Consiglio di Stato, Sezione Quinta - 19/09/2006, n. 5444. Pres. Iannotta. Est. Corradino.

FATTO

Con sentenza del TAR della Toscana n. 1242/2005, fu respinto il ricorso (iscritto al nr. 192/2004 R.G.) proposto dalla Società OMISSIS S.r.l. per l'annullamento del provvedimento n. 77 del 29 novembre 2003 con cui il responsabile del Servizio Centro Acquisti del Comune appellato aveva disposto l'aggiudicazione della gara per l'affidamento di fornitura di combustibile e la conduzione, manutenzione e gestione degli impianti termici degli edifici comunali, di cui all'allegato 1 al capitolato di gara al raggruppamento controinteressato, nonché per l'annullamento, ove occorresse, di tale capitolato con specifico riferimento all'art. 4, nonché, ancora, per la condanna la risarcimento del danno derivato dall'illegittimo operato del Comune.

La sentenza è stata appellata dalla Società OMISSIS S.r.l., che contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Il Comune di Quarrata e la P. S.r.l. (ora Soc. To. Spa) si sono costituite per resistere all'appello; quest'ultima ha proposto appello incidentale.

La ATI - Y. S.p.A. non si è costituita in giudizio.

Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2005, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato.

1. Al Collegio pare opportuno ripercorrere, sinteticamente, la vicenda di fatto per cui è causa.

Con determinazione n. 54 del 21 luglio 2003 il responsabile del Servizio Centro Acquisti del Comune appellato aveva disposto lo svolgimento di una gara per l'affidamento dell'appalto di fornitura di combustibile di riscaldamento, gestione, conduzione e

manutenzione degli impianti termini degli edifici comunali. Il bando prevedeva un importo base d'asta di € 187.982,71 per ogni anno, per la durata di anni otto ed il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. Partecipavano alla gara presentando le relative offerte cinque ditte (fra le quali l'appellante e il raggruppamento di imprese costituite dalla società P. S.r.l., quale mandataria, e la società Y. s.p.a.). Con provvedimento n. 77 del 29 novembre 2003, il sopraindicato responsabile del Centro Acquisti del Comune approvò gli atti della procedura concorsuale con conseguente aggiudicazione della gara al raggruppamento costituito da P. srl e Y. spa, che risultava aver formulato la miglior offerta.

La società OMISSIS impugnò l'aggiudicazione e, per quanto potesse occorrere, il capitolato di gara con specifico riferimento all'art. 5. Con il gravame si censurò la violazione del principio di buona amministrazione ed imparzialità e dei principi in materia di conflitto di interessi nonché il vizio di eccesso di potere per sviamento, nonché la violazione del principio di imparzialità e buona amministrazione, la violazione dell'art. 16 del D.Lgs. n. 358/1992, l'eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà.

Il Giudice di prime cure ha ritenuto di non poter condividere il primo motivo con il quale la società ricorrente sosteneva che l'associazione temporanea di imprese tra la società P. e la società Y. sarebbe dovuta essere esclusa in quanto l'Y. sarebbe socia di minoranza (29,28 %) dell'Agenzia Energetica Provincia di Pisa (A.E.P.) alla quale il Comune di Quarrata aveva affidato il compito di collaborazione nella redazione del bando. Secondo il primo giudicante, infatti, l'Agenzia Energetica Provinciale di Pisa si era limitata, conformemente all'incarico conferitale, a svolgere una mera attività di consulenza in vista dell'approvazione da parte della stazione appaltante del bando di gara, nella cui redazione non aveva svolto alcuna funzione amministrativa, neppure di natura consultiva; e, comunque, risultava determinante al fine di escludere ogni interferenza nella procedura concorsuale conclusasi con l'aggiudicazione della gara al raggruppamento controinteressato, che mentre l'Azienda Energetica Pisana ha avuto un

ruolo, se pur limitato, alla fase della predisposizione del bando (fase questa in cui all'Y. non spettava alcun ruolo) la stessa Azienda non è assolutamente intervenuta (e non poteva essere altrimenti) nella fase di formulazione dell'offerta cui ha invece partecipato l'Y., quale mandante del raggruppamento, confrontandosi in tale modo con gli altri concorrenti, nel rispetto del principio della par condicio.

2. Il percorso argomentativo seguito dal giudice di primo grado non può essere condiviso.

Come sopra evidenziato l'Y., mandante nel raggruppamento aggiudicatario, risulta - dagli atti versati in giudizio - socio di minoranza della società A.E.P. S.r.l. (Agenzia energetica Pisana) cui il Comune appellato aveva affidato l'attività di consulenza tecnica finalizzata alla predisposizione del bando e "l'assistenza tecnica nella verifica della gestione che sarebbe stata garantita per tutta la durata del contratto".

Tale circostanza, secondo la condivisibile prospettazione di parte appellante, configura una ipotesi di conflitto di interesse e, dunque, una violazione del principio di imparzialità.

Ed invero, secondo un incontrastato indirizzo interpretativo (cfr., fra le più recenti, Cons. Stato, sez. II, 20 ottobre 2004, n. 8487/04), le situazioni di conflitto d'interesse, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico, non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite.

Costituisce, inoltre, affermazione costante della giurisprudenza quella secondo cui ogni Pubblica Amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost. (Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1291; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 26 aprile 1996, n. 83; Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1995, n. 755), tanto che - secondo ius receptum - le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione

amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica Amministrazione ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo (Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 563).

Orbene, contrariamente a quanto ritenuto in primo grado, la titolarità, da parte dell'Y. di una parte (sebbene minoritaria) delle quote della società A.E.P. S.r.l. (Agenzia energetica Pisana) è, per ciò solo, idonea a vulnerare il principio che vuole l'immagine della Pubblica Amministrazione al di sopra di ogni sospetto, sussistendo un ragionevole dubbio sull'effettivo disinteresse (id est, sulla mancanza di un interesse ulteriore a quello proprio dell'espletamento dei propri compiti) - da parte dell'A.E.P. S.r.l. (Agenzia energetica Pisana) nei confronti dell'Y. - nello svolgimento delle attività affidatele dal Comune appellato (consulenza tecnica finalizzata alla predisposizione del bando e assistenza tecnica nella verifica della gestione - garantita per tutta la durata del contratto).

L'accoglimento della superiore censura determina l'assorbimento degli altri motivi di gravame e dell'appello incidentale proposto da P. S.r.l. (ora Soc. To. Spa) sul secondo motivo del ricorso di primo grado.

3. Non merita di essere accolta, tuttavia, la domanda risarcitoria avanzata dall'appellante. Ed invero, il Collegio ritiene di dover ribadire l'orientamento della Sezione (cfr. Cons. Stato, Sezione Quinta, 10 gennaio 2005, n. 32) circa l'accertamento del requisito dell'elemento soggettivo nella fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentale illegittima, dovendosi fare applicazione del criterio di imputazione soggettiva della responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c. che, riconnettendo il grado di colpevolezza richiesto per la costituzione dell'obbligazione risarcitoria alla difficoltà dei problemi tecnici affrontati nell'esecuzione dell'opera, introduce un parametro di ascrizione del danno che tiene conto del grado di complessità delle questioni implicate dall'esecuzione della prestazione e che attenua la responsabilità

del prestatore d'opera quando il livello di difficoltà risulti rilevante. La medesima ratio sottesa alla richiamata disposizione civilistica può, infatti, ravvisarsi nelle fattispecie nelle quali la situazione di fatto comporta la risoluzione di problemi tecnici particolarmente rilevanti ed in cui, in definitiva, l'accertamento dei presupposti di fatto dell'azione amministrativa implica valutazioni complesse o verifiche difficoltose della realtà fattuale. A fronte, infatti, di una situazione connotata da apprezzabili profili di complessità, può, in particolare, ritenersi giustificata, in analogia con la disciplina della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, un'attenuazione di quella dell'amministrazione che la circoscriva alle sole ipotesi di colpa grave, elemento soggettivo che, nella fattispecie in esame, non ricorre.

Alla luce delle esposte considerazioni il ricorso in appello deve essere accolto e, per l'effetto, merita di essere accolto il ricorso di primo grado e annullati gli atti con esso impugnati.

Si ravvisano giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e per l'effetto accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti con esso impugnati.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 6 dicembre 2005, con l'intervento dei sigg.ri:

Raffaele Iannotta presidente,
Giuseppe Farina consigliere,
Chiarenza Millemaggi Cogliani consigliere,
Paolo Buonvino consigliere,
Michele Corradino consigliere estensore,

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 19 SET. 2006.