

Massima: carenze progettuali – presenza di vincoli che rendevano impossibile la realizzazione del progetto.

Sentenza Consiglio di Stato n. 4912 del 10/08/2018



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1117 del 2018, proposto da: Comune di Torre Orsaia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Cinzia Morello, domiciliato *ex art. 25* cod. proc. amm. presso Consiglio di Stato Segreteria in Roma, piazza Capo di Ferro, n.13;

contro

Daniele Veltri, rappresentato e difeso dall'avvocato Ciro Manfredonia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carmine Vernillo in Roma, via Anicio Gallo, n.56;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I, n. 01547/2017, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Daniele Veltri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 21 giugno 2018 il Cons. Anna Bottiglieri e udito per l'appellante l'avvocato Cinzia Morello;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Torre Orsaia bandiva con atto del 20 marzo 2014, ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, una procedura aperta per l'affidamento in concessione per la durata minima di dieci anni, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di un'area comunale sita in località S. Biase ai fini della progettazione, esecuzione, manutenzione e gestione economico-funzionale di un impianto per la distribuzione dei carburanti e servizi annessi e complementari.

Il disciplinare di gara stabiliva che l'affidamento del servizio era vincolato all'elaborazione di un progetto esecutivo cantierabile per la realizzazione complessiva dell'area, da predisporre a cura e spese dell'aggiudicatario, sulla base dei requisiti minimi indicati nella normativa di riferimento, siccome precisata nel progetto preliminare approvato con precedente delibera giuntale, da intendersi come documento progettuale guida vincolante, e che tale progetto esecutivo avrebbe dovuto ottenere l'approvazione degli enti competenti a cura e spese del soggetto offerente. La Relazione allegata al progetto preliminare allegato al bando di gara indicava che l'intervento ricadeva in aree a pericolosità da frana elevata (P3) e rischio da frana medio (R2) e che, pertanto, il progetto definitivo doveva essere sottoposto al parere dell'Autorità di Bacino competente, unitamente alla documentazione e allo studio di compatibilità previsto nelle norme tecniche attuative allegate al Piano stralcio assetto idrogeologico-PSAI.

1.1. Con determinazione n. 165 del 1° dicembre 2014 venivano approvate le risultanze di gara, per effetto delle quali con provvedimento n. 7790 del 2 dicembre 2014 la ditta Veltri Daniele veniva dichiarata aggiudicataria definitiva.

1.2. Con nota acquisita al n. 3976 del 17 giugno 2015, l'aggiudicataria comunicava, quanto al parere dell'Autorità di Bacino regionale Campania Sud, di aver prodotto lo studio di compatibilità idrogeologica in ottemperanza alle norme di attuazione e prescrizioni del Piano stralcio dell'Autorità di Bacino regionale Sinistra Sele (ricadendo il sito in progetto in un'area perimetrata come a "Pericolosità da frana Elevata (P3)" e a "Rischio da frana Medio (R2)") e che, all'esito della riunione preliminare svoltasi con la detta Autorità, era emerso che la realizzazione del distributore di carburanti di pubblica utilità nel contesto geomorfologico del versante comportava un aumento del Rischio da frana, da "medio" a "elevato", il che richiedeva un'integrazione allo studio geologico già svolto al fine di procedere a una declassificazione/riperimetrazione dell'area secondo le modalità riportate nelle NTA della stessa Autorità di Bacino. L'aggiudicataria al riguardo, pur evidenziando che tale integrazione avrebbe comportato un aggravio delle spese da sostenere e l'allungamento della tempistica di approvazione, assicurava il sollecito inoltro del predetto studio per poter procedere alla declassificazione/riperimetrazione dell'area.

1.3. Il 6 ottobre 2016 il Comune di Torre Orsaia inviava all'aggiudicataria il "preavviso di parere negativo al rilascio della concessione definitiva dell'area", ai sensi dell'art. 10-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, motivandolo in relazione al preavviso di diniego del nulla osta sul progetto predisposto dalla ditta da emettersi dal Comando Provinciale dei VV.FF. di Salerno, di cui alla nota dello stesso Comando 19 agosto 2015 e al parere negativo di cui alla comunicazione n. 680 del 29

gennaio 2016 adottata dall'Autorità di Bacino all'esito dell'esame dello stesso progetto e dell'allegato studio di compatibilità idrogeologica.

2. Con successiva determinazione n. 41 del 27 marzo 2017 il Comune di Torre Orsaia ha revocato l'aggiudicazione definitiva di cui sopra, in considerazione degli elementi ostativi alla realizzazione del progetto esecutivo evidenziati sia dall'Autorità di Bacino Campania Sud che dal Comando provinciale dei Vigili del fuoco di Salerno.

3. La ditta Veltri Daniele ha impugnato il predetto provvedimento di revoca chiedendone l'annullamento al Tribunale amministrativo regionale della Campania, sezione staccata di Salerno, per violazione dell'art. 21-*quinquies* della l. 7 agosto 1990, n. 241; ha altresì chiesto la condanna del Comune al pagamento dell'indennizzo previsto dalla stessa disposizione e del risarcimento dei danni subiti a titolo di responsabilità precontrattuale.

4. Con sentenza 26 ottobre 2017, n. 1547, l'adito Tribunale:

- ha respinto la domanda demolitoria, previa riqualificazione dell'atto di autotutela impugnato, ritenuto non un provvedimento di revoca o di decadenza della concessione per fatto imputabile al privato, bensì una mera presa d'atto di *“un vizio genetico del provvedimento di concessione, frutto di una difettosa valutazione della situazione esistente”*, emergendo in maniera definitiva dal parere dell'Autorità di Bacino, senza margini di discrezionalità, né di possibile adeguamento delle previsioni progettuali alle norme di tutela, *“che il proposto intervento non rientra tra quelli consentiti dal PSAI in aree caratterizzate dal grado di Pericolosità (Elevata P3) che connota quella oggetto di concessione”*, di talchè *“l'Amministrazione non avrebbe potuto far altro che porre nel nulla gli effetti della concessione inutilmente rilasciata”*;

- ha escluso la spettanza dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990, stante la non sussumibilità della vicenda nella relativa fattispecie normativa;

- ha ritenuto sussistente piuttosto la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c. per violazione dei principi di correttezza e buona fede nella fase precedente l'aggiudicazione e, segnatamente, per aver sollecitato la partecipazione dei privati a una procedura di selezione, ignorando i preesistenti vincoli che rendevano impossibile la realizzazione del progetto, pur conosciuti, in quanto risultanti dal PSAI; in particolare il tribunale ha osservato che dalla sopra richiamata Relazione poteva dedursi soltanto *“l'eventualità che il progetto dovesse essere adeguato e riformulato secondo le indicazioni dell'Autorità di Bacino, non già che ci fosse la possibilità di una totale irrealizzabilità dello stesso (che avrebbe determinato un'alea ingiustificata a carico del contraente privato, a meno di prevedere espressamente una fase prodromica di studio, autonomamente regolata sotto il profilo economico)”*.

- ha ragguagliato il risarcimento del danno spettante a tale titolo alle spese inutilmente sostenute in connessione con il rapporto concessorio, come documentate dall'interessata, per un totale di euro 13.544,56, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali;

- ha compensato tra le parti le spese di lite, salvo il rimborso al ricorrente, a carico del Comune di Torre Orsaia, del contributo unificato versato.

5. Il Comune di Torre Orsaia ha appellato la predetta sentenza, contestando la correttezza della tesi secondo cui l'atto impugnato si fonderebbe su un vizio genetico del provvedimento di concessione ed insistendo pertanto sulla qualificazione dello stesso quale revoca del provvedimento di aggiudicazione definitiva per gravi inadempienze della ditta aggiudicataria, che, a distanza di oltre

due anni dall'espletamento della gara, non aveva ancora acquisito i necessari nulla osta per la cantierabilità dell'opera.

A sostegno della propria ricostruzione giuridica l'appellante ha evidenziato come gli atti di gara avessero espressamente indicato che l'intervento ricadeva in aree a pericolosità da frana elevata (P3) e rischio da frana medio (R2) e che, pertanto, il progetto definitivo doveva essere sottoposto al parere dell'Autorità di Bacino competente, unitamente alla documentazione e allo studio di compatibilità previsto nelle NTA allegato al PSAI, circostanze di cui i concorrenti alla gara e quindi anche la stessa ditta aggiudicataria erano ben consapevoli; tanto più che proprio l'aggiudicataria, a seguito di una riunione preliminare tenuta con i responsabili dell'Autorità di Bacino, aveva trasmesso all'ente una nota (n. 3976 del 17 giugno 2015) con la quale comunicava che, al fine di ottenere la richiesta autorizzazione, avrebbe dovuto procedere ad una declassificazione/riperimetrazione dell'area e che nelle settimane successive sarebbe stata ultimata l'integrazione dello Studio geologico già svolto, propedeutica a tale adempimento.

Proprio tale nota ed il fatto che l'area interessata dall'intervento (ricadente in Zona 2) non era gravata da vincolo di assoluta inedificabilità, dimostrava, ad avviso dell'amministrazione, per un verso, l'insussistenza del rilevato vizio genetico della concessione (su cui il tribunale aveva fondato il proprio convincimento) e, per altro verso, che, se la ditta avesse adempiuto a quanto richiesto dall'Autorità di Bacino, sarebbe stato sicuramente rilasciato il parere positivo; inoltre, sempre secondo l'amministrazione appellante, il preavviso di diniego di nulla osta adottato dal Comando Provinciale dei Vigili del fuoco di Salerno risultava motivato da carenze progettuali ed era quindi fondato su cause imputabili esclusivamente alla ditta aggiudicataria.

6. Si è costituita in resistenza la ditta Veltri Daniele, che, riepilogata la vicenda oggetto di controversia e illustrata la correttezza delle argomentazioni contenute nella sentenza appellata, ha domandato il rigetto dell'appello.

7. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 21 giugno 2018.

DIRITTO

1. Pacifici essendo i fatti di causa, così come sopra sintetizzati, la Sezione è dell'avviso che l'appello sia infondato e debba essere respinto, non meritando la sentenza impugnata le critiche che le sono state rivolte.

2. L'amministrazione appellante sostiene che il giudice di prime cure avrebbe inopinatamente individuato a fondamento del provvedimento impugnato un vizio genetico del provvedimento di concessione, laddove invece si sarebbe trattato di una revoca dell'originario provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per gravi inadempienze imputabili esclusivamente alla ditta aggiudicataria.

Senonché ad avviso della Sezione di tali asserite gravi inadempienze, imputabile esclusivamente alla ditta aggiudicataria, l'amministrazione non fornisce alcuna prova e neppure plausibili elementi indiziari.

2.1. Se è vero, infatti, che gli atti di gara avevano espressamente indicato che l'intervento ricadeva in area a pericolosità da frana elevata (P3) e rischio da frana medio (R2) e che, pertanto, l'aggiudicataria era ben consapevole che il progetto definitivo doveva essere sottoposto al parere dell'Autorità di Bacino competente, unitamente alla documentazione e allo studio di compatibilità previsto nelle NTA allegato al PSAI, è altresì vero che la ditta aggiudicataria ha adempiuto a tali

obblighi, sottoponendo il progetto esecutivo dell'intervento e il sottostante studio di compatibilità idrogeologica, all'Autorità di Bacino, che lo ha respinto con motivazioni attinenti non tanto alla specifica scelta progettuale prospettata dalla predetta aggiudicataria (la quale del resto non poteva non tener conto del progetto preliminare, approvato con delibera di Giunta Comunale n. 17/2014, menzionato nell'art. 1 del disciplinare di gara, quale documento progettuale guida vincolante), quanto piuttosto alla determinazione in sé di allocare l'impianto di distribuzione di carburanti nell'area prescelta dall'amministrazione.

Ciò emerge inconfutabilmente dalle motivazioni rese dall'Autorità con la richiamata nota n. 680 del 29 gennaio 2016, secondo cui *“il proposto intervento interessa un'area individuata dal vigente Piano Stralcio per l'Assetto Idrogeologico (PSAI) del territorio di competenza dell'ex Autorità di Bacino Sx Sele, a rischio di Pericolosità da Dissesto di Versante, rispettivamente del tipo Medio (R2) ed Elevata (P1) e caratterizzata dalla presenza di una fenomenologia franosa del tipo Colata Lenta Attiva”*; *“quanto proposto in progetto non risulta compatibile con le disposizioni normative di cui al detto PSAI, in quanto l'intervento a farsi non rientra tra quelli consentiti in aree caratterizzate da un simile grado di pericolosità. A ciò si aggiunga allo stato a detta area è assegnato dal vigente PSAI un Danno Moderato D1, trattandosi di Area Agricola e quindi un Rischio Medio R2, ma, in considerazione dell'effettiva destinazione d'uso della stessa (Zona D2 – Distributore di carburante) il relativo danno deve valutarsi in Medio – Elevato D4; per cui stante la condizione di Pericolosità Elevata P3, a detto danno D4, corrisponde un Rischio Molto Elevato R4”*.

Non trova plausibile riscontro perciò la tesi dell'amministrazione comunale secondo cui eventuali correttivi al progetto proposto dall'aggiudicataria, in particolare all'esito di un più approfondito studio della situazione dell'area, avrebbero potuto condurre ad una valutazione favorevole dell'intervento da realizzare, sotto il profilo della sua compatibilità con le peculiari caratteristiche dell'area.

L'Autorità di bacino sostiene, infatti, con ogni chiarezza, che, per le motivazioni ivi espresse, *“l'intervento a farsi non rientra tra quelli consentiti in aree caratterizzate da un simile grado di pericolosità”*.

2.2. Ne deriva che nessuna inadempienza può al riguardo essere imputata alla ditta aggiudicataria, e meno che mai quella, indicata dall'amministrazione appellante, di non aver provveduto alla classificazione/riperimetrazione dell'area, che la stessa impresa si era impegnata a effettuare con la nota n. 3976 del 17 giugno 2015 indirizzata al Comune di Torre Orsaia.

Del resto, esponendo tale argomentazione l'amministrazione non si avvede di aver essa stessa comprovato, nel “preavviso di parere negativo al rilascio della concessione definitiva dell'area” di cui alla nota del 6 ottobre 2016, il fatto che l'impresa aveva predisposto, precedentemente al parere definitivo negativo reso dall'Autorità con atto n. 680 del 29 gennaio 2016, l'integrazione dello studio geologico finalizzato alla predetta classificazione/riperimetrazione: aveva affermato l'ente in quella comunicazione che *“Con nota del 20.01.2016 - Prot. N. 431, a seguito di richiesta fatta direttamente alla S.V., questo Servizio trasmetteva all'Autorità di Bacino di Salerno lo Studio integrativo di compatibilità idrogeologica dell'area interessata dall'intervento, che la S.V. aveva fatto predisporre e trasmesso in data 30.12.2015”*.

Di talchè, tenuto conto che la trasmissione di tale atto integrativo non ha minimamente influito sul parere negativo espresso dall'Autorità di bacino, nei termini assoluti contrari all'intervento sopra esposti, deve affermarsi che l'arresto dell'intervento non è dipeso dalle modalità con cui l'impresa ha coltivato il segmento procedimentale di competenza della stessa Autorità.

2.3. Ad analoghe conclusioni deve giungersi quanto al preavviso di parere negativo espresso dal Comando provinciale dei Vigili del fuoco di Salerno con atto 19 agosto 2015.

L'amministrazione appellante segnala che tale preavviso stigmatizza, a carico dell'impresa, il fatto che *“Non è stata effettuata la valutazione del rischio esplosione”* e che *“La relazione per larghi tratti è del tipo prescrittivo e non descrittivo”*.

Così facendo, però, l'amministrazione dimentica di valutare che lo stesso preavviso contiene un'altra motivazione, che, precedendo quelle appena sopra indicate (cosa che ne riflette, sia sotto il profilo logico che giuridico, la rilevanza sostanziale, resa peraltro già evidente dalla consistenza dell'argomentazione), dà atto che la relazione tecnica espone che l'area interessata dall'intervento ricade in zona a pericolosità da frana elevata (P3) e rischio da frana medio (P2), e conclude ritenendo che *“per le ovvie conseguenze in termini di sicurezza in caso di evento franoso, l'area non [è] idonea all'installazione dell'attività in questione”*.

Anche in tal caso, pertanto, il parere negativo coinvolge direttamente, a monte, la stessa scelta di localizzazione dell'impianto, senza riferirsi a particolari inadempimenti dell'aggiudicataria, se non nei limiti di carenze progettuali marginali, che, anche laddove integrate, avrebbero lasciato inalterato il contesto di pericolo correlato alla localizzazione stessa.

2.4. Sulla scorta dei ricordati pareri emerge in definitiva l'incompatibilità di fondo dell'intervento posto a gara con l'area individuata dall'Amministrazione, con la conseguenza che l'aggiudicataria non avrebbe potuto superare gli avvisi negativi sopra considerati mediante una più diligente e tempestiva predisposizione degli atti progettuali da sottoporre all'approvazione degli enti preposti alla sicurezza dell'area.

Né rileva la circostanza, pure segnalata dall'amministrazione appellante, che l'area interessata dall'intervento, ricadente in Zona 2, non è gravata da vincolo di assoluta inedificabilità, giacché tale elemento non può certo ridondare nella prova dell'idoneità dell'area di cui trattasi a ospitare un impianto di distribuzione di carburanti, cosa che risulta contrario a tutte le evidenze *per tabulas* sin qui considerate

2.5. Non è dunque apprezzabile l'errore in cui, secondo la prospettazione dell'appellante, sarebbe incorsa la sentenza gravata nell'accertare a carico del provvedimento di concessione la sussistenza del vizio genetico discendente da una difettosa valutazione della situazione dell'area, quale presupposto della responsabilità precontrattuale riconosciuta in capo all'amministrazione comunale, nei limiti dell'interesse negativo dell'impresa a non essere lesa nell'esercizio della sua libertà negoziale, per aver sollecitato la partecipazione del privato a una procedura di selezione, ignorando i preesistenti vincoli, risultanti dal PSAI, che rendevano impossibile la realizzazione del progetto.

Ciò in quanto, in linea generale, vengono ormai in rilievo nell'agire pubblico, prima e a prescindere dall'aggiudicazione, e senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara, le clausole di correttezza e buona fede di cui all'art. dell'art. 1337 c.c., oggetto di rilettura e rivisitazione quali manifestazioni del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione (*ex multis*, Cass. civ., I, 12 luglio 2016, n. 14188), con la conseguente possibilità di individuare un comportamento illecito dell'organo pubblico nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento, in correlazione con l'affidamento incolpevole del privato in ordine alla positiva conclusione del procedimento pubblico: ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale, tant'è che, secondo un consolidato

orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).

La giurisprudenza ha, infatti, in più occasioni affermato che, anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit.; Cons. Stato, VI, 6 febbraio 2013, n. 633; IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., SS.UU. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., I, 12 maggio 2015, n. 9636; 3 luglio 2014, n. 15250).

3. Sulla base della considerazioni svolte consegue il rigetto dell'appello.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti, in considerazione della peculiarità della vicenda controversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli