

Osserva in proposito il Collegio che, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione, disposto per vizi inerenti il procedimento, in esecuzione del giudicato la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla ripetizione della gara, piuttosto che procedere all'affidamento del servizio in favore della seconda graduata

Le ricorrenti vanno quindi ristorate nei limiti dell'interesse negativo a contrarre rappresentato nel caso di specie dalle spese sostenute in vista della conclusione del contratto ed ai fini della sua ottimale esecuzione, in quanto debitamente documentate, ed alla perdita di chance, da riferirsi alla perdita dell'occasione di conseguire nuovamente l'aggiudicazione del servizio (cfr. in proposito Cons. Stato sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5373; sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097), ove l'Amministrazione appaltante, anziché procedere all'affidamento del servizio in favore della seconda graduata, avesse proceduto alla rinnovazione del procedimento. La perdita di chance va quantificata nella percentuale del 10% dell'ammontare a base d'asta con un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione alla possibilità che, in concreto, ci sarebbe stata aggiudicazione all'impresa e considerando non solo i dati economici e contabili dell'offerta presentata dal danneggiato ma anche altri elementi, quali il danno all'immagine aziendale o all'avviamento, la perdita della possibilità di utilizzare l'aggiudicazione quale titolo ulteriore e referenza specifica, considerati nel loro insieme (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3785).

Come ribadito in fattispecie analoghe dalla prevalente opinione giurisprudenziale, (cfr. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457 e 29 febbraio 2008, n. 783, sez. V 6 dicembre 2006 n. 7194), la domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale è ben ipotizzabile davanti allo stesso giudice amministrativo, tanto nell'ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, quanto nell'ipotesi di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione definitiva.

E' quindi da ritenere ammissibile la domanda di risarcimento del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, nell'ipotesi - quale è quella oggetto della presente controversia - in cui l'amministrazione procedente, incorrendo in un errore nel procedimento di gara già esperito, pervenga all'adozione di un provvedimento di aggiudicazione illegittimo con contestuale avvio dell'esecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa risultata vincitrice della gara.

In base alla prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale la responsabilità precontrattuale è tuttora ricondotta al genus della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (cfr. ex multis, Cass., sez. I, 29 aprile 1999 n. 4299). Al riguardo, costituisce principio generale che la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ. (cfr. per una recente applicazione Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313).

Siffatte controversie risarcitorie appaiono con evidenza ricollegabili al comportamento tenuto dalla stazione appaltante nel corso della procedura amministrativa di gara, secondo uno schema ormai chiaramente regolato dall'art. 244 comma 1 d.lgs. 163\2006

Con il ricorso indicato in epigrafe, le ricorrenti, premesso di avere partecipato alla gara per l'affidamento dei servizi di gestione del Centro Diurno Anziani Fragili del Comune di Roma, in via Crescenzo n. 8, di cui all'avviso pubblico approvato con determinazione dirigenziale n. 617 del 26 marzo 2002, e di avere conseguito l'aggiudicazione (determinazione dirigenziale del Municipio XVII dell'11 settembre 2002), con conseguente stipulazione del relativo contratto, espongono che, in esito a ricorso giurisdizionale proposto da altra concorrente, la stazione appaltante, in esecuzione della relativa sentenza di accoglimento del ricorso e annullamento dell'aggiudicazione, ha provveduto alla risoluzione

del rapporto contrattuale già in essere, affidando la prosecuzione del servizio alla società seconda graduata.

Lamentano quindi le ricorrenti di avere subito un danno patrimoniale, in ragione dell'affidamento ingenerato sulla legittimità dell'aggiudicazione e sulla piena e regolare attuazione del rapporto contrattuale e chiedono che il Tribunale adito voglia condannare il Comune di Roma al risarcimento dei danni provocati con il proprio comportamento colpevole, per perdita di chance e spese di partecipazione alla gara, da liquidarsi in complessivi euro 33.671,22 ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

il Collegio ritiene il ricorso fondato nel merito e meritevole di accoglimento nei limiti di quanto si viene ad esporre.

Il provvedimento di aggiudicazione del servizio de quo in favore delle odierne ricorrenti, cui è seguita la stipulazione della relativa convenzione e l'esecuzione del rapporto contrattuale a far data dal 24 ottobre 2002 e fino alla sentenza di annullamento del 28 febbraio 2003, è stato ritenuto illegittimo dall'autorità giudiziaria in quanto la Commissione aggiudicatrice non aveva proceduto con la presenza di tutti i suoi componenti, essendosi il Presidente astenuto, nella valutazione delle offerte, nonostante le commissioni per l'aggiudicazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni si configurino, per costante giurisprudenza, come collegi perfetti, come tali capaci di funzionare solo nella loro composizione integrale.

La pronuncia giurisdizionale di annullamento dell'aggiudicazione, implicante la successiva determina di risoluzione del contratto stipulato con le odierne ricorrenti, dunque, è stata adottata in ragione di un vizio del procedimento imputabile a condotta propria della stazione appaltante; condotta pertanto rilevante, sul piano della eventuale responsabilità, come illecito precontrattuale, che si colloca nella fase di formazione del contratto e selezione del contraente privato.

Gli obblighi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., infatti, ispirati all'attuazione del principio della buona fede nella fase di formazione del contratto, trovano applicazione anche al procedimento finalizzato alla costituzione di vincoli negoziali con pubbliche amministrazioni, a tutela dell'affidamento dei soggetti privati che partecipano alle gare pubbliche.

Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, risponde per responsabilità precontrattuale.

Nel caso di specie, viene in rilievo l'esigenza di salvaguardia dell'affidamento ingenerato nelle ricorrenti in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione conseguita e, quindi, alla piena validità ed efficacia della conseguente convenzione stipulata con il Comune di Roma.

In particolare, secondo l'insegnamento della Suprema Corte (cfr. Cass. I, 26.5.2006 n. 12629) e del Consiglio di Stato (cfr. VI, 10.9.2008 n. 4309), la posizione dell'imprenditore che abbia fatto legittimo affidamento nella aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che ne ignorasse, senza sua colpa, una causa di invalidità è specificamente presa in considerazione dall'art. 1338 c.c. Con la conseguenza che in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità prevista dalla norma per avere generato nell'impresa, dal momento dell'aggiudicazione, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto; nonché per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione e quello di astenersi dalla stipulazione del negozio che doveva sapere invalido, rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione.

Si tratta quindi di una ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale, che costituisce species di quella prevista ex art. 2043 cc, ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili.

La giurisprudenza amministrativa ha sul punto affermato che, nel processo amministrativo, la tutela risarcitoria, oramai accessibile in via generale dopo la l. n. 205 del 2000, può essere assicurata attraverso la reintegrazione in forma specifica, o attraverso il risarcimento per equivalente, ma questa modalità ha carattere sussidiario rispetto alla prima, che più puntualmente risponde al principio della effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività provvedimento o materiale della p.a.; perciò il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto solo in quanto il ricorrente abbia espressamente limitato la propria domanda a detta modalità risarcitoria.(Consiglio Stato , sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6960).

Merita di essere segnalata la sentenza numero 10477 del 28 ottobre 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma ed in particolare il seguente passaggio:

possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, tuttavia, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato.

Quanto a tale aspetto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto modo ripetutamente di evidenziare il ridotto onere dimostrativo che grava in subjecta materia sul privato, atteso che, fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della p.a., tra cui quella in esame, all'interno della responsabilità extracontrattuale, non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare criteri di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.(Consiglio Stato , sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

Ciò detto, nel caso di specie, le ricorrenti hanno espressamente limitato la loro domanda al risarcimento del danno per equivalente; mentre la colpa dell'Amministrazione procedente può essere agevolmente ravvisata in relazione ai segnalati vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione oggetto di annullamento. Il provvedimento, infatti, è stato adottato previa valutazione delle offerte dalla Commissione di gara in composizione incompleta, in violazione dei principi che regolano l'operato dei collegi perfetti e nonostante il costante orientamento giurisprudenziale che qualifica le Commissioni delle gare pubbliche come collegi perfetti.

Sono dunque rinvenibili in capo all'Amministrazione, intesa come apparato, tutti gli elementi che valgono a configurare una colpa grave, senza che il Comune abbia saputo evidenziare in maniera incontrovertibile la presenza di un errore scusabile.

Né può ravvisarsi un concorso di colpa delle ricorrenti, rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c., per la mancata impugnazione dell'aggiudicazione disposta in favore della seconda graduata.>

Ma non solo

< Osserva in proposito il Collegio che, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione, disposto per vizi inerenti il procedimento, in esecuzione del giudicato la stazione

appaltante avrebbe dovuto procedere alla ripetizione della gara, piuttosto che procedere all'affidamento del servizio in favore della seconda graduata.

Nondimeno, la mancata impugnazione della nuova aggiudicazione da parte delle odierne ricorrenti non è qualificabile in termini di fatto colposo, rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c. citato, considerato che, per costante orientamento giurisprudenziale, non può ritenersi configurabile un obbligo giuridico di impugnazione di atti possibilmente illegittimi (cfr. fra le altre, di recente, Cons. Stato VI, 9.6.2008 n. 2751).

La pretesa risarcitoria azionata è, alla luce di tutto quanto esposto, fondata.>

Si legga anche

**MANCATA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO PER
SOPRAVVENIENZE NEGATIVE:NULLA È DOVUTO QUALE
RISARCIMENTO DEL DANNO, VANNO INVECE RESTITUITI
L'EVENTUALE IMPORTO RICHIESTO A TITOLO DI ESCUSSIONE
DELLA CAUZIONE PROVVISORIA, LA SOMMA VERSATA A TITOLO
DI CAUZIONE DEFINITIVA E DI QUELLA VERSATA A TITOLO DI
RIMBORSO SPESE**

Poiché l'impresa, quindi, era stata avvertita (dalla lex specialis di gara) che la conclusione del contratto definitivo era subordinata alla condizione sospensiva del finanziamento regionale, si possono comunque far risalire in capo all'IACP responsabilità, in termini di dolo o colpa, anche se la mancata conclusione del contratto era ascrivibile alla circostanza che, nonostante solleciti e diffide da parte dell'Istituto, il comune non aveva provveduto alla rimozione degli ostacoli all'edificazione esistenti sull'area assegnata. E' corretto legittimo il pensiero secondo il quale perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato. Vanno restituiti l'eventuale importo richiesto a titolo di escussione della cauzione provvisoria, la somma versata a titolo di cauzione definitiva e di quella versata a titolo di rimborso spese?

Il Consiglio di Stato ritiene la Sezione che esattamente il Tar abbia rilevato che la condotta serbata dall'amministrazione appellata sfugga a qualsivoglia giudizio di riprovevolezza. E ciò sotto tre distinti profili. Il primo di essi, attiene alla clausola, contenuta nella lettera invito, dalla quale si ricava che l'approvazione dell'IACP costituiva condizione per la stipula del contratto e, di converso, che la mancata approvazione impediva l'insorgere di qualsivoglia pretesa risarcitoria: ma anche prescindendo dalla clausola in esame, ed in disparte l'ampiezza della medesima (non limitata, come si sostiene erroneamente nel ricorso in appello all'unico evento relativo al mancato finanziamento delle opere da parte della Regione), ugualmente non sussisterebbe alcuna responsabilità dell'amministrazione appellata, in ossequio ai principi generali in tema di sussumibilità della condotta nel paradigma di cui all'art. 2043 cc. la omessa stipula conseguì causalmente ad una condotta di Enti diversi, e ad essa fu eziologicamente ricollegabile: non è dato individuare un collegamento, sotto il profilo causale "puro" che la renda riconducibile alla sfera giuridica dell'amministrazione appellata. Ciò perché, sotto il profilo causale, la Sezione condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale "per

poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che leghi il fatto come descritto al danno. Per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli art. 40 e 41 c.p.: sulla base della teoria della condicio sine qua non, la condotta risulta causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato; il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. “ _ Sebbene per quanto si è dianzi affermato non sia stata ritenuta ravvisabile alcuna condotta colposa dell'amministrazione è parimenti esatto rilevare che neppure alcun addebito può muoversi all'impresa appellante._ Ne consegue il diritto di quest'ultima, (erroneamente non riconosciuto dai primi Giudici) ad ottenere la ripetizione della somma eventualmente incamerata dall'amministrazione a titolo di cauzione e di quella che l'appellata amministrazione avrebbe trattenuto a titolo di rimborso spese di gara e di contratto._ Dette somme, maggiorate degli interessi come per legge, devono essere restituite all'appellante

Merita di essere segnalata la decisione numero 4309 del 10 settembre 2008 emessa dal Consiglio di Stato, inviata per la pubblicazione in data 18 settembre 2008

Quanto alla più ampia questione relativa al petitum risarcitorio, ed alla ravvisabilità in capo all'amministrazione appellata di una responsabilità a titolo di colpa, la Sezione dissente dalla ricostruzione prospettata nel ricorso in appello.

Invero il punto dal quale è necessario trarre le mosse è rappresentato dalla considerazione che l'art. 2043 CC (felicitemente definita “grundnorm” del sistema protettivo delle posizioni giuridiche attive individuali) è norma immediatamente precettiva: discende da ciò in via immediata la necessità di affermare che al soggetto ingiustamente leso pertenga la tutela risarcitoria anche a fronte di condotte rese dall'amministrazione in violazione di posizioni soggettive di interesse legittimo.

Nel caso di specie, secondo l'insegnamento della giurisprudenza civilistica (si veda Cassazione civile, sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629 secondo la quale “la posizione dell'imprenditore che abbia fatto legittimo affidamento nella aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che ne ignorasse, senza sua colpa, una causa di invalidità è specificamente presa in considerazione dall'art. 1338 c.c. Con la conseguenza che in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità contrattuale prevista dalla norma per avere generato nell'impresa dal momento dell'aggiudicazione, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto; nonché per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione, e quello di astenersi dalla stipulazione del negozio che doveva sapere invalido rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione.) potrebbe astrattamente ricorrere una ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale: essa costituisce species di quella regolata ex art. 2043 cc, ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili.

La Sezione ha sul punto affermato che nel processo amministrativo la tutela risarcitoria, oramai accessibile in via generale dopo la l. n. 205 del 2000, può essere assicurata attraverso la reintegrazione in forma specifica, o attraverso il risarcimento per equivalente, ma questa modalità ha carattere sussidiario rispetto alla prima, che più puntualmente risponde al principio della effettività della tutela del cittadino

nei confronti dell'attività provvedimentale o materiale della p.a., perciò il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto solo in quanto il ricorrente abbia espressamente limitato la propria domanda a detta modalità risarcitoria.(Consiglio Stato , sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6960).

Perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, tuttavia, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato.

Quanto a tale aspetto, la Sezione, in passato, ha avuto modo di evidenziare il ridotto onere dimostrativo che grava in subiecta materia sul privato, atteso che "fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della p.a., tra cui quella in esame, all'interno della responsabilità extracontrattuale, non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.(Consiglio Stato , sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

Ritiene la Sezione che esattamente il Tar abbia rilevato che la condotta serbata dall'amministrazione appellata sfugga a qualsivoglia giudizio di riprovevolezza.

E ciò sotto tre distinti profili.

Il primo di essi, attiene alla clausola, contenuta nella lettera invito, dalla quale si ricava che l'approvazione dell'IACP costituiva condizione per la stipula del contratto e, di converso, che la mancata approvazione impediva l'insorgere di qualsivoglia pretesa risarcitoria (si veda, sia pur con riferimento a differente fattispecie, Consiglio Stato , sez. V, 24 marzo 2001, n. 1702, in tema di legittimità delle clausole condizionanti apposte all'atto amministrativo).

Ma anche prescindendo dalla clausola in esame, ed in disparte l'ampiezza della medesima (non limitata, come si sostiene erroneamente nel ricorso in appello all'unico evento relativo al mancato finanziamento delle opere da parte della Regione), ugualmente non sussisterebbe alcuna responsabilità dell'amministrazione appellata, in ossequio ai principi generali in tema di sussumibilità della condotta nel paradigma di cui all'art. 2043 cc.

Ciò perché, sotto il profilo causale, la Sezione condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale

"per poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che leghi il fatto come descritto al danno. Per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli art. 40 e 41 c.p.: sulla base della teoria della condicio sine qua non, la condotta risulta

causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato; il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. “ (Consiglio Stato , sez. V, 08 marzo 2006, n. 1228).

Nel caso in questione la omessa stipula conseguì causalmente ad una condotta di Enti diversi, e ad essa fu eziologicamente ricollegabile: non è dato individuare un collegamento, sotto il profilo causale “puro” che la renda riconducibile alla sfera giuridica dell'amministrazione appellata.

Il collegamento, per il vero, è in astratto ipotizzato dall'appellante avuto riguardo al “mancato sollecito” da parte dello IACP, e/o comunque alla condotta acquiescente di quest'ultima resa con riferimento alle condotte delle amministrazioni comunali.

Il mezzo non è persuasivo.

La Sezione non ignora che dottrina e giurisprudenza hanno in passato elaborato il principio per cui il potere dell'amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto incontra un limite insuperabile nei principi di buona fede e correttezza alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la p.a. e nella tutela dell'affidamento ingenerato. Da quanto precede deve ritenersi sussistente la colpa dell'amministrazione che addivene alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale.

Tale ipotesi, tuttavia, non ricorre nel caso de quo, laddove (in disparte, lo si ripete, l'ampia formulazione della clausola della lettera-invito, ricomprensiva dell'evento in questione) le amministrazioni comunali che non emisero il nulla-osta richiesto non rientravano nella sfera di controllo/vigilanza dell'ente interessato: impregiudicate le ragioni (il tema non rientra tra quelli devoluti alla cognizione della Sezione) per cui ciò avvenne, non si vede quale sia la “rimproverabilità” ascrivibile alla condotta dello IACP.

Il petitum risarcitorio deve pertanto essere disatteso.

Su un punto (connesso a quello sinora esaminato, ma distinto, atteso che piuttosto che di “risarcimento” deve discorrersi di “ripetizione”) però, il gravame merita accoglimento.

Quanto all'appalto per lavori da effettuarsi nel comune di Campagna, l'amministrazione appellata ha sollecitato (infondatamente, per quanto ci si appresta a rilevare di seguito) la emissione di una pronuncia di improcedibilità del gravame, a cagione della circostanza che alla ditta appellante è stata offerto da parte dello IACP di addivenire alla stipulazione del contratto di appalto (si veda pag.3 della memoria depositata in atti).

Senonchè, la stessa appellata IACP ha lealmente evidenziato che (soltanto)“ successivamente alla sentenza di primo grado si sono verificate le condizioni per addivenire alla esecuzione dei lavori ed alla stipula del contratto”.

E che in data 12.2.2003 è stata dall'appellata inviata una nota all'impresa appellante con la quale la si invitava alla stipula del contratto (nota riscontrata negativamente dall'impresa Figo).

Orbene, tale evento, assai tardivo, ed addirittura temporalmente successivo alla sentenza di primo grado, non rientra nel paradigma normativo del Decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 106, (art. 4: “la stipulazione del contratto di appalto deve avere luogo entro 30 giorni dalla data del deliberamento nel caso di gara o della comunicazione all'impresa dell'accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata o di appalto concorso. L'emanazione del decreto di approvazione deve avvenire entro 60 giorni dalla data di stipulazione del contratto.”) e non consente l'emissione di alcuna declaratoria di improcedibilità, in parte qua, del gravame.

La costante giurisprudenza di legittimità, peraltro, ha sul punto ritenuto che “in tema di appalto di opere pubbliche, qualora, dopo la aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto non segua nel termine di trenta giorni, per fatto imputabile alla amministrazione appaltante, trova applicazione analogica il comma 4 dell'art. 4 del capitolato generale approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, che disciplina espressamente l'ipotesi in cui, avutasi la stipulazione del contratto nel termine di trenta giorni, ne tarda però l'approvazione per oltre sessanta giorni.” (Cassazione civile, sez. I, 01 marzo 1989, n. 1101, ma si veda anche, Cassazione civile, sez. I, 03 ottobre 1983, n. 5751, laddove si è affermato che “l'art. 4, comma 4, del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, ove prevede il diritto dell'aggiudicatario di svincolarsi da ogni impegno per il caso di mancata approvazione del contratto nel termine di sessanta giorni, comporta che tale diritto dell'aggiudicatario debba essere, a maggior ragione, riconosciuto nel caso di mancata stipulazione del contratto medesimo entro quel termine.”).

L'odierna appellante, nel 2003, aveva già convenuto innanzi al Tar l'amministrazione ed era già stata resa sentenza di primo grado: la nota in oggetto non può determinare alcuna improcedibilità del gravame.

Di più.

Sebbene per quanto si è dianzi affermato non sia stata ritenuta ravvisabile alcuna condotta colposa dell'amministrazione è parimenti esatto rilevare che neppure alcun addebito può muoversi all'impresa appellante.

Ne consegue il diritto di quest'ultima, (erroneamente non riconosciuto dai primi Giudici) ad ottenere la ripetizione della somma eventualmente incamerata dall'amministrazione a titolo di cauzione e di quella che l'appellata amministrazione avrebbe trattenuto a titolo di rimborso spese di gara e di contratto.

Dette somme, maggiorate degli interessi come per legge, devono essere restituite all'appellante.

Alla stregua delle superiori considerazioni il ricorso in appello deve essere parzialmente accolto (con esclusivo riferimento al doveroso obbligo di restituzione delle somme incamerate con riguardo all'appalto da eseguirsi nel territorio del comune di Campagna) con parziale riforma della appellata sentenza (che deve essere per il resto integralmente confermata), laddove tale obbligo di restituzione non è stato previsto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali sostenute dalle parti in relazione alla particolarità della situazione di fatto sottesa alla controversia.>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 10477 del 28 ottobre 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 10477/2009 REG.SEN.
N. 03633/2004 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 3633 del 2004, proposto da: Associazione Virtus Ponte Mammolo, in persona del legale rappresentante pro tempore, e Arciconfraternita del Santissimo Sacramento e di San Trifone, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Guido Bernardini e Federica Cau, presso lo studio dei quali, in Roma, via Appia Nuova , 196, hanno eletto domicilio,

contro

Comune di Roma, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Rodolfo Murra, domiciliato in Roma, via Tempio di Giove, 21 presso l'Avvocatura dell'Ente

per il risarcimento dei danni subiti a causa della revoca dell'affidamento in gestione del centro diurno anziani fragili del Comune di Roma, via

Crescenzio n. 9.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2009 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe, le ricorrenti, premesso di avere partecipato alla gara per l'affidamento dei servizi di gestione del Centro Diurno Anziani Fragili del Comune di Roma, in via Crescenzio n. 8, di cui all'avviso pubblico approvato con determinazione dirigenziale n. 617 del 26 marzo 2002, e di avere conseguito l'aggiudicazione (determinazione dirigenziale del Municipio XVII dell'11 settembre 2002), con conseguente stipulazione del relativo contratto, espongono che, in esito a ricorso giurisdizionale proposto da altra concorrente, la stazione appaltante, in esecuzione della relativa sentenza di accoglimento del ricorso e annullamento dell'aggiudicazione, ha provveduto alla risoluzione del rapporto contrattuale già in essere, affidando la prosecuzione del servizio alla società seconda graduata.

Lamentano quindi le ricorrenti di avere subito un danno patrimoniale, in ragione dell'affidamento ingenerato sulla legittimità dell'aggiudicazione e sulla piena e regolare attuazione del rapporto contrattuale e chiedono che il Tribunale adito voglia condannare il Comune di Roma al risarcimento dei danni provocati con il proprio comportamento colpevole, per perdita di chance e spese di partecipazione alla gara, da liquidarsi in complessivi euro 33.671,22 ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato ed ha chiesto il rigetto della pretesa.

Alla pubblica udienza del giorno 8 luglio 2009 la causa è stata rimessa in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio ritiene sussistente la propria giurisdizione sulla domanda proposta dall'odierna ricorrente in quanto avente ad oggetto l'asserita responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione resistente.

Come ribadito in fattispecie analoghe dalla prevalente opinione giurisprudenziale, (cfr. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457 e 29 febbraio 2008, n. 783, sez. V 6 dicembre 2006 n. 7194), la domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale è ben ipotizzabile davanti allo stesso giudice amministrativo, tanto nell'ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, quanto nell'ipotesi di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione definitiva.

E' quindi da ritenere ammissibile la domanda di risarcimento del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, nell'ipotesi - quale è quella oggetto della presente controversia - in cui l'amministrazione procedente, incorrendo in un errore nel procedimento di gara già esperito, pervenga all'adozione di un provvedimento di aggiudicazione illegittimo con contestuale avvio dell'esecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa risultata vincitrice della gara.

Siffatte controversie risarcitorie appaiono con evidenza ricollegabili al comportamento tenuto dalla stazione appaltante nel corso della procedura amministrativa di gara, secondo uno schema ormai chiaramente regolato dall'art. 244 comma 1 d.lgs. 163\2006.

In generale, la ricomprensione della responsabilità risarcitoria nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo appare ormai acquisita dalla stessa Cassazione (cfr. ad es. anche in tema di responsabilità precontrattuale Cassazione civile , sez. un., 27 febbraio 2008 , n. 5084) dopo i noti chiarimenti forniti a livello Costituzionale (sent. Corte Cost. nn. 204 del 2004 e 191 del 2006).

Ciò chiarito in via pregiudiziale, il Collegio ritiene il ricorso fondato nel merito e meritevole di accoglimento nei limiti di quanto si viene ad esporre.

Il provvedimento di aggiudicazione del servizio de quo in favore delle odierne ricorrenti, cui è seguita la stipulazione della relativa convenzione e l'esecuzione del rapporto contrattuale a far data dal 24 ottobre 2002 e fino alla sentenza di annullamento del 28 febbraio 2003, è stato ritenuto illegittimo dall'autorità giudiziaria in quanto la Commissione aggiudicatrice non aveva proceduto con la presenza di tutti i suoi componenti, essendosi il Presidente astenuto, nella valutazione delle offerte, nonostante le commissioni per l'aggiudicazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni si configurino, per costante giurisprudenza, come collegi perfetti, come tali capaci di funzionare solo nella loro composizione integrale.

La pronuncia giurisdizionale di annullamento dell'aggiudicazione, implicante la successiva determina di risoluzione del contratto stipulato con le odierne ricorrenti, dunque, è stata adottata in ragione di un vizio del procedimento imputabile a condotta propria della stazione appaltante; condotta pertanto rilevante, sul piano della eventuale responsabilità, come illecito precontrattuale, che si colloca nella fase di formazione del contratto e selezione del contraente privato.

Gli obblighi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., infatti, ispirati all'attuazione del principio della buona fede nella fase di formazione del contratto, trovano applicazione anche al procedimento finalizzato alla costituzione di vincoli negoziali con pubbliche amministrazioni, a tutela dell'affidamento dei soggetti privati che partecipano alle gare pubbliche. Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in

modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, risponde per responsabilità precontrattuale.

In base alla prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale la responsabilità precontrattuale è tuttora ricondotta al genus della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (cfr. ex multis, Cass., sez. I, 29 aprile 1999 n. 4299). Al riguardo, costituisce principio generale che la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ. (cfr. per una recente applicazione Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313).

Nel caso di specie, viene in rilievo l'esigenza di salvaguardia dell'affidamento ingenerato nelle ricorrenti in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione conseguita e, quindi, alla piena validità ed efficacia della conseguente convenzione stipulata con il Comune di Roma.

In particolare, secondo l'insegnamento della Suprema Corte (cfr. Cass. I, 26.5.2006 n. 12629) e del Consiglio di Stato (cfr. VI, 10.9.2008 n. 4309), la posizione dell'imprenditore che abbia fatto legittimo affidamento nella aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che ne ignorasse, senza sua colpa, una causa di invalidità è specificamente presa in considerazione dall'art. 1338 c.c. Con la conseguenza che in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità prevista dalla norma per avere generato nell'impresa, dal momento dell'aggiudicazione, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto; nonché per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione e quello di astenersi dalla stipulazione del negozio che

doveva sapere invalido, rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione.

Si tratta quindi di una ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale, che costituisce species di quella prevista ex art. 2043 cc, ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili.

La giurisprudenza amministrativa ha sul punto affermato che, nel processo amministrativo, la tutela risarcitoria, oramai accessibile in via generale dopo la l. n. 205 del 2000, può essere assicurata attraverso la reintegrazione in forma specifica, o attraverso il risarcimento per equivalente, ma questa modalità ha carattere sussidiario rispetto alla prima, che più puntualmente risponde al principio della effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività provvedimento o materiale della p.a.; perciò il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto solo in quanto il ricorrente abbia espressamente limitato la propria domanda a detta modalità risarcitoria. (Consiglio Stato, sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6960).

Perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, tuttavia, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato.

Quanto a tale aspetto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto modo ripetutamente di evidenziare il ridotto onere dimostrativo che grava in subjecta materia sul privato, atteso che, fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della p.a., tra cui quella in esame, all'interno della responsabilità extracontrattuale, non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare

criteri di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.(Consiglio Stato , sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

Ciò detto, nel caso di specie, le ricorrenti hanno espressamente limitato la loro domanda al risarcimento del danno per equivalente; mentre la colpa dell'Amministrazione precedente può essere agevolmente ravvisata in relazione ai segnalati vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione oggetto di annullamento. Il provvedimento, infatti, è stato adottato previa valutazione delle offerte dalla Commissione di gara in composizione incompleta, in violazione dei principi che regolano l'operato dei collegi perfetti e nonostante il costante orientamento giurisprudenziale che qualifica le Commissioni delle gare pubbliche come collegi perfetti.

Sono dunque rinvenibili in capo all'Amministrazione, intesa come apparato, tutti gli elementi che valgono a configurare una colpa grave, senza che il Comune abbia saputo evidenziare in maniera incontrovertibile la presenza di un errore scusabile.

Né può ravvisarsi un concorso di colpa delle ricorrenti, rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c., per la mancata impugnazione dell'aggiudicazione disposta in favore della seconda graduata.

Osserva in proposito il Collegio che, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione, disposto per vizi inerenti il procedimento, in esecuzione del giudicato la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla ripetizione della gara, piuttosto che procedere all'affidamento del servizio in favore della seconda graduata.

Nondimeno, la mancata impugnazione della nuova aggiudicazione da parte delle odierne ricorrenti non è qualificabile in termini di fatto colposo, rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c. citato, considerato che, per costante orientamento giurisprudenziale, non può ritenersi configurabile un obbligo giuridico di impugnazione di atti possibilmente illegittimi (cfr. fra le altre, di recente, Cons. Stato VI, 9.6.2008 n. 2751).

La pretesa risarcitoria azionata è, alla luce di tutto quanto esposto, fondata.

Le ricorrenti vanno quindi ristorate nei limiti dell'interesse negativo a contrarre rappresentato nel caso di specie dalle spese sostenute in vista della conclusione del contratto ed ai fini della sua ottimale esecuzione, in quanto debitamente documentate, ed alla perdita di chance, da riferirsi alla perdita dell'occasione di conseguire nuovamente l'aggiudicazione del servizio (cfr. in proposito Cons. Stato sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5373; sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097), ove l'Amministrazione appaltante, anziché procedere all'affidamento del servizio in favore della seconda graduata, avesse proceduto alla rinnovazione del procedimento.

La perdita di chance va quantificata nella percentuale del 10% dell'ammontare a base d'asta con un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione alla possibilità che, in concreto, ci sarebbe stata aggiudicazione all'impresa e considerando non solo i dati economici e contabili dell'offerta presentata dal danneggiato ma anche altri elementi, quali il danno all'immagine aziendale o all'avviamento, la perdita della possibilità di utilizzare l'aggiudicazione quale titolo ulteriore e referenza

specifica, considerati nel loro insieme (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 12 giugno 2009 , n. 3785) .

Nella liquidazione del danno dovrà però tenersi conto, in virtù del principio della compensazione, del guadagno conseguito dalle ricorrenti per il periodo in cui il servizio è stato effettivamente prestato in base ad una aggiudicazione successivamente annullata in quanto illegittima.

Sulle somme come così determinate a titolo risarcitorio, dovranno computarsi gli interessi legali.

La quantificazione del quantum dovuto, alla stregua dei menzionati criteri, va rimessa alle parti ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. 80/1998; nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo nel termine di novanta giorni dalla comunicazione della presente sentenza, le ricorrenti potranno agire in sede di ottemperanza.

Conclusivamente il ricorso va accolto secondo quanto fin qui specificato, con conseguente pronuncia di condanna del Comune di Roma a risarcire il danno precontrattuale in favore delle ricorrenti nella misura da determinarsi secondo i criteri fissati.

Le spese di giudizio possono essere interamente compensate fra le parti in ragione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3633/2004 R.G., lo accoglie secondo quanto indicato in parte motiva.

Compensa spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO