

N. 01335/2014REG.PROV.COLL.  
N. 03741/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3741 del 2013, proposto da:  
Edilcostruzioni s.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria del  
raggruppamento di imprese costituito con Tema e Calora,  
rappresentati e difesi dall'avvocato Pietro Quinto, con domicilio  
eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

Terme di Santa Cesarea s.p.a., in persona del legale rappresentante,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesto Sticchi Damiani, con  
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, V. Bocca di Leone 78  
(St. Bdl);

***per la riforma***

della sentenza del Consiglio di Stato 1° febbraio 2013, n. 633.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Terme di Santa Cesarea s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2014 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Quinto e Sticchi Damiani.

#### FATTO e DIRITTO

1.— Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, la Terme di Santa Cesarea s.p.a. ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento, secondo il criterio del prezzo più basso, dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione, per un importo complessivo di € 10.838.139,18, del Nuovo Complesso Termale di Santa Cesarea Terme, già concesso in godimento gratuito alla Società da parte del proprietario Comune di Santa Cesarea con contratto del 26 agosto 2005.

Le risorse utilizzate ai fini dell'appalto in questione derivavano dalle agevolazioni finanziarie concesse alla Terme di Santa Cesarea s.p.a. da parte del Ministero delle attività produttive nell'ambito di un procedimento di programmazione negoziata conclusosi con la stipulazione di un contratto di programma in data 27 marzo 2006.

2.— All'esito di un contenzioso giudiziario (iniziato in seguito al ricorso giurisdizionale proposta da uno dei partecipanti contro la sua esclusione dalla procedura), la gara in questione veniva aggiudicata

all'a.t.i. Edilcostruzioni (composta dalla società Edilcostruzioni, come mandataria capogruppo, e dalle società Tema s.r.l. e Calora s.r.l., come società mandanti).

3.– In data 1° agosto 2007, nelle more del giudizio amministrativo che ha interessato la gara in questione, la procura della Repubblica presso il Tribunale di Lecce ha disposto il sequestro dell'immobile da riqualificare (immobile poi dissequestrato con provvedimento del 18 settembre 2007).

4.– Con successivo provvedimento del 7 aprile 2008, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lecce – nell'ambito dell'indagine avente ad oggetto la sussistenza di eventuali illeciti che si presumevano consumati in occasione della richiesta da parte della società Terme di Santa Cesarea delle agevolazioni finanziarie utilizzate per l'appalto in oggetto – adottava un nuovo decreto di sequestro probatorio sul predetto immobile.

Con determina n. 1850/08, il Ministero dello Sviluppo Economico sospendeva in via cautelare l'iter procedimentale relativo alle agevolazioni finanziarie richieste dalla Terme di Santa Cesarea s.p.a. Conseguentemente, in data 31 luglio 2008, il Consiglio di amministrazione della Terme di Santa Cesarea s.p.a., preso atto che per effetto del sequestro giudiziario del Nuovo Complesso Termale era stato impossibile dare esecuzione ai lavori di riqualificazione, ha deliberato di rinunciare all'investimento e di risolvere il contratto stipulato con il Comune di Santa Cesarea Terme avente ad oggetto la

concessione in godimento dell'immobile termale.

In conseguenza di ciò, il Ministero dello sviluppo economico ha presto atto della rinuncia della società all'investimento sull'immobile del Nuovo Centro Termale ed ha annunciato la formalizzazione di una richiesta di finanziamento al CIPE.

5.— Nella seduta del 20 novembre 2008, il Consiglio di Amministrazione della società Terme di Santa Cesarea, considerata la necessità e l'opportunità di procedere ad una rivalutazione dell'interesse della stessa alla realizzazione degli interventi oggetto della procedura di affidamento dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione del nuovo Complesso Termale, ha deliberato di avviare il procedimento di riesame in autotutela di tutti gli atti del procedimento concorsuale in questione.

Con provvedimento del Consiglio di Amministrazione del 13 febbraio 2009, la società Terme di Santa Cesarea deliberava di revocare «tutti gli atti e i provvedimenti del procedimento di gara relativo all'affidamento dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione indetto con delibera del Consiglio di amministrazione del 20 ottobre 2006 e bandito in data 2 / 5 gennaio 2007, a partire dalla delibera di indizione con riferimento a tutti gli atti successivi, incluso quello di aggiudicazione».

6.— Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede distaccata di Lecce, l'Ati Edilcostruzioni ha chiesto la condanna della società Terme di Santa Cesarea al

risarcimento del danno cagionato in conseguenza dell'intervenuta autotutela .

7.– La sentenza del Tribunale amministrativo regionale di Lecce ha accolto in parte il ricorso: riconosciuta la responsabilità precontrattuale della società Terme di Santa Cesarea per la violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto, il Tribunale amministrativo regionale ha risarcito il danno nei limiti dell'interesse negativo, riconoscendo, però, soltanto, alcune delle voci risarcitorie reclamate dalla ricorrente. In particolare, la sentenza di primo grado ha escluso il risarcimento del danno relativo alla perdita delle favorevoli occasioni contrattuali alternative.

Per quanto riguarda le spese sostenute per la partecipazione alla gara, il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto risarcibili solo le voci afferenti alla stretta partecipazione alla gara di appalto, con esclusione, quindi, dei danni dovuti al mantenimento della struttura aziendale e all'apprestamento del cantiere, in assenza della consegna dei lavori.

Ugualmente, la sentenza di primo grado ha escluso il risarcimento delle spese sostenute per la costituzione della cauzione provvisoria e definitiva per le quali, stante la mancata stipulazione del contratto, ha ritenuto presumibile la loro restituzione da parte della stazione appaltante.

Ancora, la sentenza di primo grado ha escluso il risarcimento delle

voci di spese connesse alla consegna dei lavori ovvero all'esecuzione dell'opera (come, ad esempio, le spese generali di sede ovvero quelle di cantiere).

E' stato, infine, non riconosciuto il risarcimento del c.d. danno curriculare.

8.– Per ottenere la riforma parziale di tale sentenza, relativamente al punto relativo alla quantificazione del danno, hanno proposto appello le tre società indicate in epigrafe, che hanno partecipato alla gara in questione sotto forma di a.t.i., con capogruppo mandataria la Edilcantieri s.r.l.

8.1.– La sentenza è stata impugnata, mediante appello incidentale tardivo, anche dalla Terme di Santa Cesarea s.p.a., che ha contestato l'*an* del risarcimento, criticando il punto della sentenza che riconosce la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

9.– Il Consiglio di Stato, con sentenza 1° febbraio 2013, n. 633, ha ritenuto non fondato l'appello incidentale inammissibile e comunque non fondato.

Nel caso di specie, infatti, il comportamento complessivo tenuto dalla stazione appaltante, poi sfociato nella revoca degli atti di gara, integra un illecito precontrattuale, perché si pone in contrasto con le regole di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 Cod.civ. riferite ad una pubblica amministrazione.

E' ormai consolidata la configurabilità di una responsabilità precontrattuale anche della pubblica amministrazione, perché anche

su di essa grava l'obbligo sancito dall'art. 1337 Cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative. In particolare, si è ritenuto che i fatti che hanno portato alla revoca dell'aggiudicazione sono riconducibili ad un comportamento non diligente della società Santa Cesarea Terme.

L'appello principale proposto dalle società Edilcostruzioni s.r.l., Tema s.r.l. e Carola s.u.r.l. è stato accolto parzialmente. In particolare, si è affermato che:

- a) le tre società hanno diritto al rimborso, a titolo di risarcimento del danno emergente, di tutte le spese vive sostenute per la partecipazione alla gara, nei limiti degli importi di cui riescano a dimostrarne l'avvenuto pagamento;
- b) le tre società hanno diritto al rimborso, a titolo di risarcimento del danno emergente, delle spese generali (costo del personale e costo della struttura) nella misura del 25% dell'importo sopra determinato al punto sub a);
- c) la Edilcostruzioni s.r.l. e la Tema s.r.l. hanno diritto al risarcimento, a titolo di lucro cessante per perdita della chance contrattuale alternativa, dell'ulteriore importo equitativamente determinato, rispettivamente, in € 80.000 e in € 125.000.

10.— La società Edil costruzioni s.r.l. ha proposto ricorso per ottemperanza.

Nel ricorso si afferma che, con nota del 15 febbraio 2013, la ricorrente ha chiesto alle Terme di Santa Teresa il pagamento

dell'importo liquidato in sentenza con riferimento alla perdita delle *chance* contrattuali alternative, riservandosi di trasmettere la documentazione per la determinazione delle ulteriori voci di danno. Tale richiesta, si sottolinea, è rimasta priva di riscontro.

Con successiva nota del 16 aprile 2013 la Edicostruzioni ha trasmesso la documentazione relativa alle spese sostenute per la partecipazione alla gara, pari ad euro 74.806,87.

La società ha dichiarato, con nota del 6 maggio 2013, di non essere intenzionata ad ottemperare alla sentenza in quanto la stessa è stata oggetto sia di ricorso per Cassazione sia per revocazione innanzi al Consiglio di Stato.

La società, ritenendo privo di giustificazione il mancato adempimento, e sul presupposto che l'art. 112 cod. proc. amm. prevede che l'azione di ottemperanza può essere proposta anche per conseguire l'attuazione delle sentenze esecutive del giudice amministrativo, ha chiesto la condanna della società inadempiente al pagamento: a) delle spese sostenute per la partecipazione alla gara nella misura dimostrata di euro 74.806,87; b) delle spese generali nella misura del 25% delle spese vive; c) dell'importo di euro 205.000,00 a titolo di lucro cessante per perdite di *chance* contrattuali alternative; d) oltre interessi e rivalutazione come determinati nella sentenza di primo grado e ammontanti, alla data del 31 marzo 2013, ad euro 63.229,42 ed euro 1.100,00 versati per c.u.

Nel ricorso si è chiesta anche: a) la nomina di un commissario ad

acta in caso di persistente inadempimento; b) la fissazione di una somma di denaro per ogni giorno di violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione.

11.– Il ricorso è fondato nei limiti di seguito indicati.

Costituisce dato non contestato che, allo stato, la sentenza n. 633 del 2013 del Consiglio di Stato non è stata adempiuta.

Tale inadempimento non risulta giustificato.

In relazione al ricorso per revocazione, lo stesso, con sentenza di pari data alla presente, è stato dichiarato inammissibile.

In relazione al ricorso per Cassazione, è sufficiente rilevare che con lo stesso non è stata chiesta la sospensione dell'efficacia della sentenza titolo di esecuzione.

Ne consegue che non sussistono ostacoli alla immediata esecuzione della sentenza medesima.

11.1.– La società inadempiente è, pertanto, condannata a predisporre, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o, se antecedente, notificazione della presente sentenza, un prospetto analitico, alla luce della documentazione fatta pervenire dalla società ricorrente e alle somme specificamente indicate nella sentenza di cognizione di questo Consiglio, contenente le somme da pagare, comprensive di interessi e rivalutazione. Le somme così definite dovranno essere corrisposte nel successivo termine di trenta giorni.

11.2.– In caso di persistente inadempimento si nomina, quale commissario ad acta, il Prefetto di Lecce o un suo delegato.

11.3.— La richiesta di condanna ai sensi dell'art. 114, secondo comma, lettera e), cod proc. amm., deve, invece, essere rigettata.

Tale norma prevede che «salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo».

Le *astreintes* assolvono ad una funzione sanzionatoria e non risarcitoria, in quanto esse non mirano a riparare il pregiudizio cagionato dalla mancata esecuzione della sentenza ma a sanzionare il mancato adempimento alla statuizione giudiziaria (Cons. giust. amm. sic., 22 gennaio 2013, n. 26, che qualifica il rimedio in esame quale sanzione civile indiretta).

Questa qualificazione è confermata dall'art. 614-*bis*, comma 2, cod proc. civ. che, con norma applicabile anche al processo amministrativo, individua, quali criteri per la quantificazione, non solo il danno quantificato e prevedibile ma anche «il valore della controversia, la natura della prestazione e ogni altra circostanza soggettiva o oggettiva utile».

La disposizione in esame trova applicazione soltanto in presenza di una sentenza passata in giudicato. Nel caso in esame la sentenza di cui si chiede l'esecuzione non è ancora definitiva, essendo stata, come sottolineato, oggetto di ricorso per cassazione. Non è, dunque, applicabile il rimedio in esame. Né tale disposizione potrebbe essere

applicata in via analogica, in ragione, alla luce della finalità sanzionatoria che la connota, della sua valenza eccezionale.

12.– La società resistente è condannata al pagamento delle spese processuali che si determinano in euro 3.000,00 (tremila), oltre accessori.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie, nei limiti indicati in motivazione, il ricorso proposto e, per l'effetto, condanna la società Termine di Santa Teresa al pagamento, nel rispetto delle modalità esecutive indicate, delle somme specificate nella motivazione;
- b) condanna la predetta società al pagamento delle spese processuali che si determinano in euro 3.000 (tremila), oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/03/2014

IL SEGRETARIO

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