

Publicato il 02/05/2017

N. 01987/2017REG.PROV.COLL.  
N. 02045/2013 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 numero di registro generale 2045 del 2013, proposto da:  
Elettra Impianti di Pellegrini & Delvento s.n.c. in proprio e quale capogruppo mandataria Ati con Cienne Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Paccione, con domicilio eletto presso lo studio legale Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Impresa Edile Eredi Ruggieri s.n.c., Miolla Geom. Luigi Impresa Edile, Cr Edilizia Sud di Calabrese Giuseppe, Edilscavi di Catucci Vito Rocco & C. s.n.c., Euro Klima Impianti s.r.l., Manutenzioni s.r.l. (in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con De Benedittis s.a.s.), tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore* e tutte rappresentate e difese dall'avvocato Luigi Paccione, con domicilio eletto presso lo studio legale Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

Provincia di Bari, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso

lo studio legale Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 02076/2012, resa tra le parti, concernente affidamento per la gestione integrata di immobili provinciali, nonché istanza di risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Paccione e F. Casertano (su delega di Nardelli);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che, con determinazione n. 82 del 29 gennaio 2009, la Provincia di Bari aveva indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio quinquennale di gestione e manutenzione degli immobili di sua proprietà, suddiviso in trenta lotti (con facoltà per ciascun offerente di aggiudicarsi non più di un lotto).

Le odierne appellanti risultavano aggiudicatarie provvisorie dei lotti nn. 16, 24, 25, 26, 27, 28 e 30, aventi ad oggetto degli immobili venuti nel frattempo a ricadere nel territorio – e nel patrimonio – assegnati alla neo istituita (con legge 11 luglio 2004, n. 148) Provincia di Barletta Andria Trani.

Dal momento che tali immobili erano usciti dalla sua proprietà, la Provincia di Bari non poteva più assumere nei loro riguardi delle determinazioni definitive e si limitava quindi a trasmettere i relativi fascicoli alla Provincia di Barletta Andria Trani; aggiudicava invece,

definitivamente, i soli lotti che continuavano a rimanere nella propria sfera di competenza territoriale.

A fronte della situazione di stallo venutasi a creare, le odierne appellanti inoltravano una diffida stragiudiziale ad entrambe le Amministrazioni provinciali e quindi, perdurando l'incertezza, proponevano ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia affinché venisse dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato dalle stesse e la conseguente condanna a concludere la procedura.

Con sentenza 15 dicembre 2010, n. 4181, il Tribunale amministrativo adito accoglieva il gravame, ordinando alla Provincia di Bari di concludere il procedimento di gara con l'adozione di un provvedimento esplicito circa l'aggiudicazione (o meno) dei lotti in questione.

Veniva comunque dato atto della salvezza dell'ordinario potere di autotutela sulle sorti della gara, previa adeguata valutazione dell'interesse pubblico.

Tale decisione veniva confermata dalla sentenza 8 giugno 2011, n. 3481, della V Sezione del Consiglio di Stato.

La Provincia di Bari adottava a tal punto la determinazione dirigenziale 14 ottobre 2011, n. 583, con la quale – premessa l'impossibilità di procedere all'affidamento del servizio relativamente ai lotti in questione, dal momento che i relativi compendi immobiliari erano stati ormai assegnati a diversa Amministrazione territoriale – deliberava di non procedere all'aggiudicazione definitiva nei confronti delle imprese (allora) ricorrenti.

Avverso tale provvedimento le odierne appellanti proponevano nuovo gravame al Tribunale amministrativo della Puglia, che però lo rigettava con sentenza 6 dicembre 2012, n. 384.

A tal punto le medesime imprese interponevano appello, articolato in quattro motivi riproductivi di quelli già dedotti nel precedente grado di giudizio, reiterando altresì l'istanza di risarcimento danni.

## DIRITTO

Col primo motivo di appello, a sua volta articolato in due *sub*-motivi, viene dedotta la violazione del giudicato formatosi, *inter partes*, sulla sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia n. 4181 del 2010 e sulla successiva decisione confirmativa del Consiglio di Stato (n. 3481 del 2011).

Le ditte appellanti contestano in primo luogo alla Provincia di Bari di “*non voler concludere il procedimento di gara*” relativamente ai lotti che le riguardano, laddove per contro “*la stessa Provincia di Bari ha invece concluso il medesimo unitario procedimento*” relativamente agli altri compendi immobiliari.

Con ciò facendo, l’Amministrazione appellata avrebbe violato innanzitutto il principio di parità di trattamento di tutti i concorrenti, attesa l’unitarietà della procedura (che risulterebbe attestata nella richiamata sentenza n. 3481 del 2011 del Consiglio di Stato, avente ormai tra le parti autorità di cosa giudicata).

In ragione di ciò, le appellanti lamentano l’illegittimità dell’autotutela (parziale) operata dall’Amministrazione, in quanto incidente “*solo su una parte dell’unitario procedimento di gara*”, volando in tal modo altresì il bando di concorso.

In ragione di detta unitarietà, ad avviso delle appellanti, la Provincia di Bari avrebbe al più dovuto agire in autotutela “a monte” sull’oggetto unitario del bando (se del caso, riducendone i lotti) e non invece sugli atti di aggiudicazione “a valle”.

Il motivo, nei suoi vari profili, non appare fondato.

Sul punto, la sentenza impugnata così motiva: “*non è ravvisabile alcuna illegittima disparità di trattamento nella condotta serbata dalla Provincia di Bari, che ha inizialmente indetto una gara unitaria per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli immobili, suddivisi in lotti omogenei, ed ha poi disposto la revoca parziale della procedura (nella forma del provvedimento “di non aggiudicazione”), limitatamente ai lotti*

*aventi ad oggetto beni immobili frattanto transitati nella disponibilità di altra Amministrazione, non potendo farsi discendere dal carattere unitario della gara l'impossibilità per la stazione appaltante di ridurre l'estensione dell'appalto, in presenza di pacifiche e documentate sopravvenienze che giustificano l'esercizio dell'autotutela".*

Il tema centrale della vicenda concerne l'indeclinabile accessorietà alla proprietà dell'appaltando servizio di gestione e manutenzione degli immobili. Per basilari ragioni di imputabilità e responsabilità amministrativa non è figurabile, infatti, che un'amministrazione provveda a detto servizio accessorio in luogo di quella, omologa, titolare degli immobili. Il che vale in principio anche nel caso di trasferimento della titolarità che avviene nelle more del procedimento di selezione dell'appaltatore.

Nel caso di specie, a seguito del formale trasferimento *ex lege* della proprietà di alcuni beni immobili (originariamente della Provincia di Bari) alla nuova Provincia di Barletta-Andria-Trani, è parzialmente venuto meno l'oggetto iniziale dell'appalto, relativamente ai beni medesimi.

Per l'effetto, non potendo più disporre in alcun modo di una *res* divenuta altrui, la stazione appaltante necessariamente doveva soprassedere dal prosieguo della procedura, nel frattempo giunta alla fase dell'aggiudicazione provvisoria.

Né, per contro, sarebbe stata tenuta ad intervenire in autotutela direttamente sul bando di gara – eventualmente eliminando da esso ogni riferimento ai lotti ormai non più nella sua giuridica disponibilità – dal momento che, se lo schema della procedura di gara era di per sé unitario, pur tuttavia era caratterizzato dalla necessaria autonomia operativa delle singole *sub*-procedure di affidamento dei vari lotti (che in effetti, come evidenzia la Provincia nei propri scritti difensivi, incontestati sul punto dalle appellanti, erano caratterizzate da autonome “*graduatorie specifiche, con altrettanto autonoma attività procedimentale*”).

Poiché l'oggetto dell'appalto era, per sua stessa natura, frazionato nei vari lotti, la sopravvenuta indisponibilità di alcuni di essi non implicava l'invalidazione (in tutto o in parte) del bando di gara – atteso che l'esigenza pubblicistica di attribuire a terzi, per un periodo di tempo limitato, una proficua gestione dei beni di proprietà della stazione appaltante era rimasta immutata – bensì la necessità di adeguare lo stato della procedura alle sopravvenienze (di fatto e di diritto) in atto, al fine di correttamente circoscrivere la procedura ai beni che, come da espressa indicazione del bando, erano tuttora di proprietà della Provincia di Bari.

A tal fine l'Amministrazione interveniva sulla fase procedurale in essere, poiché non ancora conclusa (essendosi, in effetti, nella sola fase dell'aggiudicazione provvisoria). Aggiudicazione, quest'ultima, che proprio per effetto del sopravvenuto venir meno del relativo oggetto, in ogni caso avrebbe dovuto estinguersi, in quanto ormai priva di causa.

Il motivo d'appello va dunque respinto.

Con secondo motivo di appello, viene invece dedotta la violazione dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto *“il provvedimento di parziale autotutela amministrativa non è preceduto dall'obbligatorio avviso dell'avvio del procedimento nei confronti dei soggetti direttamente coinvolti dalla decisione discrezionale”*.

Tale rilievo era stato già respinto dal giudice di prime cure, che al riguardo così motivava: *“le ricorrenti avevano piena contezza della possibilità che la Provincia di Bari deliberasse la non aggiudicazione dei lotti in questione, anche sulla base dell'esito del contenzioso da esse stesse instaurato avverso il silenzio-inadempimento, e poiché in ogni caso, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'aggiudicazione provvisoria di un appalto è un atto endoprocedimentale ad effetti instabili, determina la nascita di una mera aspettativa nell'aggiudicatario e può essere revocata in autotutela senza la previa*

*comunicazione di avvio del procedimento (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2010 n. 1997)”*.

Peraltro, ad avviso delle appellanti, tale statuizione sarebbe contraddittoria con quanto invece rilevato in relazione al primo motivo di appello, laddove l'atto impugnato veniva qualificato “statuizione tesa a ridurre l'estensione dell'appalto”, mentre qui si parlerebbe espressamente di revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

Premesso che tale contraddizione appare più nominalistica che reale, ben potendo la revoca di un'aggiudicazione provvisoria essere coerente (o strumentale) con la riduzione dell'estensione oggettiva di un appalto, v'è da dire che le odierne appellanti non hanno innanzitutto dedotto alcuna censura in relazione al capo della sentenza che rileva come le stesse fossero parimenti ben informate del fatto che i lotti oggetto di aggiudicazione avrebbero potuto anche non essere loro affidati, in concreto, attesa l'ubicazione sul territorio della neo-istituita Provincia di Barletta-Adria-Trani (che non era parte della procedura).

Ciò detto, risulta dagli atti che le aggiudicazioni in questione fossero meramente provvisorie, di talché non solo non davano ancora origine ad un affidamento *positivamente* tutelabile in sede giudiziaria, ma neppure imponevano (trattandosi di meri atti endoprocedimentali) la comunicazione di avvio del procedimento in autotutela.

In questi termini, *ex multis*, Cons. Stato, V, 5 aprile 2012, n. 2007: “*non è fondata la censura con la quale si contesta la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ex art. 7 della legge 7 agosto 1990, n.241, in quanto, alla stregua di un consolidato e indivisibile indirizzo assunto da questo Consiglio (vedi, da ultimo, sez. V, 23 giugno 2010, n. 3966; 12 febbraio 2010, n. 743), la stazione appaltante che si determini al ritiro, in sede di autotutela, di una gara d'appalto, non è tenuta a darne previa comunicazione, ex art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, al destinatario dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di atto*

*endoprocedimentale interno alla procedura di scelta del contraente, per sua natura inidoneo, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale”.*

Il secondo motivo di appello va dunque respinto, poiché infondato.

Con terzo profilo di gravame, le appellanti deducono che, in ogni caso, non vi sarebbero stati i presupposti per l'esercizio dell'autotutela di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 241 del 1990, in quanto farebbe difetto sia l'illegittimità del provvedimento amministrativo oggetto di annullamento, sia la sussistenza di un interesse pubblico attuale alla rimozione dello stesso.

In argomento, la sentenza appellata aveva invece rilevato che *“la Provincia ha infine motivato, seppure in modo stringato, circa la ragione del venir meno dell'interesse pubblico all'affidamento del servizio, individuata nel passaggio ormai irreversibile alla Provincia di Barletta Andria Trani degli immobili ricadenti nei lotti di gara nn. 16, 24, 25, 26, 27, 28 e 30, rispetto ai quali l'affidamento dell'appalto non avrebbe più alcuna utilità pratica”.*

A prescindere dalla circostanza che l'esercizio dell'autotutela non si esplica solo nelle forme dell'annullamento (ipotesi cui fanno riferimento le appellanti) ma anche in quelle della revoca, per la quale non rileva l'illegittimità dell'atto quanto la sopravvenienza di un pubblico interesse, va invero riconosciuto che quest'ultimo è stato a suo tempo esplicitato dall'Amministrazione, consistendo proprio nella necessità di “aggiornare” lo *status quo* alla sopravvenuta devoluzione in proprietà di parte dei beni ad un nuovo soggetto territoriale, peraltro estraneo alla procedura di affidamento allora in corso.

Necessità derivante da evidenti ragioni di buona amministrazione e trasparenza, attesa – da un lato – l'impossibilità di dar ulteriormente corso a parte delle aggiudicazioni (relative a quei beni nel frattempo devoluti ad

altro ente territoriale) e – dall'altro – l'esigenza di assicurare comunque il prosieguo della procedura di complessiva assegnazione dei beni di proprietà provinciale alla gestione da parte di privati, ritenuta evidentemente più proficua per la valorizzazione del patrimonio pubblico rispetto all'amministrazione diretta.

Il motivo d'appello deve dunque essere respinto, poiché infondato.

Con quarto motivo di gravame, le appellanti deducono il vizio di omessa pronuncia *ex* articolo 112 Cod. proc. civ., in ragione del fatto che il giudice di prime cure aveva ritenuto di poter decidere l'allora quarto motivo di ricorso unitamente al primo (poi respinto) in ragione dell'omogeneità di contenuto.

Il motivo di appello appare però inammissibile per genericità, in quanto non viene spiegato per quale ragione la decisione del Tribunale amministrativo della Puglia sarebbe illegittima o comunque erronea.

Con ciò facendo, le odierne appellanti si limitano, in pratica, a riproporre l'allora quarto motivo di ricorso, senza prendere alcuna posizione sulla decisione al riguardo assunta dal giudice di prime cure, da loro ritenuta scorretta.

In ogni caso, per completezza, va rilevato che il suddetto motivo di gravame sarebbe comunque infondato. In effetti le appellanti richiamano, al fine di ribadire che l'unitarietà del procedimento di gara le legittimerebbe a vedersi finalmente assegnati i beni (di cui all'aggiudicazione provvisoria) ovvero, in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente, il precedente arresto della Sezione n. 3481 del 2011. Quest'ultimo così precisava, sul punto: *“L'obbligo [di concludere il procedimento - ndr] continua, perciò, a fare carico all'Amministrazione che il procedimento di cui si tratta ha avviato e condotto, ma portato a termine, a tutt'oggi, solo per alcuni dei lotti originariamente posti a gara. La soluzione trova ulteriore giustificazione nel carattere unitario della procedura, caratteristica che l'appellante medesima richiama, seppure ad*

*altri fini. Le stesse ragioni che il 18 marzo 2010 hanno indotto l'Amministrazione ad occuparsi, in sede di aggiudicazione provvisoria, di tutti i lotti oggetto della procedura, richiedono che anche rispetto ai lotti fin qui pretermessi la stessa procedura venga finalmente conclusa".*

Era stato dunque ribadito che il procedimento in fase di "stallo" relativamente ai lotti passati nella titolarità della Provincia di Barletta-Andria-Trani andava comunque concluso, ai sensi di legge, con un provvedimento esplicito, senza però ovviamente poterne indicare il contenuto dispositivo, rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione.

Il provvedimento veniva quindi adottato dal soggetto che la stessa sentenza aveva ritenuto legittimato a farlo, ossia la Provincia di Bari, la quale – in concreto – non poteva che dar atto dell'impossibilità di disporre dei lotti nel frattempo aggiudicati in via provvisoria alle ricorrenti.

Avverso il suddetto provvedimento le imprese già aggiudicatarie presentavano ricorso, ritenendosi discriminate rispetto alle concorrenti che invece si erano definitivamente aggiudicate i lotti rimasti nella titolarità della stazione appaltante.

Ciò sulla base dell'assunto – infondato – che *"il carattere unitario della procedura avrebbe quindi dovuto imporre l'assegnazione definitiva di tutti i lotti in gara. Ciò al chiaro fine di impedire condotte discriminatorie tra imprese meritevoli di parità di trattamento"*, conclusione quest'ultima non ipotizzata dal precedente della Sezione, che anzi ricorda la possibilità del ricorso all'autotutela per adeguare la realtà di fatto alle sopravvenienze, in presenza di obiettive ragioni di pubblico interesse (quali del resto rilevate dalla stazione appaltante).

La questione oggetto del quarto motivo di ricorso avrebbe potuto essere decisa – per comunanza di *ratio* – con quella dedotta *sub* primo motivo di gravame, come fatto dal giudice di prime cure, senza con ciò incorrere nel vizio di infrapetizione.

Infine, per quanto concerne la domanda risarcitoria delle imprese appellanti, la sentenza di primo grado così aveva argomentato: *“anche la domanda risarcitoria va integralmente respinta, poiché le ricorrenti hanno allegato, in prossimità dell’udienza di trattazione, documenti e conteggi atti esclusivamente a comprovare l’entità del mancato utile conseguente alla perdita dell’appalto, mentre secondo un principio ormai pacifico in tema di responsabilità pre-contrattuale della stazione appaltante per revoca degli atti di gara, ai fini della commisurazione del danno risarcibile, deve aversi riguardo al solo interesse negativo, ossia alle spese effettivamente sostenute in vista della conclusione dell’affare (danno emergente) ed alle occasioni contrattuali perse per aver confidato nell’impegno assunto (lucro cessante), restando viceversa escluso il risarcimento dell’utile che si sarebbe conseguito con l’esecuzione del contratto (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez.. V, 30 dicembre 2011, n. 7000; Id., sez. V, 3 agosto 2012 n. 4440; TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 gennaio 2011 n. 20)”*.

Le appellanti contestano la decisione, sostenendo che il Tribunale amministrativo della Puglia avrebbe fondato tale suo convincimento su un presupposto insussistente, ossia l’adozione, da parte della Provincia di Bari, di un provvedimento di revoca degli atti di gara.

In realtà, la sentenza si limita a fare corretta applicazione del principio giurisprudenziale secondo cui l’eventuale risarcimento per equivalente, quando la fonte del danno risieda nell’aver partecipato ad una gara poi non giunta a regolare conclusione (in presenza di tutti i presupposti di imputabilità del fatto *ex* articolo 2043 Cod. civ. in capo all’Amministrazione), è circoscritto al c.d. “interesse negativo”, ossia alle spese affrontate per aver partecipato (incolpevolmente) alla suddetta procedura ed al mancato guadagno derivante dal non aver invece potuto attendere, in ragione di tale partecipazione, ad altre più redditizie attività economiche.

La prova del danno resta però a carico di chi assuma di averlo subito, pur potendosi far ricorso, a tal fine, anche a presunzioni.

Nel caso di specie, il giudice di prime cure aveva dato atto di come una tale prova non risultasse dagli atti di causa, essendosi limitate le ricorrenti ad allegare alcuni conteggi, relativi – peraltro – al diverso “interesse positivo”, ossia al mancato guadagno derivante dalla perdita dell'appalto, non risarcibile in tale contesto.

Inoltre, è il caso di rilevare che se l'appellante in più occasioni fonda un addebito di colpa a carico della Provincia di Bari per aver incluso nella gara anche lotti che, per le medesime appellanti, sin dall'inizio era ragionevole prevedere avrebbero potuto essere devoluti, nelle more della procedura, alla nuova Provincia di Barletta-Andria-Trani in ragione della loro materiale ubicazione, analogo rilievo potrebbe ritornare a carico delle stesse, che hanno partecipato alla gara pur consapevoli di tale eventualità: sicché queste non hanno ragione di vantare (anche ai fini risarcitori) un obiettivo affidamento alla relativa aggiudicazione.

Del resto, ancor oggi le appellanti non forniscono indicazioni circa l'entità dell'eventuale danno da partecipazione patito, insistendo piuttosto nel pretendere ( pur a fronte di dedotta *culpa in contrahendo* dell'Amministrazione) il “*risarcimento del danno da lucro cessante e danno emergente nei confronti di ciascuna appellante in misura non inferiore al 10% dell'utile di impresa nel periodo contrattuale oggetto del bando, oltre interessi come per legge e maggior danno da svalutazione monetaria*”.

Neppure esse forniscono una quantificazione dell'asserito *vulnus*; né indicano, a tal fine, elementi oggettivi di riferimento, e si limitano a chiedere – inammissibilmente, non essendo la CTU un mezzo di prova – che venga “*disposta Consulenza Tecnica d'Ufficio per la quantificazione del danno ... patito dalle appellanti con riferimento all'offerta presentata*”.

*per il singolo lotto ottenuto in assegnazione provvisoria da ciascuna di esse”.*

Per tali ragioni anche la domanda risarcitoria va respinta per difetto dei presupposti.

La complessità della vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio giustifica peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Valerio Perotti**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

**IL SEGRETARIO**