

REPUBBLICA ITALIANA N. 5975/02 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 11486 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO
2001

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 11486 del 2001 proposto dalla CONSORZIO ETRURIA s.c. a r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea d'impresе costituita con la Società Accomandita Lavori Edili Stradali - S.A.L.E.S. s.a.s., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Fasano, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliata in Roma, Corso d'Italia n. 106,

contro

il Comune di Gallipoli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti proff. Ernesto Sticchi Damiani e Pierluigi Portaluri ed elettivamente domiciliato in Roma, Via Mantegazza n. 24, presso il cav. L. Gardin,

per l'annullamento

della sentenza n. 7310 in data 17 novembre 2001 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, Sez. II;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e quello di appello incidentale del Comune di Gallipoli;

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

Vista l'ordinanza n. 30 del giorno 8 gennaio 2002, con la quale è stata respinta la domanda di sospensione della sentenza appellata;

Visto il dispositivo di sentenza n. 173 pubblicato in data 27 marzo 2002;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 19 marzo 2002 l'avv. Fasano e gli avv.ti Sticchi Damiani e Portaluri;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Oggetto d'impugnazione è la sentenza con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, Sez. II, ha respinto il ricorso presentato dall'attuale appellante avverso la deliberazione n. 30 del 13 luglio 2001 della Giunta municipale di Gallipoli e, quali atti connessi e conseguenti, le deliberazioni G.M. n. 16 del 28 giugno 2001, n. 41 del 19 luglio 2001 e n. 69 del 6 settembre 2001.

Con l'atto n. 30, l'Amministrazione comunale aveva determinato di sospendere la procedura di gara indetta con deliberazione G.M. 27 dicembre 1999 n. 469, per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del porto turistico comunale, alla quale aveva partecipato anche la ricorrente.

La sospensione della gara era stata ritenuta necessaria al fine di operare una corretta valutazione di alcuni profili problematici relativi alla procedura e, a tal fine, si era disposta l'acquisizione di pareri legali con le menzionate deliberazioni nn. 16, 41 e 69 del 2001.

La ricorrente, nell'atto di appello, ha riproposto integralmente i motivi di censura formulati in primo grado, con i quali aveva dedotto:

- 1) violazione dell'art. 7 della L. n. 241 del 1990 ed eccesso di potere per inosservanza del giusto procedimento;
- 2) violazione delle norme sulla trasparenza e sulla *par condicio* tra i concorrenti;
- 3) violazione dei principi di economicità e di efficacia di cui all'art. 1 L. 241/90; contraddittorietà di comportamento ed illogicità manifesta;
- 4) erronea presupposizione in fatto e in diritto; violazione, falsa ed errata interpretazione della legge e principalmente degli artt. 21 e 37 della L. 109 del 1994; dell'art. 92 DPR 554199; della *lex specialis* di cui alla lettera di invito prot. n. 13611 dell'11 maggio 2001;
- 5) violazione di legge art. 1 primo comma L. 241/90 sotto il profilo dello sviamento di potere;

6) violazione dei principi di buona amministrazione e di efficacia dell'azione amministrativa in relazione al profilo della mancata tutela dell'interesse pubblico.

Censure, queste, a fronte delle quali, ad avviso dell'appellante, la sentenza impugnata sarebbe nella sua motivazione manifestamente contraddittoria e carente, palesemente illogica nell'interpretazione delle norme ed illegittima nell'affermare come legittimo esercizio di un potere ampiamente discrezionale la sospensione di una gara senza considerare le dirette implicazioni sulla parità di condizioni dei concorrenti.

Conclude il ricorso la domanda che la sentenza gravata sia annullata, insieme a tutti gli atti impugnati e che il Comune di Gallipoli sia dichiarato tenuto a risarcire il danno ingiusto subito dalla ricorrente.

Si è costituito in giudizio il Comune appellato, il quale ha controdedotto, concludendo per la reiezione del gravame perché infondato. Ha eccepito, inoltre, l'inammissibilità e l'infondatezza della domanda risarcitoria.

Con atto notificato in data 17 dicembre 2001, l'Amministrazione resistente ha proposto, altresì, appello incidentale chiedendo che la sentenza impugnata sia riformata nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado per sopravvenuta carenza di interesse e non ha dichiarato il difetto di legittimazione della ricorrente.

In vista dell'udienza di trattazione della causa, il Comune di Gallipoli ha chiesto, con istanza in data 11 marzo 2002, che l'appello sia dichiarato improcedibile, in considerazione della sopravvenuta apertura di apposito procedimento di riesame della procedura concorsuale in questione, che si è concluso con l'annullamento d'ufficio in sede di autotutela di tutti gli atti della gara, a cominciare dalla deliberazione G.M. 27 dicembre 1999 n. 469 di indizione e dei relativi allegati, compreso il bando.

Respinta la domanda di sospensione della sentenza appellata con ordinanza n. 30 del giorno 8 gennaio 2002, la causa è stata trattata all'udienza pubblica del 19 marzo 2002, nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

DIRITTO

Può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari in rito, attesa l'evidente infondatezza dell'appello principale.

Con la deliberazione impugnata n. 30 del 13 luglio 2001, l'Amministrazione comunale appellata ha stabilito di sospendere la procedura di gara di cui si tratta, alla quale aveva partecipato anche la ricorrente.

La sospensione della gara era stata ritenuta necessaria al fine di operare una più approfondita valutazione di alcuni profili problematici relativi alla procedura.

In particolare, era già stata disposta con atto deliberativo n. 16 del 28 giugno 2001, integrato con i successivi n. 41 del 19 luglio e n. 69 del 6 settembre 2001, l'acquisizione di pareri legali sulla legittimità dell'applicazione dell'istituto del *project financing* ed alla data di entrata in vigore del relativo regolamento; sulle procedure per la nomina della commissione, con specifico riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 21, commi quinto e settimo, della L. 11 febbraio 1994 n. 109 e nell'art. 92 del regolamento di attuazione; sulla possibilità di modificazione dei criteri di valutazione delle offerte contenuti nella lettera d'invito.

Nei confronti dell'atto di sospensione e degli altri sopra citati la ricorrente ha dedotto, sostanzialmente, che ne avrebbe dovuto avere comunicazione a norma dell'art. 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241 e che, ad ogni modo, la sospensione della procedura era intesa a ledere la sua posizione di unico concorrente alla data in cui è stata disposta.

Con riguardo al primo profilo di censura, però, va considerato che - a parte i provvedimenti di conferimento dell'incarico professionale di rendere parere, la cui impugnazione è evidentemente inammissibile per difetto d'interesse - quello con il quale si soprassedie all'ulteriore corso della gara ha natura strumentale e funzione meramente cautelare, in vista dell'emanazione di provvedimenti definitivi di autotutela ovvero di nuovo impulso ed ha lo scopo di evitare che la valenza di tali futuri atti possa restare pregiudicata nel tempo necessario per la loro adozione.

E' agevole rilevare, allora, che proprio l'invocato art. 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241, al comma secondo, consente l'emanazione di provvedimenti cautelari senza necessità di comunicazione di avvio, prima che sia dato avviso d'inizio del procedimento (nel nostro caso, di riesame) volto all'assunzione del provvedimento finale.

A questa disposizione, del resto, si è conformato il Comune appellato, che, ricevuto il parere legale richiesto, ha stabilito con deliberato G.M. n. 139 del 12 novembre 2001 di attivare un procedimento di secondo grado, diretto al riesame dell'attività amministrativa sino a quel momento espletata, del quale tutti i soggetti interessati, ivi compresa l'appellante, hanno ricevuto comunicazione di avvio con nota n. 35687 datata 6 dicembre 2001 del responsabile del procedimento.

Sotto il profilo considerato, quindi, la censura va respinta.

La sospensione della procedura concorsuale, inoltre, secondo l'appellante, sarebbe stata disposta in suo esclusivo danno, come dimostrerebbe il fatto che essa risultava alla data della deliberazione impugnata l'unica concorrente che avesse presentato offerta e che, mancando solo quattro giorni allo spirare del termine per la presentazione delle offerte, ben avrebbe potuto l'Amministrazione lasciare scadere il termine e poi sospendere la procedura.

Nessun valore probante, tuttavia, può riconoscersi al fatto dedotto, atteso che nel periodo residuo di durata del termine altri concorrenti avrebbero potuto avanzare la loro offerta; mentre ogni altra argomentazione formulata, non solo si risolve in inammissibile valutazione soggettiva sull'opportunità della sospensione, ma contrasta con la funzione cautelare dell'atto gravato, inteso proprio ad evitare l'eventuale consolidamento di posizioni giuridiche soggettive dei partecipanti alla gara.

Infondato è, dunque, anche l'altro profilo di doglianza.

Non può che essere rigettata, infine, l'azione risarcitoria, in mancanza di qualsiasi dimostrazione del danno subito.

In conclusione, l'appello principale va respinto, con conseguente l'improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse di quello incidentale.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti in causa spese e competenze del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile quello incidentale.

Compensa tra le parti spese e competenze del secondo 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 19 marzo 2002 con l'intervento dei Signori:

Agostino Elefante - Presidente

Corrado Allegretta - Consigliere rel. est.

Goffredo Zaccardi - Consigliere

Aniello Cerreto - Consigliere

Gerardo Mastrandrea - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Corrado Allegretta f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Luciana Franchini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..... 30/10/2002.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

RIC. N.11486/01

RA