

L'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali. Essa pertanto, per un verso, è inidonea a produrre la lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che può concretamente verificarsi solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima (ex multis, C.d.S., sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527; 14 novembre 2008, n. 5691; sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4937), e d'altra parte è parimenti inidonea a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una posizione di vantaggio ovvero un ragionevole (ed incolpevole) affidamento in ordine al provvedimento di aggiudicazione definitiva ed alla conseguente stipulazione del contratto, con la conseguenza che l'amministrazione che intende esercitare il proprio potere di autotutela proprio rispetto all'aggiudicazione provvisoria non ha uno specifico onere di motivazione circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi in base ai quali ha ritenuto di non procedere all'aggiudicazione (C.d.S., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838), potendo anche tener conto delle preminenti ragioni poste dalla esigenza di salvaguardia del pubblico interesse (C.d.S., sez. IV 15 settembre 2006, n. 5374).

Consiglio di Stato sez.V 29/12/2009 n. 8966

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

Decisione

Sul ricorso numero di registro generale 10226 del 2008, proposto da:
COMUNE DI MELFI, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Di Tommaso, con domicilio eletto presso Studio Legale Acampora Vona Serena, in Roma, via Pompeo Magno, n. 1;

Contro

VI.GI.EFFE. COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Ambrosetti, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via G.G. Porro, n. 8;

EDIL VULTURE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del TAR BASILICATA – POTENZA, Sez. I, n. 00729/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI MANUTENZIONE STRAORDINARIA STRADE RURALI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della VI.GI,EFFE. Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2009 il dott. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Di Tommaso e Ambrosetti;

Visto il dispositivo di sentenza n. 705 del 28 ottobre 2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

Fatto

I. Con determina del responsabile dell'Area Infrastrutture e Mobilità – Ufficio LL.PP. - n. 488 del 30 novembre 2007 il Comune di Melfi indiceva una procedura aperta, in unica tornata di gara ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, da esperirsi per pubblico incanto con il sistema del massimo ribasso, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 54, 55 e 82 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 89 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, per i lavori di "manutenzione straordinaria viabilità rurali – lotti da a 1 a 9", prevedendo che ogni impresa avrebbe potuto aggiudicarsi un solo lotto.

La commissione di gara nella seduta del 10 gennaio 2008 procedeva all'esame delle offerte pervenute per il lotto n. 9, quello di maggior valore, aggiudicandolo provvisoriamente, previa valutazione dell'anomalia delle offerte stesse, alla società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l., che aveva offerto un ribasso del 27,668%.

Nella successiva seduta dell'11 gennaio 2008, la commissione procedeva poi all'esame delle offerte pervenute per il lotto n. 8, escludendo dalla gara la società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l., in quanto già aggiudicataria dei lavori del lotto n. 9, e dichiarando aggiudicataria provvisoria del lotto in questione la società Millenium Costruzioni s.r.l.

Con determinazione n. 12 del 14 gennaio 2008 il responsabile dell'Area Infrastrutture e Mobilità – ufficio LL.PP. – del Comune di Melfi annullava in autotutela il bando di gara relativo ai predetti lavori di "manutenzione straordinaria viabilità rurali – lotti da a 1 a 9" e tutti gli atti successivi adottati dalla commissione di gara, sul presupposto che esso conteneva l'erroneo richiamo dell'articolo 15 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, abrogato dall'articolo 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, fonte di aspetti restrittivi del principio della concorrenza tra gli operatori del mercato e preclusivo della più ampia partecipazione dei concorrenti.

II. La società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l., quale aggiudicataria provvisoria dei lavori del lotto n. 9, con rituale ricorso giurisdizionale chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata l'annullamento della determinazione n. 12 del 14 gennaio

2008, lamentandone l'illegittimità alla stregua di tre motivi di censura, con cui i quali deduceva: 1) "violazione ed errata applicazione ed errata applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/90", in quanto il provvedimento di annullamento del bando di gara non era stato preceduto, come necessario, dalla comunicazione di avvio del procedimento; 2) "Violazione falsa applicazione e/o errata interpretazione degli artt. 21 – quinquies e 21 – nonies della legge n. 241/90 per: a) inesistenza dei presupposti per procedere all'annullamento d'ufficio; b) insussistenza delle ragioni di opportunità e dell'interesse pubblico; eccesso di potere per violazione dei principi di economia procedimentale, di conservazione dei valori giuridici e di proporzionalità dell'azione amministrativa", in quanto non solo non erano state indicate le ragioni di interesse pubblico che avevano giustificato l'atto di annullamento del bando di gara, ma non erano stati neppure valutati gli interessi privati coinvolti, non potendo comportare l'illegittimità dell'intera procedura il richiamo all'abrogato articolo 15 della legge 10 dicembre 1971, n. 741, tanto più che esso non aveva provocato, né avrebbe potuto provocare, per le specifiche condizioni della gara, alcuna violazione del principio di concorrenza e di massima partecipazione; 3) "manifesta violazione dei principi di correttezza e buona fede; violazione del principio di affidamento del privato; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione", sostenendo che l'illegittimità del provvedimento di annullamento del bando di gara integrava anche gli estremi del comportamento illecito dell'amministrazione comunale di Melfi, determinandone l'obbligo al risarcimento del danno.

III. Con successivi motivi aggiunti, ritualmente notificati, la società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. impugnava il nuovo bando di gara, pubblicato in data 18 marzo 2008, indetto dal Comune di Melfi per l'aggiudicazione degli stessi, sempre con procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ed al prezzo più basso, mediante ribasso unico sull'elenco prezzi posto a base di gara, ai sensi degli artt. 82 e 86 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, predicandone l'illegittimità derivata dai motivi di censura già spiegati con il ricorso principale.

IV. Con ulteriori rituali motivi aggiunti la predetta società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. chiedeva l'annullamento anche della determinazione n. 168 del 23 aprile 2008, con cui il responsabile dell'Area Infrastrutture e Mobilità – ufficio LL.PP, all'esito della nuova procedura, preso atto del verbale della commissione di gara, aggiudicava definitivamente i lavori di cui al lotto n. 9 alla ditta Edil Vulture s.r.l.

V. L'adito tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza dell'intimata amministrazione comunale di Melfi, respinta l'eccezione da quest'ultima sollevata di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse al ricorso in relazione all'asserita acquiescenza prestata dalla ricorrente alla nuova gara per la quale aveva presentato domanda di partecipazione, ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati e condannando il Comune di Melfi al risarcimento del danno subito dalla ricorrente.

Secondo il predetto tribunale, infatti, nel caso in questione l'applicazione dell'abrogato articolo 15 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, non aveva minimamente influito sulla procedura di gara relativa all'appalto dei lavori di cui al lotto n. 9, in quanto, avendo l'amministrazione comunale deciso di espletare per prima la gara di maggiore importo, relativa al lotto n. 9, nessuna impresa concorrente era stata danneggiata, non essendo intervenuta alcuna aggiudicazione, neppure provvisoria, per gli altri lotti; pertanto, non solo non vi era stata alcuna violazione del principio comunitario alla libera concorrenza,

costituendo la previsione del ricordato articolo 15 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, soltanto un'efficace misura di semplificazione e razionalizzazione dell'intera procedura di gara, per quanto, ad ammettere che vi potesse essere stato qualche concorrente danneggiato, questo era da individuarsi nella stessa ricorrente società che, proprio a causa della ricordata clausola, in sede di aggiudicazione del lotto n. 8, era stata esclusa dalla gara: secondo i primi giudici, pertanto, l'amministrazione avrebbe dovuto quindi limitare l'annullamento del bando di gara alla sola disposizione che consentiva l'aggiudicazione di uno soltanto dei nove lotti, rinnovando la procedura di gara per il lotto n. 8, cui poteva essere ammessa la ricorrente, previo ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte.

Inoltre, sempre ad avviso dei primi giudici, l'impugnato provvedimento di autotutela, pur non sussistendo la dedotta violazione dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, era nondimeno viziato per la omessa comparazione tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e l'interesse della ricorrente alla conservazione della posizione di vantaggio che si era consolidata per effetto del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

All'illegittimità dell'operato dell'amministrazione i primi giudici hanno fatto conseguire, sussistendone, a loro avviso, i presupposti soggettivi ed oggettivi, la condanna al risarcimento del danno, a titolo di mancato guadagno, commisurato al 10% del prezzo di aggiudicazione, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

VI. Il Comune di Melfi con atto di appello notificato il 6 dicembre 2008 ha chiesto la riforma della predetta sentenza alla stregua di tre motivi di gravame, con i quali ha lamentato:

- l'erroneo rigetto dell'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, sia in relazione alla circostanza della effettiva partecipazione della società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. alla nuova gara indetta col bando pubblicato in data 18 marzo 2008, sia per la tardiva impugnazione del nuovo provvedimento di aggiudicazione dei lavori di cui al lotto n. 9 a seguito della nuova procedura di gara, impugnazione avvenuta solo in data 16 giugno 2008, con il secondo atto di motivi aggiunti;
- l'erronea declaratoria di illegittimità del provvedimento di autotutela, sia perché erano state sufficientemente precisate le ragioni dell'interesse pubblico che lo giustificavano, consistenti nella limitazione del principio della libera concorrenza, riferito alla fase di partecipazione alla gara e non a quello dell'aggiudicazione; sia perché proprio per tale ragione non poteva addivenirsi ad un annullamento parziale; sia ancora perché, essendo intervenuta la sola aggiudicazione provvisoria, alcuna situazione di vantaggio si era potuta consolidare in capo alla ricorrente;
- la altrettanto erronea quantificazione automatica del danno asseritamente patito dalla VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. nella misura del 10% dell'importo del prezzo offerto, non avendo la stessa giammai fornito prova del possesso dei requisiti necessari per conseguire effettivamente l'aggiudicazione dell'appalto.

La VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l., resistendo all'appello, ne ha dedotto l'improcedibilità per tardiva costituzione dell'appellante, l'inammissibilità per violazione del principio di specificità dei motivi, ai sensi dell'art. 6, n. 3 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, nonché la sua infondatezza.

Il Comune di Melfi ha puntualmente replicato a tali eccezioni, sostenendone l'infondatezza.

VII. Con ordinanza n. 583 del 30 gennaio 2009 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza, avendo considerato che "...l'appello appare, ad un primo sommario esame, presentare profili di fondatezza, dal momento che la decisione di annullare il bando nella sua interezza appare conforme alla normativa vigente in tema di appalti di lavori pubblici, presentando la c.d. tornata di gara, la possibilità cioè per ogni concorrente di aggiudicarsi un solo lotto, aspetti restrittivi del principio della libera concorrenza del mercato, ed apparendo quindi tale scelta maggiormente conforme non solo all'interesse pubblico, ma anche all'interesse delle imprese ad una più ampia partecipazione ed alla aggiudicazione di più lotti".

Le parti hanno ulteriormente illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

VIII. All'udienza del 27 ottobre 2009 la causa è stata introitata per la decisione.

Diritto

IX Devono essere innanzitutto esaminate le eccezioni preliminari sollevate dalla società appellata.

Esse sono tutte infondate.

IX.1. La società appellata ha innanzitutto eccepito la improcedibilità dell'appello per la asserita tardiva costituzione dell'appellante, in quanto, pur essendo stato notificato il 6 dicembre 2008, l'atto di appello sarebbe stato depositato solo il 23 dicembre 2008, ben oltre il termine dimidiato di 15 giorni, previsto dall'articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

Sul punto occorre rilevare che l'atto di appello, effettivamente notificato alla società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. in data 6 dicembre 2008, è stato altresì notificato in pari data, a mezzo del servizio postale, anche alla controinteressata Impresa Edil Vulture s.r.l, che risulta averlo ricevuto (rectius, ritirato presso l'Ufficio Postale di Melfi) in data 15 dicembre 2008.

Secondo quanto anche di recente confermato da questa Sezione (16 giugno 2009, n. 3846), a norma dell'art. 36 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, e dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il ricorrente deve depositare l'originale del ricorso presso la segreteria del giudice adito con la prova delle eseguite notificazioni, salva la facoltà di eseguirne il deposito del ricorso prima del ritorno dell'avviso di ricevimento (Corte Costituzionale 30 marzo 1992, n. 140; C.d.S., sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365).

Il termine per il deposito dell'atto decorre dalla data di consegna del plico al destinatario, in quanto la regola del perfezionamento della notificazione per il notificante dal momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario si applica al tema della tempestività della notifica dell'atto, non anche a quello della tempestività del deposito del ricorso (Cass. 26 giugno 2007, n. 14742).

Diversamente da quanto sostenuto dall'appellata, il deposito dell'appello in esame è da considerarsi pertanto rituale e tempestivo.

IX.2. Ugualmente infondata è l'eccezione di inammissibilità dell'appello per la asserita carenza di specificità dei motivi di gravame.

Come puntualizzato dalla giurisprudenza, il requisito della specificità dei motivi di appello, prescritto dall'art. 342 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, non si presta ad una definizione generale, astratta e assoluta, dovendo piuttosto essere correlato alla motivazione della sentenza impugnata, nel senso che la manifestazione

volitiva dell'appellante deve essere formulata in modo da consentire d'individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le specifiche critiche indirizzate alla motivazione, e deve quindi contenere l'indicazione, sia pure in forma succinta, degli "errores" attribuiti alla sentenza censurata, i quali vanno correlati alla motivazione di questa ultima e quindi devono essere più o meno articolati, a seconda della maggiore o minore specificità nel caso concreto di quella motivazione (Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2009, n. 10356).

E' stato inoltre precisato (Cass, civ., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 21816) che il principio di specificità dei motivi di gravame impone all'appellante di individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le censure in concreto mosse alla motivazione della sentenza impugnata, in modo che sia possibile desumere quali siano le argomentazioni fatte valere da chi ha proposto l'impugnazione in contrapposizione a quelle evincibili dalla sentenza impugnata, dovendosi perciò ritenere inammissibile l'appello quando, per l'individuazione dei motivi, l'appellante si richiami genericamente alle deduzioni, eccezioni e conclusioni della comparsa depositata in primo grado o ad altri scritti difensivi .

Nel caso di specie, ad avviso della Sezione, dalla lettura dell'atto di appello emergono in maniera sufficientemente chiara (ancorchè sintetica e senza indicazione di un'apposita rubrica, circostanza quest'ultima del tutto irrilevante), sia le statuizioni investite dal gravame, sia le censure mosse alla sentenza impugnata e soprattutto le argomentate ragioni per le quali l'appellante ha ritenuto ingiuste ed erronee le conclusioni dei primi giudici.

Del resto non può fare a meno di evidenziare che il principio di specificità dei motivi di appello si pone come strumento necessario per assicurare il diritto di difesa dell'appellato, diritto di difesa che nel caso di specie non risulta minimamente intaccato, atteso che la società appellata ha compiutamente ed adeguatamente svolto le proprie difese di merito.

X. Si può pertanto procedere all'esame del gravame proposto dal Comune di Melfi.

X.1. E' infondato il primo motivo di appello, con cui il Comune di Melfi si duole del mancato accoglimento da parte dei primi giudici dell'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, sia per l'intervenuta acquiescenza della società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. all'annullamento dell'originario bando di gara per aver presentato istanza di partecipazione alla nuova gara indetta con il bando pubblicato il 18 marzo 2008, sia per la asserita tardività dell'impugnazione della determinazione di nuova aggiudicazione dei lavori del lotto n. 9, di cui alla determina n. 168 del 23 aprile 2008.

X.1.1. Quanto al primo aspetto, la Sezione osserva che, come correttamente rilevato dai primi giudici, in coerenza del resto ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la dichiarazione di improcedibilità di un ricorso per sopravvenuta carenza di interesse postula il verificarsi di una situazione di fatto o di diritto del tutto nuova e sostitutiva rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per essere venuto meno per il ricorrente qualsiasi (anche soltanto strumentale o morale o comunque residua) utilità della pronuncia del giudice (ex pluribus, C.d.S., Sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5402; sez. V, 1° aprile 2009, n. 2077).

Nel caso di specie, il fatto che la società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. abbia fatto domanda di partecipazione alla nuova gara per l'aggiudicazione dei lavori di

manutenzione stradale del lotto n. 9, indetta con il bando pubblicato il 18 marzo, non è idonea di per sé a togliere interesse alla decisione dell'originario ricorso avverso il provvedimento di annullamento dell'originario bando di gara (e della relativa procedura all'esito della quale era risultata provvisoriamente aggiudicataria).

Anche a prescindere poi dall'ulteriore circostanza che la predetta società ha impugnato sia il nuovo bando di gara, sia il successivo provvedimento di aggiudicazione dei lavori, occorre rilevare che non solo il nuovo bando (e la successiva nuova aggiudicazione) costituiscono provvedimenti del tutto autonomi ed indipendenti rispetto al provvedimento di annullamento dell'originario bando di gara, per quanto la presentazione della domanda di partecipazione alla nuova gara ha costituito la condizione indispensabile per la relativa impugnazione, così che essa non poteva integrare gli estremi dell'acquiescenza al nuovo assetto degli interessi determinatosi proprio a seguito dei ricordati atti di annullamento dell'originario bando di gara e dall'approvazione del nuovo, non emergendo alcun elemento, certo, obiettivo ed inequivocabile che possa far ragionevolmente presumere una diversa volontà della predetta società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l. (C.d.S., sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4854; C.d.S., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3753; secondo C.d.S., sez. VI, 30 ottobre 2006, n. 6449 "la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica non implica "ex se" acquiescenza all'annullamento della prima gara di cui la ricorrente è risultata aggiudicataria provvisoria").

X.1.2. Quanto alla dedotta tardività dell'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione definitiva (determina n. 168 del 23 aprile 2008) della gara all'Impresa Edil Vulture s.r.l., la Sezione osserva che anche tale eccezione è priva di fondamento. Secondo un consistente indirizzo giurisprudenziale da cui il collegio ritiene di non discostarsi, non è infatti soggetto a dimidiazione, ai sensi dell'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il termine per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti autonomi, seppure connessi con quelli impugnati con il ricorso principale (C.d.S., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2187; 10 aprile 2008, n. 1543; sez. VI, 23 agosto 2007, n. 4480), così che rispetto alla data di adozione della determina impugnata (n. 163 del 23 aprile 2008) la notifica dell'impugnazione avvenuta con motivi aggiunti il 16 giugno 2008 risulta tempestiva.

X.2. E' invece fondato e deve essere accolto il secondo motivo di gravame, con cui il Comune di Melfi ha lamentato l'erronea declaratoria di illegittimità del provvedimento di autotutela, sostenendo che erano state sufficientemente precisate le ragioni dell'interesse pubblico che lo giustificavano, che non poteva addivenirsi ad un annullamento parziale dell'originario bando di gara e che, essendo intervenuta la sola aggiudicazione provvisoria, alcuna situazione di vantaggio si era potuta consolidare in capo alla ricorrente.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

X.2.1. Occorre innanzitutto ricordare che, alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali.

Essa pertanto, per un verso, è idonea a produrre la lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che può concretamente verificarsi solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima (ex multis, C.d.S., sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527; 14 novembre 2008, n. 5691; sez. VI, 25 settembre 2007, n.

4937), e d'altra parte è parimenti inidonea a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una posizione di vantaggio ovvero un ragionevole (ed incolpevole) affidamento in ordine al provvedimento di aggiudicazione definitiva ed alla conseguente stipulazione del contratto, con la conseguenza che l'amministrazione che intende esercitare il proprio potere di autotutela proprio rispetto all'aggiudicazione provvisoria non ha uno specifico onere di motivazione circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi in base ai quali ha ritenuto di non procedere all'aggiudicazione (C.d.S., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838), potendo anche tener conto delle preminenti ragioni poste dalla esigenza di salvaguardia del pubblico interesse (C.d.S., sez. IV 15 settembre 2006, n. 5374).

Nel caso in esame, poiché, com'è pacifico, la società appellata era stata dichiarata soltanto aggiudicataria provvisoria dei lavori di cui al lotto n. 9 a seguito delle operazioni della commissione di gara in data 10 gennaio 2008, il provvedimento di autotutela adottato dall'amministrazione comunale di Melfi con la determina n. 12 del 14 gennaio 2008 non abbisognava di alcuna particolare motivazione in ordine alla valutazione degli interessi privati in gioco, essendo sufficiente l'evidenziazione dell'interesse pubblico, nel caso di specie consistente nel ripristinare il corretto giuoco della concorrenza tra gli operatori di mercato, precluso dall'applicazione di norme assolutamente restrittive in tal senso e per di più abrogate da tempo.

Ciò senza contare che il tempo trascorso tra l'aggiudicazione provvisoria (11 gennaio 2008) e la emanazione dell'atto di autotutela (12 gennaio 2008) era del tutto irrisorio e di per sé inidoneo ad ingenerare un qualche affidamento.

X.2.2. Sotto altro profilo, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, non può condividersi l'assunto, secondo cui nel caso di specie non si sarebbe verificata alcuna lesione del principio della concorrenza e che addirittura l'unico soggetto leso dalla *lex specialis* di gara sarebbe stata la stessa società ricorrente in primo grado.

Come già ricordato, l'annullamento dell'originario bando di gara (di cui alla determinazione n. 488 del 30 novembre 2007) è stato determinato dall'erroneo richiamo in esso contenuto all'articolo 15 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, abrogato dall'articolo 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

Il predetto articolo 15, al primo comma, prevedeva che "Nel caso che l'amministrazione proceda a tornate di gara di appalto da effettuarsi contemporaneamente, è sufficiente la presentazione da parte dell'impresa invitata a più di una gara della documentazione relativa al lavoro di importo più elevato".

Il bando di gara, approvato dal Comune di Melfi con la determinazione n. 488 del 30 novembre 2007 per l'aggiudicazione dei lotti da n. 1 a n. 9 dei lavori di manutenzione straordinaria della viabilità rurale, non conteneva soltanto il mero richiamo della predetta disposizione, ma ne contemplava l'effettiva applicazione: infatti, nel paragrafo relativo alle "Modalità di presentazione dei plichi, era espressamente stabilito che "Ai sensi di quanto disposto dall'art. 5 della legge 10.12.1981, n. 741, ove l'impresa partecipi a più di una gara da esperirsi nella tornata del medesimo giorno, potrà presentare unica documentazione da inserire nel plico riferito ai lavori di importo più elevato a cui partecipa e limitandosi a dichiararlo nelle altre, ad eccezione di quelle previste ai punti 6), 7) e 10)".

Ciò esclude innanzitutto che il contestato annullamento sia stato determinato dall'esigenza di un mero ripristino della legalità formale.

Peraltro le ricordate modalità di svolgimento della gara, ancorché considerate misure di semplificazione dai primi giudici, se da un lato in tal senso limitavano la produzione documentale ai fini dell'ammissione alla gara, trattandosi di un'unica tornata di gara per l'aggiudicazione di più lotti di lavoro imponevano ai concorrenti di "presentare unica documentazione da inserire nel plico riferito ai lavori di importo più elevato a cui partecipa e limitandosi a dichiararlo nelle altre, ad eccezione di quelle previste ai punti 6), 7) e 10)", così di fatto impedendo o rendendo più difficoltosa la partecipazione delle imprese che avessero inteso partecipare solo ad alcuno dei lotti in gara o perché – per esempio – in possesso di requisiti tecnico – finanziari utili solo per importi di lavoro inferiore a quello di maggior valore in gara o anche per mere scelte di politica aziendale (volte per esempio a massimizzare il capitale umano e l'organizzazione in possesso, senza dover procedere ad un suo ampliamento eventualmente necessario per concorrere all'assegnazione dei lotti di lavoro di importo più elevato).

D'altra parte la verifica in ordine alla lesione o alla messa in pericolo del principio della concorrenza e della par condicio dei concorrenti, quali corollari del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 della Costituzione, deve essere fatta con riferimento alla fase della presentazione delle offerte e non a quella successiva di valutazione delle stesse, come opinato dai primi giudici, così che è del tutto gratuita e apodittica l'affermazione secondo cui non vi sarebbe stata e non vi sarebbe neppure potuto essere alcuna impresa concretamente danneggiata dalle concrete modalità della gara, del tutto conformi alle previsioni dell'articolo dell'abrogata legge 10 dicembre 1981, n. 741.

Ciò rende del tutto legittimo il provvedimento di autotutela emanato dall'amministrazione appellante, tanto più che il ricordato vizio riguardante l'intera procedura di gara, non poteva comportare l'annullamento in parte qua, limitatamente cioè al solo lotto n. 9, come apoditticamente sostenuto dai primi giudici; ciò senza contare, d'altra parte, che la tesi secondo cui l'unico soggetto danneggiato dalla illegittimità della procedura sarebbe stata proprio la società ricorrente non è fornita di alcun elemento di prova, non essendo stata neppure impugnata la clausola della *lex specialis* che escludeva dai successivi lotti l'impresa che si era aggiudicata definitivamente uno dei precedenti.

XI. L'accoglimento del secondo motivo di appello travolge il capo della sentenza impugnata recante la condanna al risarcimento del danno e rende pertanto inutile l'esame del terzo motivo di gravame.

XII. In conclusione alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere respinti il ricorso di primo grado ed i relativi motivi aggiunti.

La peculiarità della fattispecie giustifica, ad avviso della Sezione, la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello proposto dal Comune di Melfi avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Basilicata, sez. I, n. 729 del 30 ottobre 2008, così provvede:

- accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado ed i relativi motivi aggiunti proposti dalla società VI.GI.EFFE. Costruzioni s.r.l.;

- dichiara compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Giancarlo Montedoro, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2009

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

Il Dirigente della Sezione