

Da ciò consegue l'inapplicabilità del citato art. 75, terzo comma, del d.lgs. n. 163/2006, atteso che nel caso in questione la mancata stipula del contratto non dipende da fatto dell'affidatario (o, quantomeno, non soltanto da fatto dell'affidatario), e c

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Né al riguardo può farsi eccezione per il decreto n. 1136 del 22 aprile 2008, nella parte in cui ha disposto l'acquisizione della cauzione provvisoria, posto che la questione concerne una posizione di diritto soggettivo che può esser tutelata a prescindere dall'impugnazione del provvedimento in questione.

Piuttosto, la richiesta di annullamento in parte qua del menzionato decreto deve intendersi come richiesta di accertamento del diritto - che il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva: sul punto, cfr. Tar Latina, I, n. 197/2006 - della ricorrente alla restituzione della cauzione incamerata dall'Amministrazione.

Senonché l'eventuale responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione (che il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva nelle ipotesi di cui all'art. 244, primo comma, del d.lgs. n. 163/2006) prescinde dall'eventuale emanazione di atti illegittimi, in quanto la stessa sussiste in tutti i casi in cui possa rinvenirsi nel comportamento amministrativo un contegno contrario alle norme di diritto comune di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., indipendentemente dalla violazione di disposizioni imperative di diritto pubblico che possano determinare l'annullabilità di specifici provvedimenti.

Premesso, infatti, che l'obbligo di buona fede nelle trattative va inteso in senso oggettivo (Cass., n. 340/1988), potendo, quindi, venire in rilievo un contegno meramente colposo dei contraenti, con riferimento al caso in esame va osservato che, tenuto conto della semplicità dei lavori da eseguire e dello specifico rilievo che la fornitura della striscia di gomma di cui si tratta avrebbe assunto nell'economia degli stessi, non solo l'Amministrazione, ma anche la ricorrente era tenuta a verificare l'effettiva congruità del prezzo di tale materiale (come indicato negli atti di gara), di talché la Ricorrente non può oggi imputare all'Università le conseguenze di un'omessa verifica che, secondo canoni di ordinaria diligenza,

avrebbe dovuto compiere essa stessa.

Ricorso per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale o ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, previo annullamento dei seguenti provvedimenti: a) nei limiti di cui in ricorso, il decreto n. 1136 del 22 aprile 2008, con cui l'Università della Calabria ha revocato l'aggiudicazione definitiva precedentemente resa in favore della ricorrente e ha disposto l'acquisizione della cauzione provvisoria; b) la nota prot. n. 12273 del 22 aprile 2008, con cui l'Università ha chiesto il pagamento di € 1.455,00 a titolo di cauzione provvisoria; c) la nota prot. n. 11410 del 15 aprile 2008, con cui l'Università ha sollecitato la produzione della quietanza del deposito cauzionale definitivo; d) la nota prot. n. 2553 del 29 gennaio 2008, con cui l'Università ha richiesto la quietanza del deposito cauzionale definitivo; e) nei limiti di cui in ricorso, il bando di gara, il disciplinare, il capitolato speciale, la relazione tecnica, l'elenco prezzi, il computo metrico e tutti gli atti ed elaborati progettuali; f) i verbali di gara; g) il decreto n. 3401 del 27 gennaio 2007, con cui l'Università ha aggiudicato l'appalto in favore della ricorrente; g) il decreto n. 74 del 17 gennaio 2008, con cui l'Università ha autorizzato la stipula del contratto;

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

L'Università della Calabria ha indetto una procedura di gara, che l'odierna ricorrente si è aggiudicata, per l'affidamento dei lavori di realizzazione di percorsi per non vedenti sul ponte carrabile "*****".

Il totale dell'importo a base d'asta, al netto degli oneri per la sicurezza, era pari ad € 138.693,92, di cui € 99.592,20 per i lavori a corpo relativi al materiale in gomma necessario per la realizzazione di percorsi tattili pedonali tramite codici semplificati costituiti da una sinusoide per la direzione e da semisfere per la segnalazione di pericolo.

Dopo l'aggiudicazione, la ricorrente, adoperatasi per reperire la specifica striscia di gomma necessaria per l'esecuzione dei lavori, si è resa conto che il manufatto in questione era ancora in fase sperimentale ed è riuscita ad ottenere per il medesimo una sola offerta, il cui consistente importo avrebbe, però, determinato per la Ricorrente una perdita di quasi 50.000,00 € nella realizzazione dell'appalto.

A seguito di un articolato carteggio, la Stazione appaltante, sul rilievo della mancata stipula del contratto per inadempimento della ricorrente, ha revocato l'aggiudicazione e incamerato la cauzione provvisoria.

2. Nel proporre il presente gravame, la ricorrente ha formulato le seguenti domande: a) annullamento

degli atti indicati in epigrafe; b) condanna dell'Università al risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale; b) condanna dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990.

Il Collegio deve premettere che la Ricorrente non ha interesse all'annullamento della revoca dell'aggiudicazione, posto che l'appalto in questione, secondo quanto rappresentato dalla stessa ricorrente, non potrebbe essere correttamente eseguito alle condizioni previste, causa l'impossibilità di reperire sul mercato la striscia di gomma necessaria per l'esecuzione dei lavori. Non a caso la ricorrente, proprio in ragione dell'impossibilità di eseguire i lavori in questione, si è rifiutata di sottoscrivere il verbale di cui all'art. 71, terzo comma, d.p.r. n. 554/1999 e ha negato il proprio assenso alla stipula del contratto, per poi richiedere in questa sede la condanna dell'Amministrazione a titolo di responsabilità precontrattuale (ritenendo che l'impossibilità dell'accordo sia imputabile all'Università), ovvero ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990.

In effetti, nell'impugnare formalmente i numerosi provvedimenti di cui in epigrafe, la ricorrente sembra piuttosto voler sottolineare lo scorretto comportamento precontrattuale in cui l'Università sarebbe incorsa nei vari passaggi dell'iter procedimentale, come confermato dal fatto che alcune delle censure fanno esplicito riferimento alla "violazione dei principi di condotta in ambito precontrattuale" e alla "violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c."

Senonché l'eventuale responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione (che il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva nelle ipotesi di cui all'art. 244, primo comma, del d.lgs. n. 163/2006) prescinde dall'eventuale emanazione di atti illegittimi, in quanto la stessa sussiste in tutti i casi in cui possa rinvenirsi nel comportamento amministrativo un contegno contrario alle norme di diritto comune di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., indipendentemente dalla violazione di disposizioni imperative di diritto pubblico che possano determinare l'annullabilità di specifici provvedimenti.

Ne consegue l'inammissibilità dell'impugnazione di tutti gli atti indicati in epigrafe, alcuni dei quali, tra l'altro, non presentano affatto contenuto sfavorevole per la ricorrente (come, ad esempio, l'aggiudicazione o i verbali di gara).

Premessa, quindi, l'inammissibilità della richiesta di annullamento formulata dalla ricorrente, il Collegio deve esaminare le domande di accertamento del diritto della Ricorrente alla restituzione della cauzione e quella di condanna dell'Università al risarcimento del danno precontrattuale, o in subordine all'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990.

In ordine alla prima questione occorre premettere che l'art. 75, sesto comma, del d.lgs. n. 163/2006 dispone che la garanzia a corredo dell'offerta copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

La ricorrente afferma che la mancata sottoscrizione sarebbe imputabile all'Università, che avrebbe

previsto l'utilizzazione di una striscia in gomma non reperibile sul mercato, se non a costi di gran lunga esorbitanti rispetto all'importo dei lavori.

In particolare, con memoria depositata in data 25 settembre 2009, la Ricorrente ha rappresentato e documentato (tramite produzione del bando e del disciplinare) che l'Università ha indetto una nuova gara per gli stessi lavori di cui si tratta, il cui importo, al netto degli oneri di sicurezza risulta pari ad € 225.120,53 (a fronte dell'importo di € 138.693,92 previsto per la procedura cui ha partecipato la ricorrente).

Tale circostanza dimostra che in occasione della procedura oggi in esame l'importo dei lavori è stato erroneamente sottostimato dall'Università e che, proprio in ragione di tale erronea stima, la ricorrente ha rifiutato di sottoscrivere il verbale di cui all'art. 71, terzo comma, del d.p.r. n. 554/1999, nonché di stipulare il contratto.

Da ciò consegue l'inapplicabilità del citato art. 75, terzo comma, del d.lgs. n. 163/2006, atteso che nel caso in questione la mancata stipula del contratto non dipende da fatto dell'affidatario (o, quantomeno, non soltanto da fatto dell'affidatario), e consegue, altresì, la dichiarazione del diritto della ricorrente alla restituzione della cauzione provvisoria incamerata dall'Amministrazione.

Il Collegio non ritiene, invece, che il comportamento tenuto dall'Università nel corso della procedura possa integrare la fattispecie di cui all'art. 1337 c.c., in quanto nella specie occorre tener conto del contributo che la ricorrente ha dato, tramite il proprio comportamento, al cattivo esito delle trattative.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1200 del 6 novembre 2009, emessa dal Tar Calabria, Catanzaro

N. 01200/2009 REG.SEN.

N. 00784/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 784 del 2008, proposto da:

Ricorrente di *****, in persona del titolare, rappresentata e difesa dall'Avv. *****, domiciliata presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

Università degli Studi della Calabria, in persona del Rettore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro, domiciliata in Catanzaro, via G. Da Fiore, 34;

per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale o ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, previo annullamento dei seguenti provvedimenti: a) nei limiti di cui in ricorso, il decreto n. 1136 del 22 aprile 2008, con cui l'Università della Calabria ha revocato l'aggiudicazione definitiva precedentemente resa in favore della Ricorrente di ***** e ha disposto l'acquisizione della cauzione provvisoria; b) la nota prot. n. 12273 del 22 aprile 2008, con cui l'Università ha chiesto il pagamento di € 1.455,00 a titolo di cauzione provvisoria; c) la nota prot. n. 11410 del 15 aprile 2008, con cui l'Università ha sollecitato la produzione della quietanza del deposito cauzionale definitivo; d) la nota prot. n. 2553 del 29 gennaio 2008, con cui l'Università ha richiesto la quietanza del deposito cauzionale definitivo; e) nei limiti di cui in ricorso, il bando di gara, il disciplinare, il capitolato speciale, la relazione tecnica, l'elenco prezzi, il computo metrico e tutti gli atti ed elaborati progettuali; f) i verbali di gara; g) il decreto n. 3401 del 27 gennaio 2007, con cui l'Università ha aggiudicato l'appalto in favore della ricorrente; g) il decreto n. 74 del 17 gennaio 2008, con cui l'Università ha autorizzato la stipula del contratto;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Università degli Studi della Calabria A Cosenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 09/10/2009 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il presente gravame parte ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale o la condanna dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 e ha, altresì, impugnato i seguenti provvedimenti: a) nei limiti di cui in ricorso, il decreto n. 1136 del 22 aprile 2008, con cui l'Università della Calabria ha revocato l'aggiudicazione definitiva precedentemente resa in favore della Ricorrente di ***** e ha disposto l'acquisizione della cauzione provvisoria; b) la nota prot. n. 12273 del 22 aprile 2008, con cui l'Università ha chiesto il pagamento di € 1.455,00 a titolo di cauzione provvisoria; c) la nota prot. n. 11410 del 15 aprile 2008, con cui l'Università ha sollecitato la produzione della quietanza del deposito cauzionale definitivo; d) la nota prot. n. 2553 del 29 gennaio 2008, con cui l'Università ha richiesto la quietanza del deposito cauzionale definitivo; e) nei limiti di cui in ricorso, il bando di gara, il disciplinare, il capitolato speciale, la relazione tecnica, l'elenco prezzi, il computo metrico e tutti gli atti ed elaborati progettuali; f) i verbali di gara; g) il decreto n. 3401 del 27 gennaio 2007, con cui l'Università ha aggiudicato l'appalto in favore della ricorrente; g) il decreto n. 74 del 17 gennaio 2008, con cui l'Università ha autorizzato la stipula del contratto.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio, sollecitando il rigetto del gravame.

Nella pubblica udienza del 9 ottobre 2009, sentiti i difensori delle parti, come indicato in verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. L'Università della Calabria ha indetto una procedura di gara, che l'odierna ricorrente si è aggiudicata, per l'affidamento dei lavori di realizzazione di percorsi per non vedenti sul ponte carrabile "*****".

Il totale dell'importo a base d'asta, al netto degli oneri per la sicurezza, era pari ad € 138.693,92, di cui € 99.592,20 per i lavori a corpo relativi al materiale in gomma necessario per la realizzazione di percorsi tattili pedonali tramite codici semplificati costituiti da una sinusoide per la direzione e da semisfere per la segnalazione di pericolo.

Dopo l'aggiudicazione, la ricorrente, adoperatasi per reperire la specifica striscia di gomma necessaria per l'esecuzione dei lavori, si è resa conto che il manufatto in questione era ancora in fase sperimentale ed è riuscita ad ottenere per il medesimo una sola offerta, il cui consistente importo avrebbe, però, determinato per la Ricorrente una perdita di quasi 50.000,00 € nella realizzazione dell'appalto.

A seguito di un articolato carteggio, la Stazione appaltante, sul rilievo della mancata stipula del contratto per inadempimento della ricorrente, ha revocato l'aggiudicazione e incamerato la cauzione provvisoria.

2. Nel proporre il presente gravame, la ricorrente ha formulato le seguenti domande: a) annullamento degli atti indicati in epigrafe; b) condanna dell'Università al risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale; b) condanna dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990.

Il Collegio deve premettere che la Ricorrente non ha interesse all'annullamento della revoca dell'aggiudicazione, posto che l'appalto in questione, secondo quanto rappresentato dalla stessa ricorrente, non potrebbe essere correttamente eseguito alle condizioni previste, causa l'impossibilità di reperire sul mercato la striscia di gomma necessaria per l'esecuzione dei lavori. Non a caso la ricorrente, proprio in ragione dell'impossibilità di eseguire i lavori in questione, si è rifiutata di sottoscrivere il verbale di cui all'art. 71, terzo comma, d.p.r. n. 554/1999 e ha negato il proprio assenso alla stipula del contratto, per poi richiedere in questa sede la condanna dell'Amministrazione a titolo di responsabilità precontrattuale (ritenendo che l'impossibilità dell'accordo sia imputabile all'Università), ovvero ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990.

In effetti, nell'impugnare formalmente i numerosi provvedimenti di cui in epigrafe, la ricorrente sembra piuttosto voler sottolineare lo scorretto comportamento precontrattuale in cui l'Università sarebbe incorsa nei vari passaggi dell'iter procedimentale, come confermato dal fatto che alcune delle censure fanno esplicito riferimento alla "violazione dei principi di condotta in ambito precontrattuale" e alla "violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.". Senonché l'eventuale responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione (che il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva nelle ipotesi di cui all'art. 244, primo comma, del d.lgs. n. 163/2006) prescinde dall'eventuale emanazione di atti illegittimi, in quanto la stessa sussiste in tutti i casi in cui possa rinvenirsi nel comportamento amministrativo un contegno contrario alle norme di diritto comune di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., indipendentemente dalla violazione di disposizioni imperative di diritto pubblico che possano determinare l'annullabilità di specifici provvedimenti.

Ne consegue l'inammissibilità dell'impugnazione di tutti gli atti indicati in epigrafe, alcuni dei quali, tra

l'altro, non presentano affatto contenuto sfavorevole per la ricorrente (come, ad esempio, l'aggiudicazione o i verbali di gara).

Né al riguardo può farsi eccezione per il decreto n. 1136 del 22 aprile 2008, nella parte in cui ha disposto l'acquisizione della cauzione provvisoria, posto che la questione concerne una posizione di diritto soggettivo che può esser tutelata a prescindere dall'impugnazione del provvedimento in questione.

Piuttosto, la richiesta di annullamento in parte qua del menzionato decreto deve intendersi come richiesta di accertamento del diritto - che il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva: sul punto, cfr. Tar Latina, I, n. 197/2006 - della ricorrente alla restituzione della cauzione incamerata dall'Amministrazione.

3. Premessa, quindi, l'inammissibilità della richiesta di annullamento formulata dalla ricorrente, il Collegio deve esaminare le domande di accertamento del diritto della Ricorrente alla restituzione della cauzione e quella di condanna dell'Università al risarcimento del danno precontrattuale, o in subordine all'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990.

In ordine alla prima questione occorre premettere che l'art. 75, sesto comma, del d.lgs. n. 163/2006 dispone che la garanzia a corredo dell'offerta copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

La ricorrente afferma che la mancata sottoscrizione sarebbe imputabile all'Università, che avrebbe previsto l'utilizzazione di una striscia in gomma non reperibile sul mercato, se non a costi di gran lunga esorbitanti rispetto all'importo dei lavori.

In particolare, con memoria depositata in data 25 settembre 2009, la Ricorrente ha rappresentato e documentato (tramite produzione del bando e del disciplinare) che l'Università ha indetto una nuova gara per gli stessi lavori di cui si tratta, il cui importo, al netto degli oneri di sicurezza risulta pari ad € 225.120,53 (a fronte dell'importo di € 138.693,92 previsto per la procedura cui ha partecipato la ricorrente).

Tale circostanza dimostra che in occasione della procedura oggi in esame l'importo dei lavori è stato erroneamente sottostimato dall'Università e che, proprio in ragione di tale erronea stima, la ricorrente ha rifiutato di sottoscrivere il verbale di cui all'art. 71, terzo comma, del d.p.r. n. 554/1999, nonché di stipulare il contratto.

Da ciò consegue l'inapplicabilità del citato art. 75, terzo comma, del d.lgs. n. 163/2006, atteso che nel caso in questione la mancata stipula del contratto non dipende da fatto dell'affidatario (o, quantomeno, non soltanto da fatto dell'affidatario), e consegue, altresì, la dichiarazione del diritto della ricorrente alla restituzione della cauzione provvisoria incamerata dall'Amministrazione.

Il Collegio non ritiene, invece, che il comportamento tenuto dall'Università nel corso della procedura possa integrare la fattispecie di cui all'art. 1337 c.c., in quanto nella specie occorre tener conto del contributo che la ricorrente ha dato, tramite il proprio comportamento, al cattivo esito delle trattative.

Premesso, infatti, che l'obbligo di buona fede nelle trattative va inteso in senso oggettivo (Cass., n. 340/1988), potendo, quindi, venire in rilievo un contegno meramente colposo dei contraenti, con riferimento al caso in esame va osservato che, tenuto conto della semplicità dei lavori da eseguire e dello specifico rilievo che la fornitura della striscia di gomma di cui si tratta avrebbe assunto nell'economia degli stessi, non solo l'Amministrazione, ma anche la ricorrente era tenuta a verificare l'effettiva congruità del prezzo di tale materiale (come indicato negli atti di gara), di talché la Ricorrente non può oggi imputare all'Università le conseguenze di un'omessa verifica che, secondo canoni di ordinaria diligenza, avrebbe dovuto compiere essa stessa.

Tale conclusione è confermata dal fatto che la stessa ricorrente, in sede di gara, ha formulato le dichiarazioni di cui all'art. 71, secondo comma, del d.p.r. n. 554/1999, come puntualmente indicato nel provvedimento di revoca.

Per quanto attiene la richiesta di indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, deve, invece, osservarsi che, ai sensi del primo comma della disposizione indicata, la revoca che può giustificare la corresponsione dell'indennizzo è quella dipendente da sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero da mutamento della situazione di fatto o da nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, mentre nel caso di specie il provvedimento in autotutela è stato assunto in ragione della mancata stipula del contratto da parte dell'interessata (cioè per un comportamento formalmente riferibile alla ricorrente). Né varrebbe obiettare che il rifiuto della stipula è, in effetti, dipeso dall'erronea indicazione del prezzo di cui si è discusso, posto che anche la successiva consapevolezza (da parte dell'Amministrazione) di tale erroneità non potrebbe qualificarsi, comunque, come sopravvenuto motivo di pubblico interesse, né come mutamento della situazione di fatto, né come nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

4. Per le considerazioni che precedono il presente ricorso deve essere accolto solo in relazione alla richiesta di accertamento del diritto della ricorrente alla restituzione della cauzione provvisoria incamerata dall'Amministrazione.

Sono rigettate le ulteriori domande.

In ragione della reciproca soccombenza e della peculiarità della lite, sussistono giusti motivi per compensare interamente fra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

1) in accoglimento parziale del ricorso in epigrafe, dichiara il diritto della Ricorrente di ***** alla restituzione della cauzione provvisoria che l'Università della Calabria ha

tteso-che-nel-caso-in-questione-la-mancata-stipula-del-contratto-non-dipende-da-fatto-dell-affidatario-o-q/