

N. 04017/2012 REG.PROV.COLL.
N. 03962/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3962 del 2009, proposto da: Coop. Mi.Ru.-Impresa Edile Stradale, in proprio e quale mandataria capogruppo dell'ATI costituita con Bugli Carlo Srl, Tedesco Srl, Te.M.A.S. Srl, in persona dell'amministratore e legale rappresentante p.t. ing. Massimo Russo rappresentati e difesi dagli avv. Antonio Palma, Simona Scatola, e Francesco Rinaldi, con domicilio eletto presso Antonio Palma in Napoli, via G.Le Orsini, 30;

contro

Comune di Carinola in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Bruno Giannico, con domicilio eletto presso G. Mallardo in Napoli, piazza Garibaldi N.136;

per il risarcimento del danno derivante dalla revoca dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto per l'affidamento dei lavori di recupero, restauro conservativo e rifunzionalizzazione dell'episcopio di ventaroli.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Carinola in Persona

del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 il dott. Renata

Emma Ianigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n. 3962/2009 la coop. MI.RU., impresa edile stradale, in proprio e quale mandataria capogruppo dell'ATI costituita con Bugli Carlo Srl, Tedesco Srl, Te.M.A.S. Srl, premesso di essere risultata aggiudicataria in via definitiva con determina n. 69 del 30.11.2002 della gara dell'importo di euro 1.062.661,85, indetta dal Comune di Carinola per l'affidamento dei lavori di recupero, restauro conservativo e rifunzionalizzazione dell'episcopio di Ventaroli, esponeva che, con ricorso iscritto al n. 8262/2006, la predetta aggiudicazione era stata impugnata innanzi a questo Tribunale dalla s.r.l. Modugno, Ro.Ma. Service s.r.l. , Eurogiardinaggio Nicola Maisto s.r.l. costituite in ATI e risultate escluse.

Aggiungeva che la Sezione respingeva l'istanza cautelare con ordinanza n. 158 del 15.01.2007,, che la predetta ordinanza veniva riformata dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 853 del 13.02.2007. Successivamente, con sentenza n. 6857 del 20.07.2007 la Sezione respingeva il ricorso n. 8262/2006, e il Consiglio di Stato con sentenza n.6057 dell'11.03.2008 accoglieva l'appello. Il Comune, preso atto della pronuncia del C.d.S., con determinazione n. 37 dell'8.05.2008 disponeva la revoca dell'aggiudicazione definitiva della gara in suo favore e degli atti consequenziali tra cui il verbale di aggiudicazione e di consegna dei lavori.

Ciò posto, instava per il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della lesione della tutela dell'affidamento in buona fede ingenerato dall'aggiudicazione dell'appalto successivamente annullata in sede

giurisdizionale.

Precisava che la tutela dell'affidamento del privato rappresenta un principio generale dell'ordinamento applicabile all'azione amministrativa, specialmente laddove investa la legittimità del suo operato, come nella specie ove la presentazione dell'offerta, accettata dall'amministrazione ed approvata in sede di gara, ha determinato in capo all'aggiudicataria il sorgere di un legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto, nonché qualora la condotta dell'amministrazione sia stata connotata da negligenza per la redazione di un bando ambiguo ed equivoco come accertato dal Consiglio di Stato nella sentenza di annullamento della gara n. 6057/2008.

A titolo di danno emergente esponeva di aver ricevuto la consegna dei lavori in data 30.11.2006, di aver intrapreso i lavori in data 11.12.2006, e di aver dovuto sostenere il pagamento degli oneri e spese contrattuali pur in assenza di stipula del contratto e precisamente: diritti di segreteria, versamento alla tesoreria, tassa di registrazione F23, marche da bollo, costi per la stipula dell'atto notarile di costituzione in ATI, costi per la stipula della polizza fideiussoria definitiva, polizza CAR e garanzie RCT, contratti di fornitura dei materiali necessari per le lavorazioni iniziali, pagamento della fattura Tedesco impresa associata in ATI e partecipante come mandataria per la quota dell'1%, costi per il noleggio dei mezzi necessari per l'esecuzione dei lavori già eseguiti al 31.01.2007, costi per materiali inerti per stesura superfici nel cantiere, mancato pagamento dei lavori effettuati. per euro complessivi 74.596,66,

Instava altresì per il riconoscimento dell'indennizzo per mancato utile nella percentuale del 10% nella misura di complessivi euro 84.103,94.

Allegava quindi una relazione tecnica quantificando i danni in complessivi euro 300.000,00 e chiedeva la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni così quantificati o nella maggiore o minor somma

ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione, con ogni conseguenza in ordine alle spese di giudizio.

Il Comune di Carinola si costituiva per resistere al ricorso chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza di discussione del 19.06.2012 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. La domanda in esame ha ad oggetto il ristoro della lesione della posizione soggettiva inerente l'affidamento ingenerato nel privato circa l'osservanza da parte della pubblica amministrazione del dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza durante le trattative. Tale questione rientra pacificamente nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo come delineata dall'art. 6 della legge n. 205/2000 e poi definitivamente disciplinata dagli artt. 7 comma 5 e 133 comma 1 lett.e) sub 1) c.p.a., con esplicito riferimento alle controversie nelle quali si faccia questione, anche a fini risarcitori, di diritti soggettivi.

Quanto alla tutelabilità della pretesa ai fini risarcitori, in presenza di un legittimo atto di autotutela, quale, nella specie, la revoca di un'aggiudicazione annullata in via giurisdizionale, costituisce *ius receptum*, il principio secondo cui la legittimità dell'atto di revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento dell'Amministrazione, con riguardo al rispetto dei canoni di buona fede e correttezza (da intendersi in senso oggettivo), nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica preordinato alla selezione del contraente.

La responsabilità precontrattuale per la revoca della gara può infatti sempre ritenersi configurabile, quando il fine pubblico venga attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà, sicché anche dalla revoca legittima degli atti di gara può scaturire l'obbligo di risarcire il danno, nel caso di affidamento suscitato da un comportamento contrario ai

canoni comportamentali legalmente sanciti.

L'ordinamento, infatti, apprezza con favore il ripristino della legalità attraverso il riconoscimento dell'esercizio dei poteri di autotutela dell'Amministrazione, ma riconosce comunque che, dopo una "legittima" revoca dell'aggiudicazione, possa residuare spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa. (in tal senso la più recente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005 n. 6; Id., sez. V, 30 novembre 2007 n. 6137; Id., sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; Id. sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245; Id., sez. VI, 12 luglio 2011 n. 4196; TAR Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006 n. 1794; TAR Lazio, sez. II-quater, 2 aprile 2010 n. 5621; TAR Puglia, Bari, sez. I, 14 settembre 2010 n. 3459; Id., sez. I, 12 gennaio 2011 n. 20).

A ben vedere, gli atti che compongono la fase procedimentale dell'evidenza pubblica in quanto prodromici alla stipula del contratto sono configurabili anche quali atti di trattativa e formazione negoziale rilevanti ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Per tale ragione, ad avviso del Collegio, il rimedio di cui all'art. 1337 c.c. può validamente esperirsi anche per gli atti ed i comportamenti che integrino violazione del dovere di buona fede e correttezza delle trattative nella fase che precede la fase dell'aggiudicazione come peraltro già riconosciuto dalla giurisprudenza.(c.f.r. tra le altre C.d.S. sez. VI 5002/2011; C.d.S. sez. VI 4921/2011; C.d.S. sez. V 6264/2008; Tar. Lazio Roma n.7651/2010; T.a.r. Potenza n. 387/2011).

Venendo, ora, a scrutinare l'an dell'invocato danno risarcibile, non rileva, innanzitutto, l'elemento psicologico del lamentato illecito precontrattuale.

In questo senso, la Corte di giustizia UE (sez. III) ha reputato incompatibile con l'ordinamento comunitario la normativa nazionale, la

quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (sent. 30 settembre 2010, C-314/09). Essa ha, dunque, configurato in modo marcatamente oggettivo la responsabilità dell'amministrazione nel particolare settore degli appalti pubblici, connotato dalla funzione riparatorio-compensativa della tutela risarcitoria per equivalente, con cui surrogare integralmente, in presenza dei medesimi e soli presupposti di illegittimità, quella in forma specifica, rivolta al conseguimento del bene della vita ambito (aggiudicazione), nonché connotato dalla sostanziale completezza, autoconclusività e puntualità della relativa disciplina, la cui inosservanza risulta, di per sé, presuntiva di colpa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 483/2012).

2.1 Perché sussista una tale responsabilità per “culpa in contrahendo” a carico della pubblica amministrazione, occorre però, da un lato, che il comportamento tenuto dalla P.A. risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del cod. civ., dall'altro, che lo stesso comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro.

L'obbligo di correttezza e buona fede nelle trattative va inteso in senso “oggettivo”, nel senso che non si richiede un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che senza giustificato motivo ha eluso le aspettative della controparte.

La fattispecie in esame configurabile quale ipotesi di recesso dalle trattative

può costituire fonte di responsabilità per il contraente qualora il recesso sia da ricondurre a condizioni ostative o circostanze impeditive note e/o conoscibili dalla parte evocata in giudizio, secondo l'ordinaria diligenza.

Nel caso della responsabilità precontrattuale, la colpa va individuata "in re ipsa" quale violazione di legge consistente nella regola che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle trattative. Al riguardo si è difatti chiarito che: "in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi come nel caso di responsabilità da contatto sociale, in una delle ipotesi di cui all'art. 1173 c.c." (cfr Cass. Civ. sez. I , n. 27648 del 20.12.2011).

3. Nel caso in esame, la responsabilità aquiliana ed il danno per culpa in contrahendo conseguenti all'interruzione del procedimento ad evidenza pubblica devono essere ricollegati alla colpevole negligenza nella stesura del bando di gara da parte della stazione appaltante, come definitivamente accertata dalla sentenza n. 6057 dell'11.03.2008 con cui il Consiglio di Stato, in accoglimento dell'appello interposto dalla Vincenzo Modugno s.r.l., Ro.Ma. Service s.r.l., Eurogiardinaggio Nicola Maisto s.r.l. riformava la sentenza n.6857/2007, riconoscendo l'illegittimità della gravata esclusione motivata dalla stazione appaltante poiché le attestazioni della ricognizione dei luoghi e della previa visione degli atti e dei documenti di gara erano stati prodotti dalla sola capogruppo non anche dalle mandanti in assenza di un mandato ad hoc.

Come evincesi dalla motivazione della sentenza del Consiglio di Stato allegata in atti, le prescrizioni di gara sono state ritenute ambigue e plurivoche laddove, per il caso di imprese associate, regolavano l'esecuzione del sopralluogo e la presa visione degli atti di gara. Il Consiglio di Stato ha

al riguardo ritenuto che il bando era privo di una prescrizione che imponeva a ciascuna impresa da associare la presentazione di singole attestazioni relative alla presa visione dei luoghi, dei documenti e degli elaborati progettuali, e su tale rilievo, stante il principio della massima partecipazione cui deve ispirarsi la interpretazione delle regole del bando, ha accolto l'appello annullando l'impugnata esclusione.

Il dispositivo della predetta pronuncia è stato depositato in data 14.03.2008, ed il Comune di Carinola, con determina n. 37 dell'8.05.2008, vista la nota prot. 3075 del 21.03.2008 con cui il legale dell'ente consigliava di dare seguito alla procedura previa riammissione della costituenda Ati esclusa, revocava la determinazione n. 69 del 30.11.2006 di approvazione degli atti di gara, ed il verbale del 23.11.2006 di consegna dei lavori sotto riserva di legge, e stabiliva che con successiva comunicazione il Presidente di gara avrebbe provveduto a riconvocare la Commissione di gara.

4.1 Ciò posto, la scarsa chiarezza delle clausole del bando costituisce nella specie circostanza giudizialmente accertata e sotto il profilo causale, quale atto presupposto e prodromico all'espletamento della successiva gara, ha esplicato efficacia determinante sulla caducazione in via consequenziale dell'aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente restata travolta per invalidità derivata.

La condotta dell'amministrazione costituisce violazione del canone di correttezza comportamentale nella predisposizione di una *lex specialis* rivelatasi di contenuto ambiguo e "plurivoco" come sottolineato dal Consiglio di Stato, così ingenerando nella ricorrente il legittimo affidamento sul buon esito della procedura che di lì a poco sarebbe culminata nella stipula del contratto.

L'erronea formulazione delle regole del bando integra quindi violazione del dovere di correttezza e buona fede dell'amministrazione in quanto espressione di superficialità, scarsa perizia e competenza nella

predisposizione della normativa di gara.

In conclusione, l'inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e di buona fede ha cagionato l'ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nella ricorrente quale aggiudicataria della gara annullata in via giurisdizionale, così integrando una responsabilità di tipo precontrattuale.

5. In ordine alla quantificazione del danno, nel caso della responsabilità precontrattuale il risarcimento, come noto, riguarda il solo interesse negativo, ossia le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata. (C.d.S. sez. IV, 7.07.2008 n. 3380).

La prova di tali danni spetta alla parte lesa, in linea con l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana (C.d.S., sez. V, n. 5574/2008).

Ai fini della prova del danno, l'istante deve assolvere l'obbligo di allegare e provare i fatti posti a fondamento della domanda, dovendo escludersi la liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c. che presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare del pregiudizio subito. La giurisprudenza ha peraltro sottolineato nella materia de qua l'importanza dell'assolvimento dell'onere allegatorio: "atteso che il diritto entra nel processo attraverso le prove ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati. Ove anche possa ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise." (C.d.S. sez. V, n. 2967/2008).

5.1 In particolare, rispetto alle voci di danno analiticamente elencate alle pagg. 9 e 10 del ricorso, vanno liquidate solo quelle che trovano riscontro in precisi elementi probatori, desumibili dagli atti acquisiti al giudizio. Dalla

documentazione in atti risulta comprovato il pregiudizio patrimoniale dedotto limitatamente alle spese sostenute per la consegna anticipata dei lavori in data 30.11.2006 poi sospesi il 30.01.2007 per effetto del decreto del 22.01.2007 con cui il Presidente della V sez. del Consiglio di Stato accoglieva l'istanza cautelare dell'Ati Modugno risultata illegittimamente esclusa.

Agli atti il pregiudizio economico risulta difatti documentato attraverso la produzione delle fatture intestate alla ricorrente e precisamente la fattura (con relativo assegno bancario) n. 48 del 5.12.2006 dell'importo di euro 11.996,88 (undicimilanovecentonovantasei/88) rilasciata dalla s.r.l. Tedesco per i lavori oggetto di gara, le fatture n.n. 7 del 28.02.2007 dell'importo di euro 6.663,60 (seimilaseicentosessantatre/60) e n. 56 del 29.12.2006 dell'importo di euro 12.780,00 (dodicimilasettecentottanta), nonché il costo di euro 1.600 (milleseicento) sostenuto in data 27.12.2006 quale premio per la polizza assicurativa n.ro E40603304 stipulata con la Fondiaria Sai, ed euro 400 (quattrocento) quale premio netto per la stipula della polizza fideiussoria.

A tali costi dell'importo di complessive euro 33.440,48 (trentatremilaquattrocentoquaranta/48) sono da aggiungere le ulteriori somme da rimborsare come risultanti dalla lettera di trasmissione in atti prot. 12328 del 27.12.2006 inviata dalla ricorrente al Comune di Carinola ed avente ad oggetto l'erogazione della cauzione di euro 99.874,00 (novantanovemilaottocentosettantaquattro), il pagamento della somma di euro 2.844,73, il versamento di euro 172,00 mediante F23 per la tassa di registrazione, l'importo di 175,44 per le dodici marche da bollo di euro 14,62 cadauna.

Ciò premesso, ai fini della liquidazione del danno, ritiene il Collegio che nella specie debba farsi applicazione del disposto di cui all'art. 34 comma 4 c.p.a. che consente al giudice, in caso di condanna pecuniaria, di stabilire i

criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine.

Nella specie l'amministrazione comunale di Carinola, avuto riguardo alle fatture esibite in giudizio, avrà cura di riscontrare le prestazioni di cui ha usufruito la ricorrente per la consegna anticipata dei lavori con la documentazione prodotta agli atti di gara, nonché di verificare la rispondenza degli importi oggetto di esborso da parte della ricorrente a tale titolo con le scritture contabili in possesso della medesima che la stessa avrà cura di allegare. L'amministrazione provvederà a proporre il pagamento della somma così quantificata entro il termine di giorni novanta a decorrere dalla comunicazione della presente decisione. Sulla somma calcolata in base a quanto innanzi, compete, inoltre, la rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dalla data della domanda, coincidente con la notifica del ricorso, e fino alla data di deposito della presente decisione (momento in cui il debito di valore si trasforma in debito di valuta per effetto della liquidazione giudiziale). Sulla somma così rivalutata non devono aggiungersi gli interessi nella misura legale con pari termini iniziale e finale, poiché altrimenti si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore una ingiusta locupletazione del danno, ossia più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto (cfr. Cons. Stato sez.V 30.07.2008 n.3806; Cons. Giust. Reg. Sicilia, 22 aprile 2005 n. 276, nonché Cons. St., Sez. IV, 28 aprile 2006 n. 2408, richiamata dall'appellante, e da ultimo 22 marzo 2007 n. 1377). Vanno invece corrisposti gli interessi nella misura legale solo a decorrere dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo.

5.3 In relazione, invece, al lucro cessante ossia alla perdita di chances, la ricorrente non ha provato i danni che ritiene di avere subito quantificati nella misura di euro 70.000 (settantamila). Sul punto, è bene chiarire che, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, non può applicarsi in via

equitativa il metodo di determinazione del danno rappresentato dalla liquidazione forfettaria di una somma pari al 10% dell'ammontare dell'offerta. Tale metodo, infatti, è astrattamente utilizzabile, con i dovuti correttivi di natura equitativa, soltanto per la definizione delle misure risarcitorie da lesione dell'interesse positivo. Nella specie, come già sottolineato, l'unica voce di danno risarcibile è rappresentata dalle occasioni di lavoro perse a causa dell'impegno profuso nello svolgimento di trattative rilevatesi poi inutili. Ma tale voce di danno non è stata dimostrata. Sul punto la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che il danneggiato deve provare, sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, il nesso causale tra la condotta lesiva e il vantaggio alternativo perduto. Nella specie, la ricorrente non ha dimostrato la partecipazione ad altre procedure od il ritiro da esse per l'impegno da assumere con l'amministrazione comunale di Carinola (in questo senso C.d.S. n. 2680/1 2008, cit.). La ricorrente, infatti, si è limitata a dedurre genericamente la mancata partecipazione a procedure concorsuali genericamente indicate.

In definitiva per quanto sopra esposto il ricorso va accolto per quanto di ragione con condanna dell'amministrazione al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento del danno.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per quanto di ragione, e per l'effetto condanna il Comune di Carinola al risarcimento del danno precontrattuale cagionato alla parte ricorrente, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune medesimo al pagamento delle spese processuali nella

misura di euro 3500,00 (tremilacinquecento/00) in favore della parte
ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012
con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/10/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)