg. Gen., proposto dalla ditta
CATERING CENTER di Saccomanno Salvatore, in persona del
titolare, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Manfredo e Riccardo
Manfredi, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv.
Anna Maria Manfredi in Roma, via Paraguay n. 5;

CONTRO

il Comune di ROTONDA, in persona del Sindaco in carica, non
costituito in giudizio;

E NEI CONFRONTI

della RISTOR s.r.l., in persona del legale rappresentante in
carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Oreste Morcavallo ed
elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via Arno
n. 6;

per la riforma

della sentenza 28 marzo 2007 n. 228 del Tribunale
amministrativo regionale per la Basilicata, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive

difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2008, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti Manfredi e Morcavallo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con atto notificato il 4 ed il 5 luglio 2007 e depositato il 13 seguente la ditta Catering Center di Saccomanno Salvatore, aggiudicataria provvisoria con ribasso del 6,66% della gara indetta con determinazione 8 maggio 2006 n. 165 dal Comune di Rotonda per l'affidamento del servizio di gestione della refezione scolastica per gli anni scolastici 2006/07, 2007/08 e 2008/09 con importo a base d'asta di €3,80 per singolo pasto, ha esposto che con deliberazione 1° settembre 2006 n. 124 la Giunta comunale stabiliva, alla stregua di una pretesa insufficienza del ribasso praticato, di non approvare il verbale della commissione di gara dando mandato al responsabile di rinnovare il procedimento allo stesso prezzo-base di € 3,80 per singolo pasto. Con espressa riserva di tutela giudiziaria, ella partecipava in a.t.i. anche alla nuova procedura, ma ne veniva esclusa per aver inserito le percentuali di pertinenza di ciascuna impresa associata solo nella busta contenente l'offerta, non già in quella contenente i documenti. Chiedeva perciò davanti al TAR per la Basilicata l'annullamento della deliberazione n. 124 del 2006, con ogni

altro atto presupposto, connesso e conseguente, compresi tutti gli atti di indizione, svolgimento ed aggiudicazione alla Ristor s.r.l. della nuova gara, nonché il risarcimento del danno. Con l'appellata sentenza 28 marzo 2007 n. 228 il ricorso è stato dichiarato inammissibile nella parte impugnatoria, in mancanza di impugnazione della determinazione dirigenziale con cui la nuova gara è stata indetta, ed accolto solo parzialmente, quanto al danno emergente rappresentato dalle spese di partecipazione alla gara a titolo di responsabilità precontrattuale, nella parte risarcitoria. Di qui l'appello, col quale ha dedotto:

1.- Ammissibilità del ricorso di primo grado.

Diversamente da quanto ritenuto dal TAR, la determinazione dirigenziale risulta impugnata, mentre nel merito il ricorso è pienamente fondato in relazione alle svolte censure di eccesso di potere per inidoneità della motivazione, illogicità e irragionevolezza, sviamento di potere e ingiustizia manifesta, violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990.

2.- Risarcimento danni: non è dubbio che gli atti impugnati debbano essere annullati, sicché il risarcimento compete in misura piena, ovvero in forma specifica o per equivalente con riguardo al mancato utile, perdita di *chance*, danno emergente e danno da ritardo.

3.- Inesistenza della pregiudiziale amministrativa: d'altro canto, quanto al risarcimento per equivalente l'affermazione del TAR,

secondo cui non poteva essere riconosciuto in assenza di utile esperimento dell'azione annullatoria, è contraddetta dalla più recente giurisprudenza.

La Ristor s.r.l. si è costituita in giudizio e, eccepita l'inammissibilità dell'appello per mancata esposizione di alcun vizio nel procedimento logico-giuridico seguito dal giudice di primo grado, ha insistito sull'inammissibilità del ricorso originario per aver la ricorrente impugnato solo un atto di indirizzo privo di rilevanza esterna e, quindi, di lesività; nel merito, ha sostenuto l'infondatezza del medesimo appello.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione, previa trattazione orale.

DIRITTO

Con la deliberazione 1° settembre 2006 n. 124 la Giunta comunale di Rotonda ha stabilito di prendere atto del verbale in pari data di aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Catering Center di Saccomanno Salvatore, relativo all'espletamento della gara per l'affidamento triennale del servizio di refezione scolastica. Tuttavia, ha rilevato che l'offerta dell'aggiudicataria provvisoria presentava un ribasso del 6,6%, a fronte del ribasso del 41,25% praticato dalla stessa ditta nei due anni scolastici precedenti. Al riguardo, ha osservato che i dati concernenti l'incremento del costo della vita "non giustificano un incremento del costo del servizio di circa il 35%". Ha poi esposto che l'ente "non dispone di risorse aggiuntive – peraltro rilevanti

– da destinare al servizio” e che, pertanto, l’affidamento dello stesso servizio “comporterebbe un ingiustificato e socialmente iniquo incremento della quota di integrazione che incide sulle famiglie”. Perciò ha ritenuto che il procedimento ad evidenza pubblica dovesse essere rinnovato, stante “l’interesse pubblico – con ciò intendendo l’interesse dell’ente e della comunità interessata – (...) a verificare la possibilità di conseguire offerte più vantaggiose”. Infine, in motivazione ha, tra l’altro, precisato che il procedimento concorsuale non era stato ancora definito con l’aggiudicazione definitiva, sicché non si trattava di “revoca di provvedimento ad efficacia durevole” e, di conseguenza, non ricorrevano i presupposti per l’applicazione dell’art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, richiamando massime giurisprudenziali in tema di diniego di approvazione dell’aggiudicazione.

In adesione all’indirizzo così espresso dalla Giunta ed espressamente sulla scorta delle motivazioni da essa esposte, con determinazione 21 settembre 2006 n. 345 il responsabile del servizio ha stabilito di reiterare il procedimento indicando nuovo avviso d’asta.

Con l’appellata sentenza il TAR Basilicata, ritenuto che la ricorrente Catering Center avesse impugnato la sola deliberazione n. 124/06 della Giunta comunale, costituente atto di indirizzo, e non anche la determinazione n. 345/06 del responsabile del servizio, costituente il provvedimento

effettivamente lesivo della sfera giuridica della medesima ricorrente, ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso proposto dalla medesima Catering Center, nella parte impugnatoria. Quanto alla domanda risarcitoria, ha parimenti dichiarato inammissibile la richiesta di reintegrazione in forma specifica e di risarcimento per equivalente del danno per la parte di servizio già svolta dalla controinteressata, in applicazione della regola della c.d. pregiudizialità amministrativa. Ha invece accolto la stessa domanda risarcitoria nella parte intesa a far valere la responsabilità precontrattuale del Comune ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., determinando in via equitativa in € 300 le spese risarcibili per la partecipazione alla gara.

Ciò posto, ed evidenziato che quest'ultima statuizione della sentenza in esame non forma oggetto di appello da parte del Comune, non costituito in giudizio, la Sezione ritiene di poter prescindere sia dall'esaminare l'eccezione di inammissibilità per genericità dell'appello, formulata da controparte, sia dallo stabilire se l'impugnativa svolta col ricorso di primo grado comprendesse o meno la determinazione dirigenziale predetta e, dunque, se fosse o meno ammissibile, dal momento che lo stesso ricorso è da apprezzare negativamente nel merito, contrariamente a quanto si prospetta col primo motivo di appello.

Al riguardo, va innanzitutto rilevato che la natura endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria e le ragioni poste a base della deliberazione n. 124/06, esternate nello stesso

provvedimento e – come detto – richiamate nella determinazione dirigenziale successiva, rendono evidente che non si è trattato di una “revoca” in autotutela per motivi di opportunità dell’aggiudicazione provvisoria stessa, bensì di una – sia pur implicita – mancata approvazione della medesima aggiudicazione provvisoria. In tale contesto, da tempo è pacifico orientamento giurisprudenziale, dal quale la Sezione non ha motivo di discostarsi, che non sussiste l’obbligo dell’amministrazione di comunicare agli interessati l’avvio del procedimento ai sensi dell’art. 7 della citata legge n. 241 del 1990, giacché il procedimento è già stato avviato con l’atto di indizione della gara; procedimento al cui interno si colloca, appunto, l’aggiudicazione provvisoria e che è destinato a concludersi positivamente, con l’aggiudicazione definitiva, ovvero – com’è accaduto sostanzialmente nella fattispecie in esame – negativamente, con il diniego di aggiudicazione definitiva (cfr., tra le tante, Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457).

Inoltre, è corretto quanto addotto dall’Ente circa l’inapplicabilità dell’art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 (nel testo di cui all’art. 14, co. 1, della legge 11 febbraio 2005 n. 15, all’epoca vigente): per le stesse ragioni dianzi rappresentate, non vi era ancora il “provvedimento amministrativo ad efficacia durevole”, richiesto da tale norma per l’insorgenza dell’obbligo dell’amministrazione di corrispondere l’indennizzo al privato direttamente interessato.

Nel merito, la deliberazione e la determinazione predetti si rivelano esenti dalle proposte, restanti censure di eccesso di potere per inidoneità della motivazione, illogicità ed irragionevolezza, sviamento di potere ed ingiustizia manifesta. Invero, come si evince dai sopra riportati contenuti della deliberazione n. 124/06 (e della determinazione dirigenziale 345/06), l'Amministrazione comunale di Rotonda ha dato ampiamente conto delle ragioni giustificatrici del diniego, che consistono nella necessità di garantire l'interesse pubblico specifico – quale deve presiedere ogni gara pubblica - ad ottenere offerte conferenti ai valori di mercato, come desumibili dai prezzi praticati pure recentemente, posti a confronto con i dati relativi all'incremento del costo della vita; interesse che peraltro coincide con quello, parimenti pubblico, a non far gravare sulle famiglie un incremento privo di reali giustificazioni della quota a loro carico, tenuto conto dell'entità delle risorse finanziarie destinate al servizio in questione. Quanto all'idoneità di tali ragioni a sorreggere il provvedimento, basta anche in tal caso richiamare il pacifico orientamento giurisprudenziale sul punto, secondo cui l'eccessiva onerosità del prezzo indicato nell'offerta risultata aggiudicataria provvisoria costituisce grave motivo di interesse pubblico, tale da giustificare il diniego di approvazione dell'aggiudicazione definitiva, specie in mancanza di risorse finanziarie; circostanza, questa, già idonea di per sé ad integrare una motivazione congrua e sufficiente alla stregua dei principi

fondamentali del corretto svolgimento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. e dell'adeguata copertura finanziaria di contabilità pubblica di ogni provvedimento comportante una spesa, riconducibile all'art. 81 Cost. (cfr., Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838, nonché cit. Cons. St., sez. IV, n. 1457/03).

Quanto sin qui esposto appare valido a maggior ragione, ove si consideri che l'Amministrazione si era trovata in presenza di una sola offerta valida, sicché in realtà non vi era stato effettivo confronto concorrenziale.

Che, poi, anche nel secondo avviso pubblico sia stato indicato lo stesso prezzo a base d'asta, è elemento che non incide sulla legittimità del diniego di approvazione di cui si discute, né peraltro sulla legittimità del nuovo avviso, essendo dimostrata l'attendibilità del giudizio di eccessiva onerosità della prima offerta della Catering Center proprio dal ribasso (18,50%) ottenuto nella seconda gara e, di contro, incomprovata la sussistenza di "indebite pressioni" sulle offerenti in quest'ultima gara.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno oltre quello, come detto riconosciuto dal TAR, nascente da responsabilità precontrattuale, è evidente che l'affermata legittimità del diniego ne comporta la reiezione, senza che occorra trattare del dedotto superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa. Infine, la domanda non può essere accolta neppure con riferimento al risarcimento ai sensi dell'art. 1337

cod. civ. (limitato alla diminuzione patrimoniale, c.d. “interesse negativo”: cfr. Cons. St., IV, n. 1457/03, ripetutamente citata) e con riguardo alla perdita di *chance*, anzi per questa parte la domanda stessa si presenta inammissibile, giacché neanche in questa sede l'appellante si è premurata di dimostrare l'esistenza, e tanto meno l'entità, dell'asserito pregiudizio derivante dalla perdita di occasioni alternative.

In conclusione, l'appello dev'essere respinto, con conseguente conferma, sia pur con diversa motivazione, della sentenza appellata.

Come di regola, le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese del grado, che liquida in complessivi €3.000,00 (tremila/00) in favore della Ristor s.r.l.; nulla spese nei riguardi del Comune di Rotonda.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 ottobre 2008 con l'intervento dei magistrati:

Domenico La Medica

Presidente

Cesare Lamberti

Consigliere

Claudio Marchitiello	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere
Angelica Dell'Utri Costagliola	Consigliere, estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Angelica Dell'Utri Costagliola	f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....02/02/09.....

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

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi