

Pubblicato il 26/04/2021

N. 03303/2021REG.PROV.COLL.
N. 00538/2015 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 538 del 2015, proposto dall'Ati - Ador.Mare S.r.l./Impresa Impianti e Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Fabio Massimo Pellicano, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita, n. 90,

contro

la Regione Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Naimo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Graziano Pungì in Roma, via Sabotino, n. 12,

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Calabria, sede di Catanzaro (Sezione I), n. 1971 del 25 novembre 2014, resa tra le parti, concernente una domanda di risarcimento danni - aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2021 (tenuta ai sensi dell'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27, come modificato dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70) il consigliere Giovanni Sabato;

Preso atto del deposito delle note d'udienza formulate ai sensi dell'art. 25, d.l. n. 137/2020, conv. in legge 176/2020, e dell'art. 4, d.l. n. 28/2020 conv. in legge n. 70/2020, da parte degli avvocati Lilli e Naimo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 341 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto innanzi al T.a.r. per la Calabria, sede di Catanzaro, la società A.T.I. Ador Mare S.r.l. ha chiesto quanto segue:

- l'annullamento

a) del decreto dirigenziale n. 23834 del 30 dicembre 2009, adottato dal Dirigente del Settore n. 2 "*Programmazione e Coordinamento Opere Pubbliche, Amministrazione, Norme Sismiche, Assistenza APQ, Difesa del Suolo*";

b) del decreto dirigenziale prot. n. 818 del 12 maggio 2010;

- il risarcimento dei danni.

2. In particolare, la ricorrente deduceva di avere diritto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in suo favore dopo che il relativo provvedimento, emesso nei riguardi di altra impresa, era stato annullato da questo Consiglio, nuova aggiudicazione che però la Regione Calabria, nella veste di Stazione appaltante, non disponeva adducendo, con i due decreti impugnati, di non avere più interesse all'esecuzione dell'appalto. La società ricorrente chiedeva, pertanto, non solo l'annullamento del decreto che opponeva il rifiuto di aggiudicazione, ma anche il risarcimento del danno patito.

3. Con la sentenza in epigrafe, il T.a.r. ha così deciso i gravami al suo esame:

- ha preliminarmente respinto le eccezioni di incompetenza funzionale e di inammissibilità sollevate da parte resistente;

- ha accolto il ricorso principale, proposto avverso il decreto dirigenziale n. 23834 del 30 dicembre 2009, in quanto “*carente di motivazione*”;
- ha respinto i motivi aggiunti proposti avverso il successivo decreto n. 348/2010, questa volta ritenuto accompagnato da adeguata motivazione;
- ha respinto la domanda di risarcimento del danno, non essendo questo adeguatamente provato;
- ha compensato le spese di giudizio.

4. Avverso tale pronuncia la società ha interposto appello, notificato il 13 gennaio 2015 e depositato il 23 gennaio 2015, lamentando, attraverso due motivi di gravame (pagine 3-12), quanto di seguito sintetizzato:

I) il T.a.r. non avrebbe considerato che l'Amministrazione, soltanto dopo essersi resa responsabile di inadempienza rispetto a due pronunce di questo Consiglio, dopo aver rinominato la commissione e ri-aggiudicato provvisoriamente l'appalto, ha opposto circostanze risalenti all'anno 2004, quindi antecedenti di cinque anni all'aggiudicazione del 2009; nemmeno il T.a.r. avrebbe considerato che, così facendo, l'Amministrazione avrebbe così formulato una motivazione postuma, resa dopo molto tempo dalla riattivazione del procedimento selettivo mediante la nomina della nuova commissione, pur trattandosi di circostanze, come detto, risalenti al 2004;

II) il T.a.r. si sarebbe pronunciato soltanto sulla perdita di *chance*, trascurando così l'ulteriore voce del danno di cui si è chiesto il risarcimento quale danno curricolare, ed avrebbe erroneamente ravvisato un preciso onere probatorio che invece viene escluso in sede giurisprudenziale nell'ottica del rilievo dei criteri equitativi di commisurazione del danno risarcibile; inoltre il T.a.r. non avrebbe considerato che la responsabilità precontrattuale prescinde dalla illegittimità dell'atto amministrativo, basandosi sulla violazione dei doveri di buona fede e correttezza che incombono anche alla Stazione appaltante.

5. L'appellante ha concluso chiedendo, in riforma della sentenza impugnata, la condanna della Regione Calabria al risarcimento del danno nella misura del 5 % dell'importo di aggiudicazione.

6. In data 27 aprile 2015, si è costituita la Regione Calabria al fine di eccepire la tardività della notificazione dell'appello, essendo le relative operazioni state effettuate in un luogo diverso da quello indicato in sentenza come domicilio della difesa regionale e pertanto controparte si sarebbe indebitamente giovato della concessione, con apposita ordinanza presidenziale, di un nuovo termine *ex art. 93, comma 2, c.p.a.* Nel merito, l'Amministrazione ha rilevato la mancata dimostrazione del danno, ivi compreso quello curricolare

7. La causa, chiamata per la discussione alla udienza pubblica svoltasi con modalità telematica del 9 marzo 2021, è stata ivi trattenuta in decisione.

8. L'appello è infondato.

8.1 L'infondatezza nel merito della domanda risarcitoria consente di non esaminare la questione in rito prospettata dalla parte appellata.

8.2 Dei due motivi sollevati dall'appellante, il primo impinge nella sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, evidenziandosi la colpa dell'Amministrazione.

In realtà, la sentenza del T.a.r. è imperniata esclusivamente sulla mancata dimostrazione del danno patito dall'appellante invece che sull'assenza della rimproverabilità e pertanto le deduzioni dell'appellante non sono in grado di inficiare le statuizioni reiettive recate dall'impugnata sentenza. La questione sollevata, anche se risolta in senso favorevole alla deducente, non può infatti condurre di per sé sola all'accoglimento della domanda risarcitoria.

Lo stesso dicasi con riferimento alla dedotta autonomia della domanda risarcitoria rispetto a quella impugnatoria, non potendosi così ritenere, a parere dell'appellante, rilevante la insussistente illegittimità dell'atto impugnato. E' pur vero che la domanda di risarcimento del danno precontrattuale è sganciata dalla illegittimità dell'atto amministrativo, venendo in considerazione il comportamento scorretto della stazione appaltante, ma ancora una volta occorre rilevare che le ragioni a base del rigetto della domanda di risarcimento del danno sono ricollegate al difetto di prova del danno solo astrattamente lamentato. La condotta della Stazione

appaltante, così come emerge dagli atti di causa, consistente nella mancata definizione della procedura evidenziale per ragioni risalenti ad epoca risalente, è tale da integrare la responsabilità precontrattuale per lesione dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili.

Secondo questo Consiglio (sentenza, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 680), *“a differenza della responsabilità da mancata aggiudicazione, la colpa in contrabando della Pubblica amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica di affidamento di contratti costituisce fattispecie nella quale l'elemento soggettivo assume una sua specifica rilevanza, in correlazione con l'ulteriore elemento strutturale del contrapposto affidamento incolpevole del privato in ordine alla positiva conclusione delle trattative prenegoziali; infatti, i presupposti della responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione consistono nell'affidamento ingenerato dal comportamento della stazione appaltante su tale esito positivo e nell'assenza di una giusta causa per l'inattesa interruzione delle trattative”*.

Orbene, la sussistenza di tali elementi costitutivi è stata appurata dal T.a.r. e le relative statuizioni sono ormai passate in giudicato, non essendo state contestate da parte appellata in sede incidentale.

Rimane da verificare se l'impresa danneggiata da tale comportamento era gravata da un preciso onere della prova in ordine al danno lamentato.

Sul punto, da reputare realmente decisivo della controversia, l'appellante deduce che non vi sarebbe un preciso *onus probandi* in capo al danneggiato, essendo la relativa quantificazione demandata a criteri equitativi, applicabili dal giudice adito. E' bene precisare che *“mentre i danni da mancata aggiudicazione sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di responsabilità precontrattuale i danni sono limitati al solo interesse negativo, ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi e nella perdita di occasioni di guadagno alternative”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2019, n. 2181).

Invero, nel novero dei danni risarcibili, in casi siffatti, non rientra il ristoro della *chance* intesa come pura e semplice possibilità di conseguire i guadagni

connessi all'esecuzione del contratto non stipulato (Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697). Inoltre, secondo un orientamento seguito anche da questo Consiglio, *“nell’ambito della responsabilità precontrattuale, il c.d. danno curriculare non è risarcibile, perché non attiene all’interesse negativo, ma, più propriamente, all’interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell’appalto, non dall’inutilità della trattativa”* (Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 633). Ciò sarebbe già sufficiente per respingere l’appello in esame, atteso che l’appellante identifica le voci di danno, come precisate nel corso del giudizio di prime cure, nel danno da perdita di *chance* e nel danno curriculare (pagina 8, rigo 3 dell’appello), entrambi non risarcibili in caso di responsabilità precontrattuale, qualificata tale dallo stesso appellante.

Ad ogni modo, a prescindere dalla catalogazione delle voci di danno al fine di discernere tra quelle risarcibili o meno, va ribadito che in materia rileva il principio dell’onere della prova, di guisa che il privato deve provare sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all’amministrazione (Ad. plen. n. 5/2018).

Ne consegue che anche le spese per la partecipazione alla gara devono essere documentate per conseguire il risarcimento, dimostrazione che l’appellante non ha fornito. Del resto, rientra nell’orbita applicativa di tale onere processuale, contrariamente a quanto affermato dall’appellante, anche il danno curriculare, in quanto *“la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è ormai attestata nel ritenere necessaria la comprova specifica e circostanziata anche di tale profilo di danno (Cons. Stato, III, n. 1607 del 2020, cit.; V, n. 5803 del 2019, cit.; n. 5283 del 2019, cit.; III, 15 aprile 2019, n. 2435; V, 2 gennaio 2019, n. 14; 26 aprile 2018, n. 2527; 28 dicembre 2017, n.6135; 16 dicembre 2016, n. 5322)”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2021, n. 632). Nel senso della soggezione anche del danno curriculare al principio dell’onere della prova si è espressa anche l’Adunanza

plenaria (sentenza n. 2/2017), pur evidenziando che nel processo amministrativo trovi applicazione il c.d. “*principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo*”, in forza dell’art. 64 del c.p.a.

Il comma primo stabilisce infatti che le parti hanno l’onere di fornire soltanto “*gli elementi di prova che sono nella loro disponibilità*”, mentre il comma terzo attribuisce al giudice il potere di disporre, anche d’ufficio, i documenti utili ai fini della decisione che siano nella disponibilità dell’Amministrazione. E’ tuttavia opinione consolidata che il predetto temperamento trovi applicazione soltanto nei giudizi impugnatori, che, caratterizzandosi per la presenza dell’interesse pubblico e per la sua indisponibilità, denotano una forte asimmetria tra le parti in favore della p.A., asimmetria che è alla base di tale principio acquisitivo. Quanto esposto non opera nei giudizi risarcitori, né quando si tratti di controversie su diritti, in quanto si controverte su situazioni giuridiche rientranti nella “*disponibilità*” (ex art. 64 c.p.a.) del privato, senza tali ‘esigenze di riequilibrio’. Pertanto, poiché in ipotesi di danno curriculare la vertenza ha ad oggetto una pretesa risarcitoria da far valere innanzi al G.A. in sede esclusiva, il principio dispositivo troverà massima applicazione, con la conseguenza che dovrà essere il ricorrente a provare i fatti posti a fondamento della pretesa fatta valere in giudizio (art. 2697 cc), ossia il mancato incremento del *curriculum*.

Diventa decisivo constatare che, come correttamente osservato dal T.a.r., la società non ha provato alcunché in relazione a tutte le voci astrattamente rientranti (o meno) nel perimetro del danno risarcibile, neanche avendo dimostrato che la mancata aggiudicazione dell’appalto e la mancata esecuzione dei contratti applicativi le abbiano precluso l’acquisizione di ulteriori commesse.

9. In conclusione, l’appello è infondato e deve essere respinto.

10. Sussistono nondimeno giusti motivi, in considerazione del comportamento processuale delle parti, per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 538/2015), lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sede in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 9 marzo 2021, convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO