

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28919-la-qualificazione-della-responsabilit-come-precontrattuale-non-impedisce-il-ristoro-del-danno-da-perdita-di-chance>

Autore: Lazzini Sonia

**la qualificazione della responsabilità come precontrattuale
non impedisce il ristoro del danno da perdita di chance.**

C.St. 11.01.2009 n. 20_TRE

la qualificazione della responsabilità come precontrattuale non impedisce il ristoro del danno da perdita di chance.

Tuttavia nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., la parte che invoca il danno da perdita di chance ne deve fornire la prova rigorosa.

Le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza.

se in luogo dell'aggiudicazione si consegue il danno da mancato utile, parallelamente non spetta il danno per le spese di gara.

Sulle voci di danno e la misura del risarcimento spettante all'a.t.i. ricorrente

Con ulteriore ordine di censure, rubricate sub VI dell'atto di appello (da pag. 62 a pag. 74) si formulano contestazioni sulla liquidazione del danno da parte del Tar.

Con la censura VI.1) si contesta la sentenza nella parte in cui non ha riconosciuto alcune voci di danno e, segnatamente:

- a) il danno da perdita di chance;
- b) euro 5.000 a titolo di consulenze;
- c) il danno da perdita della qualificazione OS28.

Sul danno da perdita di chance

Il Tar ha negato il danno da perdita di chance qualificando la responsabilità come precontrattuale; obietta parte appellante che anche nella responsabilità precontrattuale la giurisprudenza riconosce, come voce di danno, la perdita di altre favorevoli occasioni. Nella specie, poi, considerato che la trattativa con l'I.N.A.I.L. è durata quasi tre anni, l'impresa poteva sia eseguire il contratto con l'I.N.A.I.L. sia altri contratti, sicché sarebbero cumulabili il danno da mancato utile e il danno da perdita di chance.

E sul danno da spese di gara?

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Il mezzo va disatteso, con argomenti diversi da quelli utilizzati dal Tar.

Nella responsabilità precontrattuale, va ristorato il c.d. interesse negativo, comprensivo delle spese subite inutilmente in relazione alla trattativa, nonché della perdita di altre favorevoli occasioni, mentre non può essere ristorato l'interesse positivo, vale a dire il mancato guadagno che sarebbe derivato dal contratto non stipulato (Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2004 n. 8220; Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009 n. 4111).

Le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza.

Tale prova nel caso di specie non è fornita, in quanto i documenti 25 e 26 della produzione di appello non costituiscono prova idonea della perdita di chance.

Si tratta di elenchi di bandi di gara pubblicati nel periodo in cui era in corso la trattativa per cui è processo. Sicché l'appellante assume che a causa della trattativa in corso l'a.t.i. non ha potuto concorrere ad altre gare.

Tuttavia non vi è alcuna prova:

- a) che l'a.t.i. ha presentato domanda di partecipazione;
- b) che avesse un margine di possibilità di vittoria;
- c) che le maestranze e i mezzi d'opera dell'a.t.i. sono di entità tale da impedirle di essere contemporaneamente impegnata sul fronte delle trattative con l'I.N.A.I.L. e sul fronte della partecipazione ad altre gare di appalto.

Non risulta dunque provato che nel periodo della trattativa si siano presentate all'a.t.i. concrete favorevoli occasioni, a cui ha dovuto rinunciare per tenersi a disposizione dell'I.N.A.I.L.

Sul danno da spese di gara

13. Quanto alle spese di gara, deduce l'appellante di aver documentato, invocando il doc. 24-bis, euro 5.413,06 per spese di partecipazione alla gara.

13.1. Il mezzo è infondato.

Il Collegio rileva che nella produzione documentale di primo grado e di appello non c'è un documento 24-bis, ma un documento 24, con allegati, che si riferisce all'importo indicato dall'appellante in euro 5.413,06, con cui effettivamente risultano documentati costi di partecipazione alla gara.

13.2. Tuttavia sono inclusi:

a) sia documenti relativi a spese inerenti la gara originaria e risalenti perciò al 2001 (spese di trasporto di 47 euro e 377 euro per consegna offerta il 20 settembre 2001; 450 euro per consulenza assicurativa fattura del 14 settembre 2001; 284,05 euro per polizza assicurativa in data 10 settembre 2001; spese postali e taxi varie del 2001; circa 10 euro per spese autentica certificato SOA nel 2001; spese per fotocopie fattura 11 settembre 2001);

b) sia documenti relativi a spese sostenute dopo il giudicato del Consiglio di Stato n. 1716/2003, durante la trattativa con l'Ente per il subentro nel contratto (spese notarili per costituzione a.t.i. fattura 27 aprile 2005 per importo 768, 81 euro).

Si devono senz'altro escludere dal risarcimento le spese subite in relazione alla gara originaria, in quanto il giudicato del Consiglio di Stato n. 1716/2003 ha escluso la colpa dell'Amministrazione e il diritto al risarcimento di qualsivoglia danno.

Sicché, si devono, in astratto, valutare solo le spese sostenute per la nuova trattativa con l'Ente, successiva al giudicato citato.

nel riconoscimento del danno da mancata aggiudicazione, se viene attribuito il ristoro del danno da mancato utile, viene escluso il danno relativo alle spese subite, in quanto nelle pubbliche gare di appalto all'aggiudicatario non viene riconosciuto il rimborso delle spese sostenute per la gara, implicitamente assorbite dal compenso per l'esecuzione dell'appalto. E, invero, nella somma liquidata a titolo di ristoro dell'utile di impresa perduto, è già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato per la partecipazione alla gara; si evitano in tal modo ingiustificate locupletazioni derivanti dalla medesima partita di danno (Cons. giust. sic., 22 giugno 2006 n. 315; Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967).

Sicché, se in luogo dell'aggiudicazione si consegue il danno da mancato utile, parallelamente non spetta il danno per le spese di gara.

Va anzitutto disattesa la pretesa all'attualizzazione del corrispettivo dell'appalto.

Va osservato che chi subentra in un appalto in corso di esecuzione, non può conseguire un beneficio maggiore rispetto a quello che avrebbe avuto se fosse stato ab initio aggiudicatario.

Infatti il subentro avviene in un appalto già aggiudicato, secondo le condizioni della gara originaria e l'offerta fatta dal subentrante in quella originaria gara.

Negli appalti in corso di esecuzione, le oscillazioni dei prezzi non sono rilevanti in sé, ma solo attraverso i meccanismi del prezzo chiuso e della compensazione in caso di oscillazione di alcuni prezzi in misura superiore al 10%.

Ma appunto, si tratta di rimedi che si applicano in corso di esecuzione dell'appalto.

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della decisione numero 10 dell' 11 gennaio 2010, emessa dal Consiglio di Stato

N. 00020/2010 REG.DEC.

N. 01977/2009 REG.RIC.

N. 02198/2009 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

DECISIONE

1) sul ricorso n.r.g. 1977/2009, proposto da Ricorrente Costruzioni s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con Ricorrente due s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, via del Mascherino, n. 72;

contro

I.N.A.I.L., rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Pone e Lucia Anna Rita Sonnante, con domicilio eletto presso l'avvocatura dell'Ente, in Roma, via Pierluigi da Palestrina, n. 8;

2) sul ricorso n.r.g. 2198/2009, proposto da I.N.A.I.L., rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Pone e Lucia Anna Rita Sonnante, con domicilio eletto presso l'avvocatura dell'Ente, in Roma, via Pierluigi da Palestrina, n. 8;

contro

Ricorrente Costruzioni s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Ricorrente due s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, via del Mascherino, n. 72;

entrambi per la riforma

della sentenza del Tar Lazio – Roma, sezione III-quater, n. 9937/2008, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2009 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Angela Canta (per delega dell'avv. Zoppolato), Pone e Sonnante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Riunione degli appelli

1. Preliminarmente va disposta la riunione dei due appelli, proposti contro la medesima sentenza.

Le vicende anteriori al giudizio

2. Con determinazione dell'8 aprile 2002 l'I.N.A.I.L. – direzione centrale patrimonio, aggiudicò, a seguito di gara pubblica, i lavori di manutenzione straordinaria del centro di riabilitazione protesico di Lamezia Terme all'impresa Controinteressata geom. Ermanno.

2.1. Contro tale aggiudicazione l'a.t.i. Ricorrente – Ricorrente due, seconda in graduatoria, presentò ricorso al T.a.r. Lazio – Roma, lamentando che la Controinteressata andava esclusa dalla gara perché aveva subappaltato la categoria di lavori OS30 la cui qualificazione era richiesta obbligatoriamente dal bando.

2.2. Il contratto fu stipulato il 23 luglio 2002, e i lavori consegnati il 4 settembre 2002, a seguito di ordinanza di rigetto della domanda cautelare e di dispositivo del Tar del 12 giugno 2002 di parziale inammissibilità del ricorso.

2.3. Su appello dell'a.t.i., il Consiglio di Stato riformò la sentenza del Tar Lazio, con decisione 3 aprile 2003 n. 1716 (preceduta da dispositivo 20 febbraio 2003 n. 73), disponendo:

a) l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della Controinteressata;

b) il rigetto della domanda di risarcimento del danno per equivalente per i lavori già realizzati dalla Controinteressata, ritenendo insussistente la colpa dell'amministrazione;

c) il dovere dell'Amministrazione di emanare il provvedimento preteso (cioè l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. vittoriosa in giudizio).

2.4. L'a.t.i. con una pluralità di diffide, notificate a partire dal 14 aprile 2003, intimò all'Amministrazione di dare esecuzione alla citata decisione del Consiglio di Stato e, per l'effetto, di sospendere i lavori in corso e di procedere all'aggiudicazione dei lavori residui in proprio favore.

2.5. In data 15 maggio 2003 l'I.N.A.I.L. ordinò formalmente all'impresa Controinteressata la sospensione dei lavori.

2.6. In data 27 giugno 2003 l'I.N.A.I.L. comunicò all'a.t.i. di aver proceduto alla formale aggiudicazione in suo favore.

2.7. All'aggiudicazione seguì una fase di trattative che tuttavia non sfociò nella stipulazione del contratto. Con nota del 14 maggio 2004 l'a.t.i. comunicò all'Ente che riteneva le trattative non andate a buon fine per colpa dell'Ente e annunciava l'intento di intraprendere le vie legali per conseguire il risarcimento del danno.

Nel periodo da maggio 2004 a febbraio 2005 le trattative proseguirono con incontri tra le parti.

L'Ente rispose definitivamente a febbraio 2005, comunicando le definitive condizioni a cui era disposto a stipulare il contratto con l'a.t.i.

Quest'ultima con lettera del 23 febbraio 2005 respingeva la proposta, considerandola tardiva anche perché successiva alla nel frattempo intervenuta proposizione di ricorso al Tar.

Il giudizio di primo grado

2.8. Di qui un ricorso al T.a.r. Lazio da parte dell'a.t.i., notificato in data 8 febbraio 2005, volto a far accertare la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione e a conseguire il risarcimento del danno richiesto, <<a norma dell'art. 1337 c.c. e/o dell'art. 2043 c.c.>> (pag. 11 del ricorso di primo grado):

a) nella misura del mancato utile da rapportarsi all'ammontare dei lavori residui da quantificarsi nella quantità che spettava all'a.t.i. eseguire;

b) a titolo di perdita della qualificazione e di altre favorevoli occasioni.

Per la prima voce è stato chiesto un risarcimento del danno pari a euro 1.100.000; per la seconda è stato chiesto un risarcimento del danno pari a euro 300.000.

2.9. La tesi dell'a.t.i. si incentra sui seguenti essenziali elementi:

a) dopo la formale aggiudicazione, la stipulazione del contratto non sarebbe seguita per colpa dell'Amministrazione, che avrebbe tenuto un comportamento ostruzionistico e defatigante;

b) l'Amministrazione avrebbe consentito la prosecuzione dei lavori all'originaria aggiudicataria dopo la notifica della sentenza, ordinando la sospensione dei lavori oltre un mese dopo la pubblicazione e notificazione della sentenza;

c) anzi, i lavori sarebbero proseguiti pure dopo il formale ordine di sospensione dei lavori;

d) consentendosi la prosecuzione dei lavori da parte dell'originaria aggiudicataria, si sarebbe ridotto l'ammontare dei lavori residui spettanti all'a.t.i., in suo danno;

e) nonostante le reiterate richieste dell'a.t.i., l'Amministrazione:

- avrebbe mantenuto in capo all'originaria aggiudicataria la custodia del cantiere,

- non avrebbe consentito all'a.t.i. l'accesso agli atti e al cantiere;

- non avrebbe redatto un progetto stralcio con esatta indicazione delle opere residue da eseguire;

- non avrebbe consentito al necessario aggiornamento dei prezzi, considerato il tempo trascorso dalla originaria gara;

- avrebbe preteso il versamento di cauzioni e polizze assicurative in misura integrale, senza considerare che l'importo residuo dei lavori era inferiore a quello dei lavori originariamente aggiudicati.

2.10. A sua volta l'I.N.A.I.L. ha proposto, con ricorso incidentale, domanda riconvenzionale volta a far valere la responsabilità precontrattuale dell'a.t.i. Assume l'Ente che la stipula del contratto non avrebbe avuto luogo per colpa dell'a.t.i. che avrebbe posto in essere un comportamento ostruzionistico, che evidenzerebbe l'assenza di una reale volontà di subentrare nel contratto, e il reale intento di conseguire il risarcimento per equivalente.

2.11. In particolare, l'a.t.i. avrebbe illegittimamente preteso:

- a) di subappaltare i lavori alla precedente aggiudicataria, dopo aver fatto annullare l'originaria gara proprio per difetto di requisiti in capo alla precedente aggiudicataria;
- b) di ottenere un progetto stralcio non previsto da alcuna norma;
- c) di prestare le garanzie in misura inferiore a quella dovuta;
- d) di ottenere aggiornamenti dei prezzi e dunque una inammissibile modifica dell'originaria offerta.

Il danno per l'I.N.A.I.L. sarebbe costituito:

- a) dalle spese di custodia del cantiere;
- b) dalla necessità di indizione di nuova gara ad un prezzo maggiore rispetto a quello ottenuto nella gara originaria.

Per tali voci il danno è stato chiesto nella misura di euro 847.439,40.

2.12. Il ricorso dell'a.t.i. era stato inizialmente dichiarato dal Tar inammissibile per difetto di giurisdizione (con sentenza n. 9941/2005).

2.13. Il Consiglio di Stato, con decisione della sesta sezione, 6 luglio 2006 n. 4297, in accoglimento di appello dell'a.t.i., ha annullato con rinvio la sentenza declinatoria della giurisdizione, affermando che il ricorso, essendo volto a chiedere

il ristoro del danno da mancata o ritardata esecuzione del giudicato del Consiglio di Stato n. 1716/2003, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

La citata decisione n. 4297/2006 non ha esaminato la domanda riconvenzionale dell'I.N.A.I.L., né in punto di giurisdizione, né sul merito.

2.14. Il giudizio è pertanto proseguito davanti al T.a.r. Lazio che, disposta c.t.u., sulla base delle risultanze della medesima, ha accolto in parte sia il ricorso principale che la domanda riconvenzionale dell'I.N.A.I.L., ravvisando in capo ad entrambe le parti la responsabilità precontrattuale.

Assume il Tar che:

a) l'I.N.A.I.L. non sarebbe stato tenuto a dare esecuzione alla decisione del Consiglio di Stato n. 1716/2003 prima del suo passaggio in giudicato, sicché legittimamente avrebbe ordinato la sospensione dei lavori solo in data 15 maggio 2003 (capo 2.1.1.a), pagg. 7-9);

b) in ogni caso il termine di 37 giorni dalla sentenza, nel quale l'I.N.A.I.L. si è attivato per eseguirla, sarebbe congruo, rispondente alle comuni dinamiche dei procedimenti, e non animato da intenti dilatori o ostruzionistici (capo 2.1.1.a), pagg. 9-10);

c) non vi sarebbe, alla luce delle risultanze della c.t.u., la prova che i lavori sarebbero proseguiti anche dopo l'ordine formale di sospensione; se è vero che si riscontra un incremento dei lavori secondo gli ultimi s.a.l. rispetto ai precedenti, tuttavia questo sarebbe un mero indizio, che non troverebbe riscontro in altri elementi; per converso, da un lato la Controinteressata risulta aver proceduto al licenziamento delle maestranze del cantiere, come da comunicazione del 5 giugno 2003 diretta al competente Ufficio del lavoro, dall'altro lato, dall'accesso al cantiere in data 30 luglio 2003, non risulterebbe, rispetto al precedente accesso del 22 maggio 2003, che siano stati eseguiti ulteriori lavori (capo 2.1.1.b), pagg. 10-18);

d) pretestuosa sarebbe la lagnanza dell'a.t.i. circa il mancato accesso ai documenti contabili, atteso che le è stato consentito l'accesso al cantiere e che, in difetto di nuovi lavori dopo l'ordine di sospensione, la contabilità sarebbe *res inter alios* (capo 2.1.1.c), pag. 18);

e) dalla mancata estromissione dell'originaria aggiudicataria dalla custodia del cantiere non si desumerebbe, in difetto di altri elementi, la prova che i lavori sarebbero proseguiti dopo l'ordine di sospensione (capo 2.1.1.d), pag. 18);

f) correttamente l'I.N.A.I.L. non avrebbe accolto la richiesta dell'a.t.i. di subappaltare i residui lavori della categoria OS30 alla originaria aggiudicataria, atteso che il subentro in un contratto in virtù di un giudicato deve avvenire in base alle originarie condizioni di gara, sicché continuava a valere il divieto, imposto dal bando originario, di subappalto dei lavori della categoria OS30, valevole anche *medio tempore*, in virtù dei lavori già eseguiti, si è ridotta la incidenza percentuale dei lavori OS30 sul totale (capo 2.1.1.e), pagg. 18-19);

g) sarebbe parzialmente corretta la lagnanza dell'a.t.i. in ordine all'avvenuta contabilizzazione, in favore dell'originaria aggiudicataria, di prezzi arbitrari e maggiori rispetto a quelli risultanti dall'originaria offerta del 17 settembre 2001; dalla c.t.u., in particolare, risulterebbero concordati tra le parti nove nuovi prezzi; la maggiorazione dei prezzi avrebbe eroso, per la parte corrispondente alle differenze con i prezzi di mercato, le quote di risorse spettanti all'a.t.i. (capo 2.1.2.a), pagg. 20-22);

h) sarebbe incongruo il corrispettivo offerto dall'I.N.A.I.L. all'a.t.i. per le residue opere da realizzare, sotto un duplice profilo:

h.1) perché l'importo originariamente offerto pari a euro 3.065.823,23, comprendeva euro 243.000 a titolo di maggiorazione per la frammentarietà dei lavori delle lavorazioni residue, ma poi nello schema di contratto tale importo veniva decurtato; h.2), perché, a distanza di quattro anni dall'originaria gara, il

corrispettivo calcolato alle medesime condizioni della gara originaria era inadeguato, a causa dell'aumento dei prezzi di 20 delle principali lavorazioni delle opere civili; l'incongruità dei prezzi sarebbe dimostrata anche dalla circostanza che, fallite le trattative, l'Ente indiceva una nuova gara con prezzo a base di gara più elevato rispetto al corrispettivo offerto all'a.t.i. (capo 2.1.2.b), pagg. 22-23);

i) l'I.N.A.I.L. avrebbe tenuto una condotta ostruzionistica, desumibile dai seguenti elementi:

i.1) pretestuosa sarebbe la richiesta di sottoscrizione del verbale di immediata eseguibilità dei lavori, senza che fosse stato approvato il progetto esecutivo del lotto stralcio, alla luce della incertezza della situazione di fatto;

i.2) illegittima sarebbe la richiesta della cauzione definitiva in misura corrispondente all'originario ammontare dei lavori, nel frattempo già eseguiti per il 60% da altra impresa, mentre si poteva esigere la cauzione solo in rapporto ai lavori ancora da eseguire;

i.3) parimenti illegittima sarebbe la pretesa di polizza assicurativa ai sensi dell'art. 103, d.P.R. n. 554/1999 nella misura intera prevista dall'originario bando di gara; invece, per la parte dei lavori già eseguiti la copertura assicurativa doveva rimanere a carico della originaria aggiudicataria; (capo 2.1.2.c), pagg. 23 - 25);

l) nel caso in cui, in virtù di giudicato, una impresa, vittoriosa in giudizio, conseguiva l'aggiudicazione e subentrava in un contratto in corso, la diminuita prestazione induceva condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi dell'appalto, di cui la stazione appaltante dovrebbe tenere conto; il subentro nel contratto avverrebbe a titolo derivato dal giudicato, tra il contratto originario e quello successivo vi sarebbe un sinallagma funzionale, occorrendo delimitare le prestazioni già eseguite rispetto a quelle da eseguirsi; di qui la necessità di tempestiva redazione, da parte della stazione appaltante, sia dello stato finale dei lavori eseguiti in virtù del primo contratto, sia di un progetto esecutivo del lotto stralcio contenente l'esatta

individuazione delle opere da completare o realizzare e il calcolo dei maggiori oneri; per la residua parte dei lavori l'importo andrebbe calcolato in base all'offerta presentata in gara, ma attualizzato alla data di pubblicazione della sentenza; siffatta attualizzazione dovrebbe avvenire con il criterio del prezzo chiuso, che però nella specie non potrebbe trovare applicazione in difetto di oscillazioni dei prezzi nella misura prevista dalla legge; nel progetto stralcio i maggiori oneri andrebbero commisurati alla nuova cantierizzazione e ai rinnovati oneri di sicurezza, e ai maggiori costi per la frammentazione (capo 2.2., pagg. 25 – 28);

m) sussisterebbe il nesso di causalità tra la condotta antigiuridica dell'I.N.A.I.L. e il danno patito dall'a.t.i. quanto alle seguenti voci:

m.1) diminuzione dell'importo spettante all'a.t.i. a causa di un ingiustificato aumento dei prezzi in favore della precedente aggiudicataria;

m.2) mancata immediata redazione di progetto stralcio;

m.3) condotte ostruzionistiche quali la richiesta di cauzione definitiva e polizza sproporzionate e la richiesta di dichiarazione di immediata eseguibilità lavori;

m.4) mancata valutazione della possibilità di applicare il prezzo chiuso, sia pure per giungere alla conclusione che non era dovuto;

m.5) diniego dei maggiori oneri connessi con la frammentazione dei lavori (capo 2.3., pagg. 28-29);

n) i danni alla ricorrente andrebbero liquidati secondo un criterio equitativo, tenendo tuttavia conto del concorso di colpa del creditore (capo 2.4., pagg. 29-30);

o) non potrebbero essere accolte le richieste di risarcimento relative ai seguenti importi:

o.1) una percentuale dell'1% del valore dell'appalto, pretesa preclusa dal giudicato n. 1716/2003;

o.2) euro 5.000 a titolo di generiche consulenze, per difetto di prova;

o.3) euro 25.000 per perdita della qualificazione per la categoria OS28 da parte dell'Ricorrente, atteso che tale qualificazione non è stata persa, non essendo mai stata posseduta;

o.4) danno curriculare (per mancata indicazione dell'appalto tra i lavori eseguiti), perché trattandosi di responsabilità precontrattuale il danno va limitato all'interesse negativo e l'interesse negativo non comprenderebbe il danno da perdita di *chance* (capo 2.4.a), pagg. 30-31);

p) andrebbero riconosciuti all'a.t.i. i seguenti danni: considerato il concorso di colpa del danneggiato: il danno da mancato utile andrebbe quantificato nella misura del 5% sull'importo di euro 3.065.803,23, per un totale di euro 153.300; il danno per gli oneri per i cantieri e la sicurezza pari a 2.500 euro (5% di 50.000 euro); spese per trasferte a Roma per euro 18.000; spese per il contenzioso pari a euro 11.775 (capo 2.4.b), pagg. 31-32); andrebbero riconosciuti gli interessi, ma non spetterebbe la rivalutazione monetaria, dovendosi applicare ai debiti di valore l'art. 1224,co. 2, c.c.

q) quanto al ricorso incidentale dell'I.N.A.I.L., andrebbe disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione, in quanto la giurisdizione sarebbe stata affermata dalla decisione del Consiglio di Stato n. 4297/2006, e andrebbe disattesa l'eccezione di tardività del ricorso perché trattandosi di domanda risarcitoria non valgono i termini dell'art. 23-*bis*, l. Tar, ma i termini dell'art. 416 c.p.c. per le domande riconvenzionali (capo 3.1., pag. 32);

r) talune condotte sarebbero ascrivibili all'a.t.i. a titolo di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'I.N.A.I.L., e, segnatamente, i tentativi di interferire nella chiusura del precedente cantiere, la pretesa di subappaltare opere non subappaltabili, l'assunzione di un atteggiamento di chiusura, con toni talora provocatori e minatori, e l'intenzionale e pretestuosa mancata presentazione agli appuntamenti (capo 3.2., pag. 33);

s) tali condotte, nel loro complesso, violerebbero il dovere di buona fede e sarebbero causa di danno per l'I.N.A.I.L. (capi 3.3. e 3.4., pagg. 33-34);

t) non sarebbero imputabili all'a.t.i. le seguenti voci di danno:

t.1) spese di custodia sostenute dall'I.N.A.I.L. nella misura di euro 285.000, per il periodo 15 novembre 2003-18 aprile 2005, perché il prolungarsi della permanenza del cantiere sarebbe ascrivibile sia all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, sia alla necessità di contabilizzare le opere già realizzate;

t.2) euro 437.692,06 per oneri per il personale assunto per essere destinato al Centro di Lamezia Terme, la cui ristrutturazione comunque non era completata;

t.3) il danno all'immagine, che non rientra nell'interesse negativo (capo 3.4.a), pagg. 34-35);

u) quanto al danno chiesto dall'I.N.A.I.L. per il maggior costo della nuova aggiudicazione nella misura di euro 1.365.987,84, di esso non sarebbe causa esclusiva, ma solo concausa, la condotta dell'a.t.i., nella misura del 5%, con conseguente spettanza all'I.N.A.I.L. del risarcimento nella misura di euro 68.300 (capo 3.4.b.1), pag. 35);

v) quanto alle spese di custodia per il periodo dal 19 aprile 2005 in poi, richieste nella misura di 297.102 euro, di esse sarebbe concausa la condotta dell'a.t.i. nella misura del 5%, con conseguente spettanza all'I.N.A.I.L. del risarcimento nella misura di euro 14.885 (capo 3.4.b.2), pagg. 35-36);

z) conclusivamente, andrebbero riconosciuti euro 185.555 in favore dell'a.t.i. e euro 83.185 in favore dell'I.N.A.I.L., con conseguente compensazione parziale, e debenza, sull'importo residuo dell'a.t.i. (poco più di 102.000 euro), dei soli interessi, con decorrenza dalla data del fatto illecito.

Infine, il Tar ha posto le spese di c.t.u. a carico dell'a.t.i. nella misura di un terzo e carico dell'I.N.A.I.L. nella misura dei due terzi.

I due appelli

3. La sentenza è stata appellata sia dall'a.t.i. che dall'I.N.A.I.L.

3.1. Con l'appello dell'a.t.i., senza contestarsi i quesiti sottoposti al c.t.u. e le risultanze della c.t.u., si assume che il giudice di primo grado avrebbe male interpretato le conclusioni peritali; in ogni caso importanti questioni sarebbero rimaste prive di risposta nell'ambito della c.t.u.; si fornisce della c.t.u. una lettura diversa rispetto a quella effettuata dal giudice di primo grado (da pag. 1 a pag. 48 dell'atto di appello).

Da pag. 49 in poi dell'atto di appello, vengono articolate le censure contro le statuizioni della sentenza; le censure sono volte, da un lato, a conseguire un maggiore risarcimento rispetto a quello liquidato in prime cure, e, dall'altro lato, a contestare il risarcimento accordato all'I.N.A.I.L.

3.2. Parimenti l'appello dell'I.N.A.I.L. è volto da un lato, a conseguire un maggiore risarcimento rispetto a quello liquidato in prime cure, e, dall'altro lato, a contestare il risarcimento accordato all'a.t.i.

Questione preliminare sull'appello dell'a.t.i. Ricorrente

4. Nell'ordine logico va esaminato per primo l'appello dell'a.t.i.

Prima di esaminare nel dettaglio l'appello dell'a.t.i., occorre affrontare una questione preliminare che, se accolta, impedirebbe lo studio nel dettaglio di buona parte dell'appello.

4.1. L'I.N.A.I.L. contesta in radice la misura del risarcimento accordato all'a.t.i., sotto il profilo che il T.a.r. dopo aver correttamente affermato la natura precontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione, contraddittoriamente non ha liquidato il danno nei limiti dell'interesse negativo, ma ha riconosciuto l'interesse positivo, e dunque il mancato utile. Si sostiene che nella responsabilità precontrattuale non potrebbe essere riconosciuto il mancato utile, e che comunque

il mancato utile non potrebbe essere forfetariamente liquidato nella misura del 10%, dovendo essere rapportato all'utile effettivo quale risulta dall'offerta presentata in gara.

4.2. Sul punto il Collegio osserva che la sentenza appare effettivamente contraddittoria laddove da un lato qualifica la responsabilità come precontrattuale, e dall'altro lato non ne trae la conseguenza di limitare la misura del risarcimento all'interesse negativo (comprensivo delle spese sostenute e della perdita di favorevoli occasioni) con esclusione dei vantaggi che si sarebbero conseguiti in caso di stipulazione ed esecuzione del contratto (Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2000 n. 1632; Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2004 n. 8220). Infatti il Tar riconosce anche il ristoro dell'interesse positivo (mancato utile). Il Collegio, poi, ritiene non condivisibile che il mancato utile venga forfetariamente quantificato nella misura del 10% del prezzo offerto in gara, preferendo l'orientamento che individua la percentuale di utile effettivo quale si desume dall'offerta presentata in gara (*ex plurimis*: Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2867; Id., 6 aprile 2009 n. 2143).

4.3. Tuttavia, posto che vi sono puntuali statuizioni della sentenza di primo grado che riconoscono il lucro cessante nonostante la qualificazione della responsabilità come precontrattuale, e quantificano il mancato utile forfetariamente nella misura del 10%, su tali statuizioni vi è la soccombenza dell'I.N.A.I.L. che sostiene la tesi opposta. Sicché, tali statuizioni, stante la soccombenza, dovevano essere contestate dall'I.N.A.I.L. mediante appello, invece risultano contestate solo con memoria non notificata.

4.4. Ne deriva l'inammissibilità delle questioni medesime, a causa del passaggio in giudicato di siffatte statuizioni, in difetto di tempestiva impugnazione.

Sicché il Collegio deve mantenere fermo il criterio stabilito dal Tar, e non impugnato, della risarcibilità dell'interesse positivo inteso come mancato utile, e della sua quantificazione forfetaria nella misura del 10%.

Sul momento di insorgenza del dovere di ordinare la sospensione dei lavori

5. Con l'appello dell'a.t.i si contesta anzitutto (motivo rubricato V.1), da pag. 49 a pag. 52 del'atto di appello) l'assunto della sentenza di primo grado, secondo cui l'I.N.A.I.L. non era tenuto a dare esecuzione alla decisione del Consiglio di Stato n. 1716/2003 prima del suo passaggio in giudicato, sicché legittimamente avrebbe ordinato la sospensione dei lavori solo in data 15 maggio 2003, ad oltre un mese di distanza dalla sentenza.

Si osserva che l'Amministrazione era tenuta ad osservare la decisione anche prima del suo passaggio in giudicato, e che non vi sarebbero stati ostacoli giuridici o di fatto ad ordinare l'immediata sospensione dei lavori.

6. La censura è fondata.

6.1. Non si può condividere la sentenza del Tar laddove afferma che il dovere di esecuzione delle sentenze sorge solo dopo il loro passaggio in giudicato, atteso che secondo il vigente sistema normativo tutte le sentenze, se esecutive, ancorché non ancora passate in giudicato, devono essere eseguite. Tanto che il rimedio dell'ottemperanza è utilizzabile anche per conseguire l'esecuzione di sentenze non sospese, ancorché non passate in giudicato (art. 33, ult. co., l. Tar).

La differenza tra esecuzione di sentenze non passate in giudicato ed esecuzione di sentenze passate in giudicato è che nel primo caso, nell'ordinarsi e/o procedersi ad esecuzione occorre evitare effetti irreversibili, dovendosi considerare che la sentenza esecutiva potrebbe essere riformata, travolgendosi così anche gli atti esecutivi.

6.2. Fermo il principio del dovere di dare esecuzione alle sentenze, si tratta tuttavia di valutare quali sono i tempi necessari per provvedere all'esecuzione, e quando una esecuzione possa definirsi tardiva e come tale fonte di responsabilità.

La soluzione, in difetto di espressa previsione normativa, non può che essere data caso per caso, considerando molteplici elementi, tra cui, esemplificativamente:

- a) la data in cui la sentenza viene acquisita (ad es. mediante notificazione);
- b) il tempo necessario per prendere cognizione del contenuto della sentenza e per valutare le iniziative necessarie per darvi esecuzione;
- c) il tempo necessario per attivare e portare a compimento il procedimento amministrativo necessario per eseguire la sentenza.

6.3. A tutto ciò si deve aggiungere che, secondo un principio generale del sistema, quando una parte intima alla controparte l'esecuzione di una sentenza, o l'adozione di un provvedimento amministrativo, è tenuta ad assegnarle un termine, ed il termine assegnato non può essere inferiore ad una media di quindici - trenta giorni. Specificamente in tema di esecuzione delle sentenze e di adozione dei provvedimenti amministrativi, soccorrono, rispettivamente, l'art. 90, co. 2, r.d. n. 642/1907 e l'art. 2, l. n. 241/1990.

L'art. 90, co. 2, r.d. n. 642/1907 dispone che l'azione di ottemperanza non può essere proposta prima di trenta giorni dopo la notifica di atto di diffida e messa in mora. Se ne desume che all'Amministrazione va assegnato, per eseguire la sentenza, uno *spatium deliberandi* di almeno trenta giorni.

A sua volta l'art. 2, l. n. 241/1990 dispone che il termine per l'adozione di un provvedimento amministrativo su istanza di parte è, di regola, trenta giorni decorrenti dalla richiesta.

6.4. Si deve considerare che l'esecuzione di una sentenza implica molteplici profili: da un lato condotte positive, cioè l'adozione di puntuali provvedimenti, dall'altro lato condotte omissive, cioè l'astensione da atti e comportamenti che possano pregiudicare la corretta attuazione del giudicato.

6.5. A fronte, in particolare, di un giudicato di annullamento di un'aggiudicazione, l'Amministrazione se da un lato è tenuta a rimuovere il contratto e procedere alla

nuova aggiudicazione, dall'altro lato è tenuta, durante il tempo necessario per procedere alla nuova aggiudicazione, a evitare che continuino a prodursi effetti irreversibili in contrasto con la sentenza e tali da pregiudicare la completa e puntuale esecuzione della medesima.

A fronte di una sentenza che annulla l'aggiudicazione, la prosecuzione dei lavori è priva di titolo, e può essere consentita solo per lavori indifferibili, da retribuirsi, comunque, non a titolo contrattuale ma di indebito arricchimento.

L'Amministrazione è pertanto tenuta a sospendere cautelatamente il contratto in corso di esecuzione.

L'adozione di tali misure conservative deve avvenire con ragionevole tempestività rispetto alla data in cui l'Amministrazione prende cognizione della sentenza.

I tempi sopra indicati per l'esecuzione delle sentenze (trenta giorni) sono termini entro i quali vanno adottati sia i provvedimenti positivi, sia le misure inibitorie. Se l'adozione di provvedimenti positivi implica tempi maggiori, l'adozione di congrue misure inibitorie, essendo più semplice, non richiede tempi così lunghi.

6.6. Nel caso di specie, la prima diffida a eseguire la sentenza è del 14 aprile 2003, e l'Amministrazione ha ordinato la sospensione dei lavori, avviando così l'esecuzione della sentenza, il 15 maggio 2003.

Il lasso temporale impiegato per ordinare la sospensione dei lavori non appare congruo ove si consideri che:

- a) la pubblicazione della sentenza ad aprile 2003 è stata preceduta da pubblicazione del suo dispositivo già due mesi prima (20 febbraio 2003 n. 73), dispositivo che è stato comunicato d'ufficio dalla segreteria all'I.N.A.I.L.;
- b) il dispositivo n. 73/2003 si limita a statuire che gli appelli dell'a.t.i. Ricorrente (formalmente due appelli, il primo avverso il dispositivo di primo grado, il secondo avverso la sentenza di primo grado) sono accolti in parte: alla luce di tale dispositivo, l'I.N.A.I.L., pur non potendovi dare puntuale osservanza non

apparendo chiara quale fosse la portata del parziale accoglimento (che emerge solo dalla successiva decisione e dal relativo dispositivo, più puntuale rispetto a quello pubblicato a febbraio 2003), era comunque tenuto a compiere le necessarie valutazioni in modo da essere pronto a intervenire tempestivamente una volta conosciute le motivazioni integrali della decisione;

b) dalle risultanze processuali non emerge una situazione di urgenza o difficoltà soverchia tale da impedire di ordinare con immediatezza la sospensione dei lavori.

Al massimo, dopo la prima diffida notificata dall'a.t.i. all'I.N.A.I.L. ad aprile 2003, si poteva ritenere sufficiente uno *spatium deliberandi* di sette giorni lavorativi per ordinare la sospensione dei lavori.

6.7. Se ne deve trarre la conseguenza che sussiste la colpa dell'Amministrazione per aver consentito la prosecuzione dei lavori dopo il 22 aprile 2003 (computati così sette giorni lavorativi dalla notifica della sentenza avvenuta il 14 aprile 2003), sicché i lavori contabilizzati in favore dell'originario aggiudicatario nel s.a.l. n. 4 per il periodo 23 aprile - 15 maggio 2003, nonché i lavori contabilizzati nel s.a.l. n. 5 e riferibili al medesimo periodo 23 aprile - 15 maggio 2003 sono stati indebitamente sottratti all'esecuzione da parte dell'a.t.i., alla quale va perciò riconosciuto il risarcimento per equivalente del danno subito.

6.8. La liquidazione del danno deve avvenire in via equitativa, essendovi la prova della sussistenza del danno ma l'impossibilità o comunque l'estrema difficoltà di provarlo nel suo preciso ammontare.

Deve essere seguito il criterio della sentenza di primo grado in ordine al mancato utile nella misura forfetaria del 10%, criterio su cui si è formato il giudicato.

Il Collegio aggiunge che milita in favore del riconoscimento dell'interesse positivo la considerazione che dopo un giudicato da cui deriva l'obbligo per l'Amministrazione di aggiudicare e stipulare con la parte vittoriosa in giudizio, la responsabilità per mancata stipulazione non può essere qualificata come

responsabilità precontrattuale, ma come responsabilità per inosservanza degli obblighi derivanti dal giudicato. Infatti un conto è la conduzione di una trattativa contrattuale, da cui non deriva mai un obbligo di stipulare il contratto, ma solo l'obbligo di buona fede (con conseguente responsabilità precontrattuale se si viola il dovere di buona fede), un conto è essere obbligati, in virtù di un giudicato, a procedere ad aggiudicazione e stipulazione. L'inadempimento dell'obbligo comporta la nascita della responsabilità contrattuale, anche se la fonte non è il contratto, ma, come nella specie, il giudicato.

Dalla qualificazione della responsabilità come contrattuale deriva la risarcibilità dell'interesse positivo, oltre che di quello negativo.

6.9. Si deve altresì considerare che il Tar ha abbattuto il mancato utile del 50% per concorso di colpa del danneggiato.

In disparte quanto si dirà in prosieguo in ordine alla correttezza di siffatto abbattimento per i danni maturati successivamente al 15 maggio 2003, tuttavia si deve osservare che in relazione al danno verificatosi per la prosecuzione dei lavori dopo il 22 aprile 2003 e fino al 15 maggio 2003, la colpa è imputabile esclusivamente all'Amministrazione. Non vi è colpa alcuna dell'a.t.i., la quale ha tempestivamente notificato la sentenza e chiesto l'immediata sospensione dei lavori. Pertanto il mancato utile va riconosciuto nella misura del 10% senza abbattimenti.

6.10. Occorre stabilire la base di calcolo del mancato utile.

Il s.a.l. n. 4 si riferisce a lavori per un importo di lire 2.811.822.842, eseguiti tra il 23 aprile e il 15 maggio 2003.

Il s.a.l. n. 5 si riferisce a lavori per un importo di lire 894.333.514, con cui si contabilizzano 26 liste di consistenza per liquidare materiali e manufatti giacenti in cantiere ovvero già ordinati ed approvati alla data del 15 maggio 2003.

Secondo le risultanze istruttorie, si può ritenere che con il s.a.l. n. 4 non siano stati contabilizzati solo lavori del periodo di riferimento, ma anche lavori precedenti.

Tuttavia non è possibile ricostruire in che misura il s.a.l. contabilizza lavori anteriori al 22 aprile 2003, e in che misura contabilizza lavori successivi.

Quanto al s.a.l. n. 5, non è possibile ricostruire con esattezza a che epoca risalgono gli acquisti di materiali giacenti in cantiere alla data dell'ordine di sospensione.

Gli importi di cui ai s.a.l. n. 4 e n. 5 sono stati liquidati all'originaria aggiudicataria sulla base del prezzo da essa offerto in gara.

Occorre considerare che l'a.t.i. appellante, seconda classificata, aveva offerto in gara un prezzo più elevato rispetto alla prima aggiudicataria, sicché occorrerebbe, a rigore, individuare i lavori contabilizzati nel 4° e 5° s.a.l. e applicare ad essi i prezzi offerti in gara dall'a.t.i.

Per operare siffatto calcolo occorrerebbe disporre c.t.u., con aumento dei tempi e dei costi del processo, ovvero demandare il calcolo all'I.N.A.I.L. ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, con il rischio di ulteriore contenzioso tra le parti.

Sicché, nella logica di una liquidazione equitativa, si può compensare la maggior somma che spetterebbe all'a.t.i. sui lavori eseguiti dal 23 aprile al 15 maggio 2003 con la decurtazione dei s.a.l. n. 4 e n. 5 in relazione ai lavori eseguiti prima del 23 aprile 2003.

Pertanto, in relazione al 4° s.a.l., si può ritenere che la base di calcolo del mancato utile del 10% sia la somma sopra indicata di lire 2.811.822.842. Sicché il mancato utile è pari a lire 281.182.284,2, che ammonta, convertito, a euro 145.219.

In relazione al s.a.l. n. 5, una quota va riferita a materiali e manufatti ordinati o effettuati nel periodo 23 aprile - 15 maggio 2003, una quota a materiali e manufatti anteriori al 23 aprile 2003.

Nell'impossibilità o estrema difficoltà di ricostruzione, si può utilizzare un criterio forfetario proporzionale, tenendo conto degli importi contabilizzati fino al 22

aprile 2003 (lire 4.380.080.559) e degli importi contabilizzati dal 23 aprile al 15 maggio 2003 (lire 2.811.822.842), e ritenendo che l'importo del quinto s.a.l. vada imputato nella medesima proporzione ai due periodi.

Considerato che la sommatoria di lire 4.380.080.559 e di lire 2.811.822.842 è pari a lire 7.191.903.401, se ne desume che l'importo dei lavori fino al 22 aprile 2003 costituisce il 61% del complesso dei lavori fino al 15 maggio 2003, mentre l'importo dei lavori dal 23 aprile al 15 maggio 2003 costituisce il 39% del complesso dei lavori fino al 15 maggio 2003.

Sicché, l'importo di lire 894.333.514 va imputato nella stessa percentuale, del 61% ai lavori fino al 22 aprile 2003, e del 39% ai lavori fino al 15 maggio 2003.

L'importo che presuntivamente si riferisce a materiali acquistati o ordinati, e manufatti realizzati nel periodo 23 aprile – 15 maggio 2003 è dunque pari a lire 348.790.070, che, convertito, ammonta a euro 180.135. Il mancato utile su tale cifra è pari a euro 18.014.

Anche in tal caso, per computare la base di calcolo, si è equitativamente e forfetariamente compensato il maggiore importo che deriverebbe applicando i prezzi offerti in gara dalla seconda aggiudicataria, con la decurtazione per lavori che, contabilizzati nel periodo 23 aprile - 15 maggio 2003, sono stati verosimilmente eseguiti in precedenza.

6.11. Per quanto esposto, il motivo di appello V.1. va accolto, con riconoscimento di un risarcimento pari a euro 163.233 (euro 145.219 più euro 18.014), su cui applicare la rivalutazione monetaria, con decorrenza da quando si è verificato il danno (15 maggio 2003) e fino alla data del pagamento da parte dell'I.N.A.I.L.

6.12. Non sono invece dovuti, sulla somma via via rivalutata, gli interessi compensativi, perché difetta puntuale domanda di parte in primo grado e puntuale prova del danno da mancato tempestivo impiego della somma dovuta a titolo di risarcimento (Cass., sez. un., 17 febbraio 1995 n. 1712).

E, invero, gli interessi non sono stati chiesti con il ricorso di primo grado; avrebbero potuto essere chiesti nel corso del giudizio di primo grado con atto successivo (trattandosi di domanda risarcitoria, si applicano i termini di prescrizione e non di decadenza), ma con atto notificato alle controparti, trattandosi di domanda nuova. Ma nel processo di primo grado non risultano notificati ricorsi e motivi aggiunti successivamente al primo ricorso. Nell'atto di appello, a pag. 74, vengono chiesti gli interessi, genericamente, senza prova del danno. In ogni caso si tratta di domanda nuova proposta per la prima volta in appello, come tale inammissibile (art. 345, co. 1, c.p.c.).

Sulla asserita indebita prosecuzione dei lavori dopo l'ordine di sospensione

7. Con il successivo motivo di appello (rubricato come V.2, da pag 52 a pag. 57 dell'atto di appello, oltre al rinvio al commento alla c.t.u. contenuto da pag. 1 a pag. 49 dell'atto di appello) si ribadisce la tesi, sostenuta in primo grado, secondo cui i lavori sarebbero proseguiti indebitamente dopo l'ordine di sospensione del 15 maggio 2003.

Si assume con l'atto di appello che erroneamente il Tar afferma che non vi sarebbe prova di tale indebita prosecuzione. Il Tar avrebbe errato nella lettura delle risultanze della C.T.U.: le risposte date dal consulente ai quesiti nn. 1 e 4 dimostrerebbero che i lavori sono proseguiti indebitamente.

Infatti l'anomalo incremento dei lavori secondo gli ultimi s.a.l. sarebbe la prova che lavori così ingenti non potevano essere eseguiti in così breve tempo, e che in realtà sarebbero stati eseguiti in un periodo successivo; la mancata tenuta del libro giornale e la mancata bollatura e numerazione successiva del registro di contabilità confermerebbe l'assunto; irrilevante sarebbe l'argomento del licenziamento delle maestranze; irrilevanti sarebbero gli elementi che il Tar trae dalle risultanze degli accessi al cantiere.

8. Il mezzo è infondato.

8.1. Si deve metodologicamente premettere che, trattandosi di una controversia risarcitoria, trovano applicazione le regole civilistiche e processualcivilistiche in ordine all'onere della prova e al valore probatorio della c.t.u.

La parte che sostiene l'accadimento di determinati fatti, deve fornirne la prova rigorosa. La prova può anche essere indiziaria, ma gli indizi devono essere gravi, precisi, concordanti. La c.t.u. non è un mezzo di prova autonomo, ma un mezzo per valutare le prove fornite dalle parti.

8.2. Ora, nella specie, ad avviso del Collegio correttamente il Tar ha ritenuto che la tesi dell'a.t.i. in ordine ad una indebita prosecuzione dei lavori dopo il 15 maggio 2003 non è supportata da prove univoche, ma si fonda su una serie di illazioni e sospetti, che nemmeno la c.t.u. ha trasformato in prove o indizi univoci.

8.3. Va sottolineato che la prosecuzione indebita dei lavori, se sussistente, sarebbe un gravissimo illecito, anche penale, per i funzionari dell'I.N.A.I.L. che vi avrebbero acconsentito. Infatti dopo un ordine di sospensione, emesso in esecuzione di un giudicato, dichiarare nei verbali di accesso al cantiere che i lavori sono fermi, e contemporaneamente consentire che i lavori proseguano, integrerebbe quanto meno gli estremi dei reati di falso in atto pubblico, abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, truffa a danno dello Stato (oltre a ingenerare il sospetto del reato di corruzione), non senza considerare anche la responsabilità contabile e disciplinare.

8.4. Sicché per sostenere che siffatto illecito è stato perpetrato, non bastano indizi meri basati su elementi che possono avere una spiegazione alternativa lecita, ma occorre una prova rigorosa.

8.5. Trattandosi di lavori di manutenzione da contabilizzare a misura su opere finite, la mancata redazione del libro giornale costituisce una prassi piuttosto frequente (come si evince anche dalla relazione del c.t. dell'I.N.A.I.L.), ancorché da

stigmatizzare, sicché dalla mancanza del libro giornale non si può senz'altro desumere l'intento doloso di proseguire i lavori senza lasciare traccia contabile della data di esecuzione.

8.6. Il registro di contabilità risulta poi fedelmente compilato.

8.7. Quanto all'incremento dei lavori nell'ultimo periodo rispetto alla media del periodo precedente, la tesi accusatoria secondo cui in realtà i lavori sono avvenuti in un lasso temporale più lungo e solo contabilmente concentrati entro la fatidica data del 15 maggio 2003, può essere contrastata con una serie di spiegazioni alternative lecite:

- a) nei s.a.l. nn. 3 e 4 (rispettivamente: lavori a tutto il 22 aprile 2003; lavori a tutto il 15 maggio 2003) si è reso necessario contabilizzare lavori che, per essere in corso, non sono stati contabilizzati nei s.a.l. precedenti, ma che in parte sono stati eseguiti in periodi anteriori; tale *modus operandi* corrisponde ad una prassi piuttosto frequente, ancorché da stigmatizzare;
- b) l'incremento di produttività è in linea con l'arrivo di stagione climaticamente più propizia, la primavera, rispetto al precedente periodo (autunno – inverno);
- c) l'incremento di produttività è in linea con il passaggio dalla fase iniziale alla fase a regime dei lavori.

8.8. A tali dati si devono aggiungere gli unici elementi di fatto certi:

- a) il licenziamento delle maestranze successivo all'ordine di sospensione dei lavori;
- b) gli accessi al cantiere, ad alcuni dei quali ha partecipato l'a.t.i. ricorrente, e dai quali non è emerso un incremento dei lavori rispetto a quelli effettuati alla data del 15 maggio 2003: v. accesso del 22 maggio 2003, con la presenza di rappresentante dell'a.t.i; accessi del 3, 4, 8, 9, 20, 25 giugno, 9 luglio 2003, compiuti dal direttore dei lavori e dal suo assistente e/o direttori operativi; accesso del 30 luglio 2003, con la presenza di rappresentante dell'a.t.i.; ulteriori sette annotazioni giornaliere fino alla data del s.a.l. n. 5, nelle quali si ribadisce lo stato di fermo cantiere.

Ora, per quanto riguarda gli accessi avvenuti a maggio e luglio 2003 con la presenza di rappresentante dell'a.t.i., se vi fossero stati indebiti avanzamenti dei lavori, sarebbero stati fatti rilevare. Invece non risultano.

Per quanto riguarda gli accessi effettuati dal direttore dei lavori con il suo assistente e/o direttori operativi, i relativi verbali attestano che i lavori sono fermi. Si tratta di verbali redatti da pubblici ufficiali, sicché, per seguire l'ipotesi di un indebito svolgimento dei lavori dopo l'ordine di sospensione, si dovrebbe prima affermare e provare che svariati pubblici ufficiali abbiano scientemente affermato il falso.

8.9. Ad avviso del Collegio, a fronte di attestazioni di più pubblici ufficiali che i lavori non sono proseguiti dopo il 15 maggio 2003, gli elementi indiziari adottati da parte appellante non raggiungono i connotati di gravità precisione, concordanza, che li faccia assurgere a dignità di prova.

Sarebbe stato onere di parte ricorrente addurre univoci elementi di prova, quali avrebbero potuto essere testimonianze di operai, fornitori, e simili, fotografie, filmati, da cui potesse evincersi la prosecuzione dei lavori dopo il 15 maggio 2003.

8.10. Va osservato che la c.t.u. in risposta al quarto quesito, volto a verificare, sia pure per presunzioni, se vi fosse stato uno svolgimento dei lavori dopo il 15 maggio 2003, valorizza in senso negativo la circostanza che non risultano lavori in corso durante i numerosi accessi. Indica come elemento presuntivo positivo una discordanza di valori tra l'importo finale riportato nel s.a.l. n. 3 e l'importo iniziale del s.a.l. n. 4, che potrebbe far sospettare che il s.a.l. n. 4 non sia stato redatto in automatico con il programma informatico, ma manualmente per sanare lavori postumi (pag. 28 c.t.u.). Lo stesso c.t.u. però afferma che si tratta di elemento <<assolutamente di carattere presuntivo, non esistendo ulteriori elementi riscontrabili, che possano confermarne la assoluta certezza>>.

Si deve poi ribadire che la c.t.u. non è di per sé mezzo di prova, ma mezzo di valutazione delle prove fornite dalle parti. Nella specie, in difetto di prove addotte

dall'a.t.i. interessata, gli elementi forniti dal c.t.u. restano indizi meri privi di gravità, precisione, concordanza.

8.11. Per quanto esposto il motivo di appello V.2. va respinto.

Sul concorso di colpa dell'a.t.i. Ricorrente

9. Con il motivo di appello rubricato V.3, (da pag. 57 a pag. 59 dell'atto di appello), si contestano i capi di sentenza che hanno addebitato all'a.t.i. condotte ostruzionistiche e ritenuto corretti taluni comportamenti dell'I.N.A.I.L., in particolare quanto a: accesso al cantiere; partecipazione alla registrazione contabile.

Si lamenta che:

- a) gli accessi al cantiere consentiti all'a.t.i., in numero di tre, sarebbero stati prestabiliti e governati dall'Ente, frettolosi e privi di effettivo contraddittorio;
- b) sarebbe stata illegittimamente negata la partecipazione dell'a.t.i. alla contabilizzazione;
- c) l'a.t.i. sarebbe stata estromessa illegittimamente dalla custodia del cantiere.

9.1. Le censure vanno disattese.

Le censure in ordine alle modalità dell'accesso al cantiere sono generiche e prive di adeguato riscontro probatorio.

La contabilizzazione e la custodia del cantiere sono attività privatistiche rette dal diritto civile, e non attività amministrative, sicché l'Amministrazione non era tenuta a consentire la partecipazione dell'a.t.i.

10. Con il motivo di appello rubricato V.4 (da pag. 59 a pag. 61) si contesta il capo di sentenza in cui si afferma che legittimamente l'I.N.A.I.L. ha negato il subappalto della categoria OS30.

Si lamenta che:

- a) la proposta di parziale subappalto (per il 30%) della categoria OS30 avrebbe dovuto essere valutata alla luce delle reciproche concessioni trattandosi di subentro in un contratto già in buona parte eseguito;
- b) tale proposta sarebbe stata praticabile perché a seguito della parziale esecuzione dei lavori i lavori della categoria OS30 erano diventati di importo inferiore al 15% dell'importo originario dell'appalto;
- c) la legislazione consentiva il subappalto, nei limiti del 30%, per la categoria prevalente a qualificazione obbligatoria; pertanto si doveva ritenere subappaltabile anche il 30% dei lavori scorporabili a qualificazione obbligatoria, come poi ha disposto espressamente la legislazione successiva;
- d) inoltre nel corso delle trattative l'a.t.i. aveva rinunciato a tale subappalto.

11. Il mezzo è infondato.

11.1. Va in diritto premesso che se l'aggiudicazione viene annullata in sede giurisdizionale dopo che è già iniziata l'esecuzione del contratto, e la parte vittoriosa deve subentrare nel contratto al posto dell'originario aggiudicatario, ciò non può che avvenire tenendo conto delle condizioni della gara originaria a cui il contratto si riferisce. E, invero, chi subentra in un contratto in corso di esecuzione non può conseguire un vantaggio maggiore rispetto a quello che avrebbe ottenuto se fosse stato *ab initio* parte contrattuale. Inoltre non si tratta di una nuova procedura di affidamento e di un diverso contratto, ma pur sempre dell'originaria procedura e dell'originario contratto.

11.2. Se, dunque, nella gara per cui è processo, non era *ab initio* consentito il subappalto della categoria OS30 (perché opera specialistica eccedente il 15% dell'importo originario dell'appalto), non si poteva acconsentire, in sede di subentro contrattuale, al mutamento delle originarie condizioni di gara alla luce del dato fattuale contingente che nel frattempo una parte dei lavori OS30 era stata

eseguita, sicché il residuo importo, divenuto inferiore al 15% dell'importo originario dell'appalto, era in astratto subappaltabile.

11.3. Inoltre all'epoca dei fatti di causa era pienamente vigente il divieto di subappalto per le opere speciali di importo superiore al 15% dell'importo totale dell'appalto, atteso che solo nel 2008 con il terzo d.lgs. del codice dei contratti pubblici è stato espressamente consentito il subappalto nei limiti del 30% dell'importo dell'opera speciale (v. art. 38, co. 11, d.lgs. n. 163/2006).

11.4. Correttamente, pertanto, il Tar ha ritenuto legittimo il diniego del subappalto opposto dall'I.N.A.I.L., e scorretta la condotta dell'a.t.i. che, insistendo sulla tesi del subappalto, ha contribuito a far fallire la trattativa.

Sulle voci di danno e la misura del risarcimento spettante all'a.t.i. Ricorrente

12. Con ulteriore ordine di censure, rubricate *sub* VI dell'atto di appello (da pag. 62 a pag. 74) si formulano contestazioni sulla liquidazione del danno da parte del Tar.

12.1. Con la censura VI.1) si contesta la sentenza nella parte in cui non ha riconosciuto alcune voci di danno e, segnatamente:

- a) il danno da perdita di *chance*;
- b) euro 5.000 a titolo di consulenze;
- c) il danno da perdita della qualificazione OS28.

Sul danno da perdita di *chance*

12.2. Il Tar ha negato il danno da perdita di *chance* qualificando la responsabilità come precontrattuale; obietta parte appellante che anche nella responsabilità precontrattuale la giurisprudenza riconosce, come voce di danno, la perdita di altre favorevoli occasioni. Nella specie, poi, considerato che la trattativa con l'I.N.A.I.L. è durata quasi tre anni, l'impresa poteva sia eseguire il contratto con l'I.N.A.I.L. sia altri contratti, sicché sarebbero cumulabili il danno da mancato utile e il danno da perdita di *chance*.

12.3. Il mezzo va disatteso, con argomenti diversi da quelli utilizzati dal Tar.

Nella responsabilità precontrattuale, va ristorato il c.d. interesse negativo, comprensivo delle spese subite inutilmente in relazione alla trattativa, nonché della perdita di altre favorevoli occasioni, mentre non può essere ristorato l'interesse positivo, vale a dire il mancato guadagno che sarebbe derivato dal contratto non stipulato (Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2004 n. 8220; Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009 n. 4111).

Sicché, la qualificazione della responsabilità come precontrattuale non impedisce il ristoro del danno da perdita di *chance*.

Tuttavia nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., la parte che invoca il danno da perdita di chance ne deve fornire la prova rigorosa.

Le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza.

Tale prova nel caso di specie non è fornita, in quanto i documenti 25 e 26 della produzione di appello non costituiscono prova idonea della perdita di *chance*.

Si tratta di elenchi di bandi di gara pubblicati nel periodo in cui era in corso la trattativa per cui è processo. Sicché l'appellante assume che a causa della trattativa in corso l'a.t.i. non ha potuto concorrere ad altre gare.

Tuttavia non vi è alcuna prova:

- a) che l'a.t.i. ha presentato domanda di partecipazione;
- b) che avesse un margine di possibilità di vittoria;
- c) che le maestranze e i mezzi d'opera dell'a.t.i. sono di entità tale da impedirle di essere contemporaneamente impegnata sul fronte delle trattative con l'I.N.A.I.L. e sul fronte della partecipazione ad altre gare di appalto.

Non risulta dunque provato che nel periodo della trattativa si siano presentate all'a.t.i. concrete favorevoli occasioni, a cui ha dovuto rinunciare per tenersi a disposizione dell'I.N.A.I.L.

Sul danno da spese di gara

13. Quanto alle spese di gara, deduce l'appellante di aver documentato, invocando il doc. 24-*bis*, euro 5.413,06 per spese di partecipazione alla gara.

13.1. Il mezzo è infondato.

Il Collegio rileva che nella produzione documentale di primo grado e di appello non c'è un documento 24-*bis*, ma un documento 24, con allegati, che si riferisce all'importo indicato dall'appellante in euro 5.413,06, con cui effettivamente risultano documentati costi di partecipazione alla gara.

13.2. Tuttavia sono inclusi:

a) sia documenti relativi a spese inerenti la gara originaria e risalenti perciò al 2001 (spese di trasporto di 47 euro e 377 euro per consegna offerta il 20 settembre 2001; 450 euro per consulenza assicurativa fattura del 14 settembre 2001; 284,05 euro per polizza assicurativa in data 10 settembre 2001; spese postali e taxi varie del 2001; circa 10 euro per spese autentica certificato SOA nel 2001; spese per fotocopie fattura 11 settembre 2001);

b) sia documenti relativi a spese sostenute dopo il giudicato del Consiglio di Stato n. 1716/2003, durante la trattativa con l'Ente per il subentro nel contratto (spese notarili per costituzione a.t.i. fattura 27 aprile 2005 per importo 768, 81 euro).

13.3. Si devono senz'altro escludere dal risarcimento le spese subite in relazione alla gara originaria, in quanto il giudicato del Consiglio di Stato n. 1716/2003 ha escluso la colpa dell'Amministrazione e il diritto al risarcimento di qualsivoglia danno.

13.4. Sicché, si devono, in astratto, valutare solo le spese sostenute per la nuova trattativa con l'Ente, successiva al giudicato citato.

Tuttavia, si deve osservare che per costante giurisprudenza di questo Consesso, nel riconoscimento del danno da mancata aggiudicazione, se viene attribuito il ristoro

del danno da mancato utile, viene escluso il danno relativo alle spese subite, in quanto nelle pubbliche gare di appalto all'aggiudicatario non viene riconosciuto il rimborso delle spese sostenute per la gara, implicitamente assorbite dal compenso per l'esecuzione dell'appalto. E, invero, nella somma liquidata a titolo di ristoro dell'utile di impresa perduto, è già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato per la partecipazione alla gara; si evitano in tal modo ingiustificate locupletazioni derivanti dalla medesima partita di danno (Cons. giust. sic., 22 giugno 2006 n. 315; Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967).

Sicché, se in luogo dell'aggiudicazione si consegue il danno da mancato utile, parallelamente non spetta il danno per le spese di gara.

Ora, nella specie, il Tar, pur qualificando la responsabilità come precontrattuale, ha riconosciuto il ristoro dell'interesse positivo (il mancato utile) anziché il ristoro dell'interesse negativo (le spese).

Si è già detto che su tale qualificazione e relativo riconoscimento del mancato utile nella misura del 10%, si è formato, in difetto di appello dell'I.N.A.I.L., il giudicato. Ma il riconoscimento del ristoro dell'interesse positivo impedisce al Collegio, ora, di riconoscere anche il ristoro dell'interesse negativo quanto alle spese di gara, perché si tratterebbe di una duplicazione del danno che la giurisprudenza di questo Consesso non accorda.

Sul danno da perdita della qualificazione

14. In relazione alla perdita della qualifica della OS28 da parte della mandataria Ricorrente, per la quale in primo grado è stato chiesto un ristoro di almeno 25.000 euro, assume l'appellante che erroneamente il Tar ha affermato che l'Ricorrente non ha mai posseduto tale qualificazione, desumendolo da un documento del 2005; invece, dagli atti di partecipazione alla gara originaria nel 2001, si desumerebbe che Ricorrente aveva la qualifica per OS28.

14.1. La censura è fondata in quanto risulta dagli atti dell'originaria gara che Ricorrente aveva la qualifica OS28 (v. certificato SOA emesso il 27 luglio 2001), e che nel 2005 la ha persa, mentre la avrebbe mantenuta se avesse eseguito l'appalto.

Nella quantificazione del danno, si deve tenere conto dei seguenti elementi:

a) dei bandi di gara di cui alla produzione documentale 25 e 26 solo due contemplano, tra le categorie di opere, quella OS28, ma la data di scadenza dei bandi è 9 marzo 2004 e 7 aprile 2004, dunque un'epoca in cui la qualifica OS28 era ancora posseduta, sicché non esiste un danno da perdita di *chance* per effetto di perdita della categoria OS28;

b) la perdita della categoria OS28 non è imputabile solo alla mancata esecuzione dell'appalto per cui è processo, ma anche alla mancata partecipazione ed aggiudicazione, nel medesimo periodo, di altri appalti che prevedevano la medesima categoria di lavori.

Pertanto appare equo liquidare il danno da perdita della qualificazione OS28 in euro 10.000, cui si applica la rivalutazione con decorrenza dalla data della perdita della qualificazione fino al pagamento. Posto che il primo certificato SOA da cui si evince il possesso della OS28 risulta emesso il 27 luglio 2001 con scadenza il 12 giugno 2004, e che il certificato SOA in cui non risulta più il possesso della OS28 risulta rilasciato il 21 settembre 2004, per data della perdita della qualificazione si deve ritenere quella del 21 settembre 2004, in difetto di diversa prova fornita dalla parte. Non sono dovuti interessi in difetto di puntuale domanda notificata in primo grado.

Sull'abbattimento della misura del risarcimento del danno per concorso di colpa del danneggiato

15. Con ulteriore ordine di censure rubricate *sub*VI.2 e VI.3 (rispettivamente da pag. 64 a pag. 68 e da pag. 68 a pag. 71 dell'atto di appello) si contestano i capi di sentenza che hanno decurtato il danno risarcibile.

15.1. In particolare la sentenza viene criticata in ordine alla decurtazione del mancato utile, che è stato ridotto dal 10% al 5% per il concorso di colpa del danneggiato, e in ordine alla base di calcolo del mancato utile.

15.2. Quanto al primo profilo, si contestano i profili di colpa addebitati dal Tar all'a.t.i., assumendosi che:

- a) la categoria OS3O era subappaltabile;
- b) non risponderebbe al vero che l'a.t.i. ha interferito negativamente nell'attività di chiusura del cantiere;
- c) l'a.t.i. avrebbe disertato gli appuntamenti solo in un paio di occasioni, dandone però congrua giustificazione;
- d) la richiesta che la custodia del cantiere fosse affidata a soggetto terzo, o che la Controinteressata fosse affiancata dall'a.t.i. nella custodia, sarebbe stata legittima;
- e) sbaglierebbe la sentenza nell'affermare che per ottenere l'esecuzione del giudicato l'a.t.i. avrebbe dovuto tempestivamente utilizzare il giudizio di ottemperanza.

16. Il mezzo è infondato.

16.1. Correttamente il Tar ha decurtato il mancato utile riducendolo dal 10% al 5%.

Infatti una valutazione complessiva della condotta dell'a.t.i. induce a ritenere che essa ha contribuito in modo significativo al fallimento delle trattative. Agli elementi addotti dal Tar e a torto contestati da parte dell'appellante se ne aggiungono altri, che più in dettaglio emergeranno in sede di esame dell'appello dell'I.N.A.I.L.

In sintesi, hanno condotto al fallimento delle trattative anche i seguenti comportamenti dell'a.t.i., stigmatizzabili:

- a) la pretesa al subappalto della categoria OS30, che come già detto non era subappaltabile;
- b) la mancata presenza a tutti gli appuntamenti;
- c) le pretese in ordine alla partecipazione alle attività di contabilizzazione e di custodia del cantiere, che, come già detto, legittimamente non sono state accolte;
- d) la pretesa di avere un progetto stralcio, laddove l'Amministrazione ha fornito comunque tutta la documentazione necessaria per il subentro nel cantiere;
- e) la pretesa all'aggiornamento dei prezzi che, come si dirà meglio nell'esaminare l'appello dell'Amministrazione, non era fondata;
- f) l'atteggiamento di chiusura manifestato a partire da aprile-maggio 2004, con l'ulteriore rifiuto, nel febbraio 2005, dell'ultima offerta formulata dall'Ente, che appariva congrua e ragionevole.

16.2. Va invece escluso che l'a.t.i. fosse tenuta a utilizzare tempestivamente il ricorso per l'ottemperanza, in quanto il termine per l'azione di ottemperanza è di dieci anni dal giudicato, e non a caso il legislatore fissa un termine così lungo. Si auspica infatti che, anziché instaurare un processo di esecuzione, le parti addivengano ad una composizione bonaria. La scelta della via della bonaria composizione in luogo di quella del giudizio di ottemperanza non è pertanto fattore ascrivibile a colpa del danneggiato.

16.3. In favore del computo del mancato utile nella misura del 5% anziché del 10% milita poi la preferibile giurisprudenza di questo Consesso, già citata, che da un lato richiede che si calcoli l'utile effettivo, e non l'utile forfetario del 10%, e che dall'altro lato richiede che dal mancato utile si detragga l'*aliunde perceptum o percipiendum*.

Sulla base di calcolo del danno da mancato utile

17. In ordine alla base di calcolo del mancato utile, si lamenta che:

- a) il prezzo offerto nella gara originaria, su cui calcolare il mancato utile, avrebbe dovuto essere <<attualizzato>>, considerando che dalla gara erano ormai trascorsi quattro anni;
- b) il c.t.u. in primo grado ha concluso che il corrispettivo di euro 3.065.803,23, calcolato sulla base del prezzo offerto in gara (e su cui applicare la percentuale di mancato utile), dopo quattro anni non era attuale e doveva essere aggiornato in misura compresa tra il 10% e il 30%;
- c) ciò sarebbe tanto vero che, fallita la trattativa con l'a.t.i., per i medesimi lavori l'Ente ha bandito una nuova gara ponendo a base di essa il prezzo di euro 4.700.000, dunque ben più elevato rispetto a quello che si pretendeva applicare all'a.t.i.;
- e) erroneamente il Tar avrebbe negato l'applicazione del prezzo chiuso e della revisione prezzi, che sono istituti che operano nel caso di fisiologico svolgimento dell'appalto, e non nel caso di eventi patologici. La giurisprudenza arbitrale afferma che in caso di illegittima sospensione dei lavori protrattasi per un significativo arco temporale, spetta il risarcimento del danno connesso al maggior costo di esecuzione;
- f) il Tar, nel calcolare la base di computo del mancato utile, avrebbe dovuto tener conto che l'importo dell'appalto sarebbe stato indebitamente eroso dall'Ente:
- f.1) mediante la sovrastima dei nuovi prezzi riconosciuti al precedente appaltatore;
- f.2) mediante l'omessa tempestiva sospensione dei lavori nei confronti del precedente appaltatore.

Sulle condizioni per <<attualizzare>> il corrispettivo dell'appalto

18. Il mezzo è infondato.

18.1. Va anzitutto disattesa la pretesa all'attualizzazione del corrispettivo dell'appalto.

Va osservato che chi subentra in un appalto in corso di esecuzione, non può conseguire un beneficio maggiore rispetto a quello che avrebbe avuto se fosse stato *ab initio* aggiudicatario.

Infatti il subentro avviene in un appalto già aggiudicato, secondo le condizioni della gara originaria e l'offerta fatta dal subentrante in quella originaria gara.

Negli appalti in corso di esecuzione, le oscillazioni dei prezzi non sono rilevanti in sé, ma solo attraverso i meccanismi del prezzo chiuso e della compensazione in caso di oscillazione di alcuni prezzi in misura superiore al 10%.

Ma appunto, si tratta di rimedi che si applicano in corso di esecuzione dell'appalto.

18.2. Sicché, anzitutto l'a.t.i. non poteva pretendere un generico e complessivo aggiornamento del prezzo di gara in applicazione della revisione prezzi e del prezzo chiuso, prima di stipulare il contratto. Solo a contratto stipulato, avrebbe avuto titolo a ottenere l'aggiornamento dei prezzi se vi fossero stati i presupposti per l'applicazione del prezzo chiuso, ovvero ad ottenere le compensazioni, laddove venissero utilizzati materiali per i cui prezzi si fossero verificate le oscillazioni previste dalla legge.

E' poi dirimente la considerazione che l'aggiornamento dei prezzi serve a ristabilire l'originario sinallagma contrattuale, e dunque spetta in caso di esecuzione dei lavori, in modo da garantire all'impresa di conseguire effettivamente l'utile previsto in sede di originaria offerta.

E' allora evidente che se i lavori non vengono eseguiti e si ristora il danno da mancato utile, esso va calcolato in base al prezzo offerto in gara (o, secondo una parte della giurisprudenza, in misura forfetaria), ma allora è fuori gioco ogni questione di revisione prezzi. Infatti chi non esegue i lavori, non subisce la perdita che deriva dall'aumento dei prezzi dei materiali da costruzione.

Costituisce poi fatto notorio che il meccanismo del prezzo chiuso non ha avuto finora pratica applicazione, perché non se ne sono mai verificati i presupposti applicativi.

Sicché in nessun modo l'Amministrazione poteva considerarsi tenuta a valutarne l'applicabilità al caso di specie.

Quanto poi all'invocata giurisprudenza arbitrale, essa, ancora una volta, si riferisce al caso di esecuzione dei lavori a lunga distanza di tempo, e non al caso in cui i lavori non vengono eseguiti e il danno vada quantificato nella misura del mancato utile.

Il ristoro per equivalente del mancato utile consente comunque di tener conto delle lievitazioni dei prezzi, attraverso il meccanismo della rivalutazione, che è *ex lege* dovuto, trattandosi di debito di valore. Sicché non è esigibile pretendere sia la rivalutazione della base di calcolo del risarcimento, sia della misura del risarcimento.

Sulle asserite erosioni delle somme spettanti all'a.t.i. Ricorrente

18.3. Quanto all'assunto secondo cui la base di calcolo del mancato utile sarebbe stata indebitamente erosa dall'amministrazione, in relazione al sovrapprezzo pagato all'originario appaltatore per alcuni lavori, si deve osservare che tale fatto non ha eroso quanto dovuto all'a.t.i, posto che l'Amministrazione ha calcolato i lavori ancora da eseguire, e il relativo compenso, in base al prezzo offerto in gara dall'a.t.i. Sicché è stato influente che alcuni lavori siano stati pagati in eccesso all'originario appaltatore.

Quanto all'erosione dovuta alla tardività dell'ordine di sospensione dei lavori, la questione è stata già esaminata e accolta con altro capo della presente decisione, cui si rinvia.

Su interessi compensativi e rivalutazione monetaria

19. Con ulteriore censura (pag. 74 dell'atto di appello), si lamenta che erroneamente il Tar ha riconosciuto solo gli interessi e ha negato la rivalutazione. Infatti nei debiti di valore la giurisprudenza ammette la rivalutazione senza necessità di fornire la prova di cui all'art. 1224, co. 2, c.c. La domanda, formulata in modo non chiarissimo, è da interpretare nel senso che chiede anche rivalutazione e interessi maturati dopo la sentenza di primo grado (trattasi dell'unica domanda nuova consentita dall'art. 345, co. 1, c.p.c.).

19.1. La censura è fondata.

Il risarcimento del danno costituisce debito di valore, su cui spetta anche la rivalutazione monetaria.

Quanto alla data di decorrenza, essa, per costante giurisprudenza, è dovuta dalla data del fatto illecito con cui si identifica, ordinariamente, e sicuramente nella specie, anche la data del danno.

Tale data è stata già individuata dalla sentenza di primo grado, con statuizione che non forma oggetto di contestazione in appello, nel 23 febbraio 2004.

Sicché è da tale data, e fino al soddisfo, che spetta la rivalutazione monetaria.

Posto che il Tar ha riconosciuto già gli interessi, con decorrenza dalla data del 23 febbraio 2004, con statuizione su cui non c'è contestazione e c'è dunque giudicato, il riconoscimento da parte di questo Collegio anche della rivalutazione monetaria, impone di regolare il concorso di rivalutazione e interessi.

Trattandosi di debito di valore, è consentito il cumulo di rivalutazione monetaria e interessi.

Trattasi di interessi compensativi, che vanno calcolati nella misura del tasso degli interessi legali via via vigente, dalla data del 23 febbraio 2004 alla data di pubblicazione della presente sentenza, con i criteri fissati da Cass., sez. un., 17 febbraio 1995 n. 1712: gli interessi vanno calcolati alla data del fatto non già sulla somma rivalutata bensì con riferimento ai singoli momenti riguardo ai quali la

somma - equivalente al bene perduto - si incrementa nominalmente in base ad un indice medio; tra i vari criteri proposti da Cass., sez. un., n. 1712/1995 si ritiene equo applicare quello di computare gli interessi anno per anno sulla somma anno per anno rivalutata.

19.2. In accoglimento del presente motivo di appello, l'Amministrazione va condannata a corrispondere, sulla somma liquidata dal Tar in favore dell'a.t.i., la rivalutazione monetaria e gli interessi, con i criteri di cui sopra, dalla data del 23 febbraio 2004 e fino alla data del pagamento.

Questioni di rito sul ricorso incidentale di primo grado dell'I.N.A.I.L.

20. Con il motivo VII dell'appello dell'a.t.i. (da pag. 75 a pag. 77) si sostiene che il ricorso incidentale proposto in primo grado dall'I.N.A.I.L. andava dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione e irricevibile per tardività.

Il Tar avrebbe errato:

- a) quando afferma che la decisione del Consiglio di Stato n. 4297/2006 avrebbe affermato che la domanda dell'I.N.A.I.L. volta a far valere la responsabilità precontrattuale dell'a.t.i. rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo;
- b) quando afferma che alla domanda riconvenzionale dell'I.N.A.I.L. si applicano i termini di cui all'art. 416 c.p.c.

Sulla giurisdizione in ordine alla domanda riconvenzionale dell'I.N.A.I.L.

21. Si procede anzitutto all'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione.

21.1. Il Collegio rileva, anzitutto, che la sentenza del Tar sbaglia laddove afferma che la decisione del Consiglio di Stato n. 4297/2006 avrebbe riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda riconvenzionale dell'I.N.A.I.L.

Invero, tale decisione si occupa solo della sussistenza o meno della giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta dall'a.t.i., e non esamina la

domanda riconvenzionale dell'I.N.A.I.L. né in punto di giurisdizione né quanto al merito.

In particolare, la decisione n. 4297/2006 ha così statuito: *<<la sentenza di annullamento dell'atto autoritativo, qualora abbia contestualmente respinto la domanda di risarcimento per l'assenza della colpevolezza, fa sorgere un nuovo rapporto tra le parti durante la fase della esecuzione del giudicato.*

In tale fase, l'amministrazione ha il potere-dovere di rinnovare gli atti del procedimento, nel rispetto delle statuizioni del giudice, e può incorrere in responsabilità, qualora siano configurabili tutti gli elementi costitutivi dell'illecito.

Nella specie, la decisione della Sezione n. 1716 del 2003 ha escluso la responsabilità dell'Istituto, per la lesione arrecata agli interessi delle società ora appellanti principali, in ragione dell'assenza della colpevolezza (quale elemento costitutivo dell'illecito), in quanto la scelta di ammettere l'aggiudicataria alla gara risultava coerente con una illegittima determinazione dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici.

La medesima decisione, però, ha fatto sorgere il dovere dell'Istituto di conformarsi alla statuizione di annullamento, con l'emanaazione degli atti ulteriori, ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971: sussiste la giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno, basata sulla mancata o ritardata esecuzione del giudicato amministrativo.

Del resto, non si può ritenere che la fase di esecuzione della decisione n. 1716 del 2003 riguardi 'comportamenti', conoscibili dal giudice civile, poiché:

- costituisce sicuramente espressione di una tipica funzione pubblica, riconducibile al richiamato art. 26, l'attività con cui l'amministrazione deve concludere il procedimento, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un proprio atto;

- solo il giudice amministrativo può determinare quali siano le concrete statuizioni della sentenza di annullamento e i doveri ricadenti sull'amministrazione soccombente, con un esame della vicenda sotto il profilo dinamico, che valuti la chance posta a base della domanda risarcitoria e come sia

stata esercitata la funzione pubblica di rinnovazione del procedimento (per i profili attinenti all'istruttoria, ai tempi ed al contenuto delle scelte finali).>>.

Pertanto, la questione della sussistenza o meno della giurisdizione sulla domanda riconvenzionale dell'I.N.A.I.L. non risulta, finora, né coperta da giudicato, né esaminata, e va esaminata da questo Collegio in virtù del motivo di appello.

21.2. Ad avviso del Collegio sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

E, invero, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento abbraccia non solo le lesioni di interessi legittimi, ma anche le lesioni di diritti soggettivi, in virtù di provvedimenti o comportamenti, se connessi all'esercizio di un potere amministrativo.

La giurisdizione del giudice amministrativo sulle azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte per condotte scorrette delle amministrazioni pubbliche nella fase delle trattative contrattuali è stata riconosciuta sia dalla Cassazione che dal Consiglio di Stato (Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005 n. 6; Cass., sez. un., 27 febbraio 2008 n. 5084).

Si tratta ora di verificare se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento abbracci pure le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte dalle amministrazioni pubbliche nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative contrattuali.

Ad avviso del Collegio sussistono i due presupposti necessari per affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa:

a) da un lato la copertura di una <<giurisdizione esclusiva>> su tutta la procedura di affidamento dei contratti pubblici, che secondo il codice dei contratti pubblici si estende sino alla stipulazione del contratto (art. 11, d.lgs. n. 163/2006), e dunque sulla relativa fase di trattative contrattuali: giurisdizione esclusiva che implica la cognizione non dei soli atti amministrativi, ma anche dei rapporti tra le parti in tale fase;

b) dall'altro lato la connessione di siffatta azione con l'esercizio del potere amministrativo inerente l'aggiudicazione e stipulazione di un pubblico appalto.

Se la giurisdizione esclusiva abbraccia il rapporto tra p.a. e privato, essa non può essere unidirezionale e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della p.a., ma deve necessariamente essere bidirezionale ed estesa anche alle azioni della p.a. nei confronti del privato, che siano, come nella specie, conseguenza immediata e diretta delle prime.

La giurisprudenza ha già affermato che la giurisdizione esclusiva (segnatamente quella in materia di concessioni ex art. 5, l. Tar e quella in materia di accordi di diritto pubblico ex l. n. 241/1990) abbraccia non solo le azioni del privato nei confronti della p.a., ma anche le azioni di responsabilità promosse dalla p.a. nei confronti del privato (Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6358).

Milita in favore di tale soluzione anche il principio di concentrazione delle tutele, da ultimo espressamente codificato nell'art. 44, l. n. 69/2009.

Diversamente ragionando, una vicenda unitaria, come quella per cui è processo, che postula una cognizione unitaria, verrebbe in modo irrazionale e antieconomico portata alla cognizione di due diversi ordini giurisdizionali, con il rischio di contrastanti giudicati.

Anche la Corte di cassazione ha affermato che se in una data materia sono proposte due azioni connesse, una rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'altra in astratto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, la prima azione attrae anche la seconda alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., 24 giugno 2009 n. 14805).

Sulla ricevibilità del ricorso incidentale di primo grado

22. Passando all'esame dell'eccezione di irricevibilità, il Collegio ritiene che il ricorso incidentale di primo grado debba essere ritenuto ricevibile, sia pure con argomenti diversi da quelli indicati dal giudice di primo grado.

22.1. Si deve senz'altro escludere l'applicabilità dei termini dimezzati di cui all'art. 23-*bis*, l. Tar, al presente giudizio, atteso che il rito speciale riguarda i giudizi impugnatori, e non i giudizi risarcitori puri quale il presente. In tal senso si è già espresso il Tar con la sentenza gravata.

22.2. Residua la questione di quali fossero i termini del ricorso incidentale con cui è stata proposta una domanda riconvenzionale di risarcimento del danno.

La domanda riconvenzionale non ha, nel processo amministrativo, una puntuale disciplina.

22.3. Allo stato, manca un orientamento giurisprudenziale consolidato in ordine alla disciplina applicabile.

La lacuna può, in astratto, essere colmata:

a) facendo applicazione degli istituti del processo amministrativo, e, segnatamente, del ricorso incidentale;

b) facendo applicazione analogica del c.p.c. e, segnatamente, dell'art. 167 c.p.c., che prevede la proposizione di domande riconvenzionali con comparsa di costituzione, entro venti giorni prima della data dell'udienza di prima comparizione indicata nell'atto di citazione;

c) facendo applicazione analogica del c.p.c. e, segnatamente, dell'art. 416 c.p.c., a tenore del quale nel processo del lavoro le domande riconvenzionali si propongono con memoria difensiva da proporsi almeno dieci giorni prima dell'udienza.

22.4. La prima soluzione è quella che il presente Collegio ritiene preferibile, atteso che le lacune del processo amministrativo devono essere colmate, ove possibile, mediante applicazione analogica delle norme di detto processo, e solo in seconda

battuta utilizzando le norme del c.p.c. Tale soluzione è seguita da alcuni Tar (T.a.r. Calabria, sez. II, 26 luglio 2005 n. 1398; T.a.r. Puglia, sez. I, 11 settembre 2002 n. 3926; T.a.r. Campania, sez. I, 11 aprile 2001 n. 1611), ed è anche la soluzione che è emersa in seno alla Commissione speciale costituita dal Presidente del Consiglio di Stato per la redazione di uno schema di codice del processo amministrativo.

Pertanto, la domanda riconvenzionale in sede di giudizio amministrativo con competenza esclusiva deve essere proposta con ricorso incidentale o con atto notificato alla controparte a pena di inammissibilità.

Né può obiettarsi che in caso di domanda riconvenzionale vengono in considerazione diritti soggettivi, sicché mal si giustifica l'utilizzo del ricorso incidentale, sottoposto a termini di decadenza. E' agevole replicare che anche nel processo civile, la domanda riconvenzionale, ancorché avente ad oggetto diritti soggettivi, proprio perché si inserisce in un processo già in corso, è sottoposta a termini di decadenza (v. artt. 167 e 416 c.p.c.).

22.5. La seconda soluzione è seguita da talune pronunce del Consiglio di Stato, che hanno così statuito: <<anche nel processo amministrativo, ove la controversia concerna diritti soggettivi in materie riservate alla giurisdizione amministrativa esclusiva, trova applicazione il principio di cui all'art. 167, co. 2, c.p.c., per cui il convenuto «a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali» nella prima comparsa di risposta – con conseguente preclusione alla sua proposizione nell'ulteriore corso del giudizio – dovendo essere rispettate le modalità procedurali disposte dal codice di rito per il processo civile da cui tale forma di azione trae origine; in particolare, nel rito amministrativo per «comparsa di risposta» deve intendersi la prima memoria con cui è effettuata la costituzione in giudizio della parte intimata; tale memoria, a questi fini, deve essere debitamente notificata a tutte le parti interessate>> (Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2003 n. 361; Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2003 n. 383).

22.6. A bene vedere, le citate pronunce non applicano in pieno l'art. 167 c.p.c., ma ne fanno una applicazione chirurgica atteso che: a) esigono la notifica della domanda riconvenzionale, sicché non è sufficiente la semplice memoria depositata; b) richiedono che la domanda riconvenzionale sia contenuta nella prima memoria di costituzione, e non nella memoria per la prima udienza.

Sicché, costruiscono un regime molto simile a quello del ricorso incidentale: tanto si vale, allora, applicare senz'altro il regime del ricorso incidentale, come sostiene questo Collegio.

22.7. Non mancano pronunce di Tar che estendono senz'altro il regime dell'art. 167 c.p.c. (T.a.r. Lombardia, 18 luglio 1998 n. 1912).

22.8. Il Tar Lazio, con la sentenza in epigrafe, ha optato per la terza soluzione sopra indicata, senza chiarire però perché dovrebbe nella specie applicarsi il rito del lavoro; in astratto la scelta di un rito processuale civile abbreviato potrebbe giustificarsi nel caso in cui nel processo amministrativo trovi applicazione il rito abbreviato dell'art. 23-*bis*, l. Tar. Ma lo stesso Tar ha espressamente escluso che alla presente controversia si applichi il rito processuale amministrativo abbreviato di cui all'art. 23-*bis*. Sicché resta inspiegabile la ragione di siffatta opzione ermeneutica.

22.9. Dovendosi accogliere la soluzione secondo cui la domanda riconvenzionale nel processo amministrativo si propone con le forme e i termini del ricorso incidentale, occorre verificare se dette forme e termini risultino nella specie rispettati.

La risposta è affermativa.

Infatti, la domanda riconvenzionale risulta proposta con ricorso incidentale notificato e depositato nel rispetto dei termini prescritti per il processo amministrativo.

Ai sensi dell'art. 22, l. Tar, che richiama, quanto al ricorso incidentale, l'art. 37, r.d. n. 1054/1924, il ricorso incidentale va notificato entro trenta giorni decorrenti dalla scadenza del termine di deposito del ricorso principale (che a sua volta va depositato entro trenta giorni dall'ultima notificazione), e depositato nei successivi dieci giorni.

Il ricorso di primo grado risulta notificato all'I.N.A.I.L. in data 8 febbraio 2005, sicché andava depositato entro il 10 marzo 2005, con la conseguenza che il ricorso incidentale andava notificato entro il 9 aprile 2005 e depositato entro il 19 aprile 2005.

Il ricorso incidentale risulta notificato in data 11 marzo 2005 e depositato il successivo 18 marzo 2005, dunque con ampio anticipo rispetto ai termini ultimi di notifica e deposito.

Sulla responsabilità precontrattuale dell'a.t.i. nei confronti dell' I.N.A.I.L.

23. Con il motivo VIII (da pag. 77 a pag. 80) si contestano i capi di sentenza che hanno parzialmente accolto le pretese risarcitorie dell'I.N.A.I.L.

Si assume che per le stesse ragioni per cui non si poteva ritenere sussistente il concorso di colpa dell'a.t.i., e già esposte con altro motivo di appello, non si poteva ritenere sussistente una responsabilità precontrattuale dell'a.t.i. nei confronti dell'Ente.

I toni della corrispondenza utilizzati dall'a.t.i. nei confronti dell'Ente non sarebbero né minacciosi né provocatori né ostruzionistici e comunque ciò non sarebbe rilevante come causa del fallimento delle trattative.

Errati poi sarebbero i criteri di liquidazione del danno in favore dell'Ente. Infatti il maggior prezzo per il nuovo appalto sarebbe dovuto al decorso del tempo, e il decorso del tempo sarebbe imputabile all'INAIL.

Non sarebbe corretto che in relazione alle medesime condotte dell'a.t.i. da un lato le si decurti il mancato utile dal 10% al 5% a titolo di concorso di colpa del danneggiato, e dall'altro lato le si imputi la responsabilità precontrattuale.

23.1. Il mezzo è infondato.

Si sono già esaminati i comportamenti dell'a.t.i. in sede di esame del suo appello, per desumerne che sussiste il concorso di colpa del danneggiato nella misura del 50% e ritenere legittima la decurtazione del 50% del ristoro spettante.

Queste stesse condotte vanno valutate, oltre che come concorso di colpa del danneggiato, anche come autonomo fatto illecito che comporta responsabilità. Tale responsabilità è stata qualificata dalla sentenza di primo grado come precontrattuale con statuizione che, in difetto di appello, è passata in giudicato.

Questo Collegio è pertanto vincolato da tale qualificazione e assumerà in prosieguo che la responsabilità è precontrattuale.

Tuttavia è doveroso precisare che in virtù dell'art. 11, co. 7 e dell'art. 75 co. 6, d.lgs. n. 163/2006, l'aggiudicatario ha un obbligo *ex lege* di stipulare il contratto, la cui inosservanza è fonte di responsabilità contrattuale, e non precontrattuale.

Non è negabile che la mancata stipulazione del contratto è imputabile alla cattiva volontà di entrambe le parti di addivenire ad una tempestiva stipula del contratto.

Né è contraddittorio attribuire a medesima condotta una duplice qualificazione di illiceità, atteso che l'ordinamento prevede che con una unica condotta si possano commettere una pluralità di illeciti.

Corretto è stato da parte del Tar il criterio di liquidazione del danno in favore dell'INAIL. Infatti la responsabilità precontrattuale impone il ristoro delle spese subite per la trattativa e della perdita di favorevoli occasioni. Nella specie, il lungo lasso temporale impiegato nella trattativa ha impedito all'INAIL di procurarsi le prestazioni al prezzo corrente nel 2003, con la dannosa conseguenza di dover pagare le medesime prestazioni a prezzo più elevato.

Sulla liquidazione delle spese del giudizio di primo grado

24. Con il motivo IX (pag. 81) si contesta la liquidazione delle spese, che sono state compensate in considerazione della reciproca soccombenza e della novità delle questioni. Si insiste per l'integrale rifusione delle spese.

24.1. Il mezzo è infondato.

La compensazione delle spese forma oggetto di un potere valutativo del giudice sindacabile in caso di manifesta illogicità o travisamento o irragionevolezza.

Nel caso di specie la compensazione delle spese è pienamente giustificata:

- a) dalla reciproca soccombenza;
- b) dalla novità, in diritto, di molte questioni;
- c) dalla complessità, in fatto e in diritto, delle questioni.

Non vi è, poi, alcuna regola che imponga di liquidare le spese di lite con la stessa percentuale utilizzata per la liquidazione delle spese di c.t.u. (due terzi/un terzo).

Pertanto anche tale capo di sentenza merita conferma.

Le somme spettanti all'a.t.i.

25. In conclusione, l'appello dell'a.t.i. va accolto in parte e, per l'effetto, l'I.N.A.I.L. va condannata a corrispondere all'a.t.i., in aggiunta alle somme già riconosciute dal Tar:

- a) euro 163.233 oltre a rivalutazione con decorrenza dal 15 maggio 2003, in accoglimento del motivo di appello V.1, a titolo di danno per i lavori eseguiti dal 23 aprile al 15 maggio 2003;
- b) euro 10.000, oltre a rivalutazione con decorrenza dal 21 settembre 2004, in accoglimento parziale del motivo VI.1, quanto al danno da perdita della qualificazione per la categoria OS28;

c) la rivalutazione monetaria, con decorrenza dal 23 febbraio 2004, sulle somme già liquidate dal Tar in favore dell'a.t.i., e con applicazione degli interessi dalla medesima data con i criteri indicati dalla presente decisione.

L'appello principale dell'I.N.A.I.L.

26. Passando all'appello dell'I.N.A.I.L., con il primo motivo (pagg. 6-7), si contesta il capo di sentenza in cui si afferma che la maggiorazione dei nuovi prezzi in favore della precedente aggiudicataria, avrebbe eroso le quote di risorse spettanti alla nuova aggiudicataria. Si obietta che per i lavori residui da affidare all'a.t.i. il prezzo è stato calcolato sulla base del prezzo offerto dall'a.t.i. in gara, sicché non vi è stata erosione di risorse.

26.1. La questione è stata già affrontata in sede di esame dell'appello dell'a.t.i., ritenendosi corretta la tesi dell'Amministrazione.

Le maggiorazioni riconosciute all'originario esecutore non hanno eroso le spettanze dell'a.t.i.

Tuttavia esse, come anche l'avvenuto pagamento a prezzo pieno dei lavori eseguiti dopo la sentenza del Consiglio di Stato che ha annullato l'aggiudicazione (anziché nei limiti dell'arricchimento senza titolo contrattuale), se non sono di per sé elemento di valutazione quantitativa del danno provocato all'a.t.i., sono elemento di valutazione qualitativa dell'*an* della responsabilità dell'Ente. Infatti denotano una condotta volta a favorire il precedente aggiudicatario e ad ostacolare indirettamente il subentro contrattuale della parte vittoriosa in giudizio. Per quest'ultima, infatti, a fronte del ridursi dei lavori da eseguire rispetto al contratto originario, e al fronte dell'aumento della spesa pubblica per i lavori già eseguiti, si riduce la prospettiva di guadagno atteso, e dunque l'interesse a subentrare nel contratto. Sicché, una maggiore reticenza dell'a.t.i. a subentrare nel contratto la cui vantaggiosità nel frattempo si è sensibilmente modificata per effetto del decorso del tempo e della

parte di lavori già eseguiti, non può essere addossata a colpa esclusiva dell'a.t.i., ma ha la sua causa, a monte, nella modifica della situazione di fatto, modifica che a sua volta è imputabile all'Amministrazione.

27. Con il secondo motivo (pagg. 7-11), si lamenta che erroneamente il Tar ha imputato all'Ente di non avere redatto tempestivamente un progetto stralcio. L'amministrazione ha approntato documentazione equipollente: lo stato finale dei lavori consegnato dal precedente esecutore nel novembre 2003; la nota dell'INAIL del 19 marzo 2004 che trasmette lo schema di contratto all'a.t.i., e che contiene gli elaborati tra cui 257 elaborati grafici integrativi. L'a.t.i. il 22 marzo 2004 avrebbe visionato il capitolato speciale e il fascicolo denominato <<lavori di completamento – importo contrattuale e crono programma. Si tratta di documentazione che avrebbe lo stesso livello di dettaglio di un progetto esecutivo stralcio, comprensivo di tutti gli elaborati grafici e descrittivi che consentono di identificare, quantificare e stimare le opere da completare.

Sicché sbaglierebbe il Tar a ritenere pretestuosa la richiesta dell'INAIL con nota del 19 marzo 2004 di un sopralluogo in data 26 marzo 2004 finalizzato alla sottoscrizione del verbale di eseguibilità.

27.1. Il mezzo va disatteso.

Si può concordare che la documentazione predisposta dall'INAIL ha lo stesso livello di dettaglio di un progetto esecutivo stralcio, il quale ultimo, peraltro, non è formalmente imposto da disposizioni normative. Tuttavia ciò non toglie che l'I.N.A.I.L. abbia contribuito al fallimento delle trattative, laddove da un lato ha impiegato un consistente lasso temporale (dal 15 maggio 2003 al 19 marzo 2004), per individuare i lavori residui, e dall'altro lato ha preteso la dichiarazione di eseguibilità assegnando all'a.t.i. un termine brevissimo per esaminare i documenti di progetto (dal 19 al 26 marzo).

Non va tralasciato che la dichiarazione di immediata eseguibilità era stata dall'I.N.A.I.L. già pretesa in precedenza, con nota del 23 febbraio 2004, dunque in una data in cui non aveva ancora messo a disposizione dell'a.t.i. gli elaborati progettuali e che l'accesso agli atti contrattuali, chiesto dall'a.t.i., è stato differito per opposizione dell'impresa Controinteressata, così contribuendosi al ritardo delle trattative (per altro verso imputabile all'a.t.i., che nella data finalmente fissata per l'accesso non si presentava).

Si rinvia a quanto già esposto *sub* 26.1., aggiungendo che anche il ritardo con cui l'Amministrazione ha proceduto a chiudere il rapporto contrattuale con il precedente aggiudicatario e a far subentrare il nuovo ha contribuito a una modifica del livello di vantaggiosità dell'appalto per l'a.t.i., riducendone l'interesse al subentro e concorrendo causalmente al fallimento delle trattative.

28. Con il terzo motivo (da pag. 11 a pag. 13) si contesta il capo di sentenza che considera condotte ostruzionistiche la pretesa di cauzione definitiva e polizza assicurativa in misura <<sproporzionata>>.

Non vi sarebbe affatto tale sproporzione.

Da un lato, la cauzione definitiva sarebbe stata rapportata non all'intero importo contrattuale, ma all'importo dei lavori residui, nella misura del 32% considerato il ribasso del 26,225% offerto in gara.

Dall'altro lato, correttamente la polizza assicurativa per danni da esecuzione (c.d. polizza CAR), sarebbe stata riferita all'intero importo dei lavori e non solo a quelli residui, perché la polizza copre i danni derivanti da danneggiamento o distruzione totale di impianti o opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dei lavori. Sicché, se è vero che era diminuito l'importo dei lavori, era però aumentato il valore delle opere preesistenti (in virtù dei lavori già eseguiti). Sicché, addirittura, calcolando il valore delle opere esistenti, si sarebbe dovuta chiedere una polizza per un valore maggiore rispetto a quello risultante dal capitolato speciale. Lo stesso

importo di polizza è stato chiesto in sede di indizione della nuova gara, a riprova della correttezza dell'operato dell'Ente.

29. Il mezzo è infondato.

29.1. Quanto alla cauzione provvisoria, è vero che essa, con nota del 19 febbraio 2004, non è stata chiesta in rapporto all'integrale prezzo di gara, ma in rapporto al prezzo dei residui lavori, nella corretta percentuale del 32% (10% come importo base; essendo il ribasso del 26%: maggiorazione di un punto percentuale per ogni punto di ribasso da 11 a 20; maggiorazione di 2 punti percentuali per ogni punto di ribasso da 21 a 26), con abbattimento del 50% per possesso della certificazione di qualità.

Tuttavia, in precedenza, e in particolare con nota prot. 974/03 del 26 giugno 2003, la cauzione definitiva veniva chiesta dall'I.N.A.I.L. con riferimento all'intero importo iniziale dei lavori.

Sicché l'Ente effettivamente si comportò scorrettamente, chiedendo la cauzione definitiva in misura sproporzionata, e riducendola solo a seguito di espressa rimostranza scritta dell'a.t.i. (lettera del 1° luglio 2003).

29.2. Quanto alla polizza assicurativa, ai sensi dell'art. 103, d.P.R. n. 554/1999, l'esecutore dei lavori è obbligato a stipulare una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori. La somma assicurata è stabilita nel bando di gara.

Secondo lo schema 2.3. di polizza tipo di cui al d.m. 12 marzo 2004 n. 123, tale tipo di polizza prevede tre partite: opere, opere preesistenti, demolizioni e sgomberi. Se, rispetto all'appalto originario, l'importo delle opere da eseguire era diminuito, era però aumentato quello delle opere esistenti. Corretta pertanto è stata la quantificazione dell'importo di polizza dovuto tenendo conto di tutti i beni e rischi da assicurare.

Si può ritenere corretta siffatta quantificazione dell'importo della polizza assicurativa. Tuttavia è da stigmatizzare che alla corretta quantificazione l'Ente è addivenuto solo con note del 19 febbraio e 25 febbraio 2004, laddove l'originaria richiesta, con la citata nota del 26 giugno 2003, appariva generica e tale da ingenerare equivoci e difficoltà.

30. Con il quarto motivo di appello l'I.N.A.I.L. censura il capo di sentenza del Tar con cui si afferma che l'Amministrazione avrebbe dovuto riconoscere i maggiori oneri che derivano dal subentro in lavori in corso, riconoscendo i maggiori costi per la frammentazione, nonché i maggiori oneri per la nuova cantierizzazione e per eventuali oneri di sicurezza.

Si assume che sono infondati i rilievi del Tar in ordine alla mancata applicazione del prezzo chiuso, che lo stesso Tar riconosce inapplicabile.

Quanto agli oneri per la frammentazione, se è vero che inizialmente erano stati riconosciuti, tuttavia in un secondo momento sono stati negati alla luce di un parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo cui in relazione agli appalti di lavori pubblici non sarebbe consentita la transazione novativa, che apporterebbe modifiche all'originario contratto di appalto. L'unica strada percorribile poteva essere quella della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta a causa di eventi straordinari e imprevedibili, ove ve ne fossero gli estremi, che non risultano mai dedotti né provati da controparte.

30.1. Il mezzo è fondato.

In ordine alla non spettanza di prezzo chiuso e compensazioni revisionali, si è già detto in altro capo della presente decisione, cui si rinvia.

30.2. In ordine agli oneri della frammentazione, si deve prescindere dalla questione di diritto se possano essere o meno riconosciuti in caso di subentro in un contratto in corso.

Trattasi di questione per la cui soluzione non soccorrono espresse norme, che non si rinvencono né nella disciplina primaria, né in quella secondaria, dei pubblici appalti. L'unica previsione positiva che in astratto potrebbe essere applicata analogicamente, e che tuttavia è stata introdotta nell'ordinamento dal d.l. n. 35/2005, dunque dopo i fatti di causa, è quella secondo cui in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione dell'appalto per grave inadempimento dell'appaltatore, l'appalto per il completamento dei lavori può essere affidato (se previsto nel bando di gara) mediante interpello dei soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di affidamento, fino al quinto. Tale previsione stabiliva, nella sua originaria versione, che l'affidamento avvenisse alle medesime condizioni offerte in sede di gara dal soggetto interpellato. Nella nuova formulazione, ancora più restrittiva della precedente, l'affidamento per il completamento dei lavori deve avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta (art. 140, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, come novellato dal terzo d.lgs. n. 152/2008).

Applicando la disposizione normativa riportata, è evidente che non c'è spazio alcuno per oneri di frammentazione, al cui riconoscimento osta il principio della immutabilità delle originarie condizioni contrattuali.

Tale principio tuttavia non esclude in assoluto, ad avviso del Collegio, che in caso di sostituzione dell'originario appaltatore con un altro in un contratto in corso, occorra, nel quantificare il compenso, tenere conto, in relazione ai lavori ancora da eseguire, oltre che del costo unitario di materiali e mano d'opera, anche di quei costi ulteriori generali e di sicurezza che, inizialmente gravanti su tutti i lavori, vengono ora a gravare solo una parte dei lavori, con conseguente aumento della percentuale di incidenza.

In ogni caso la questione di diritto sopra sintetizzata non è rilevante nel caso di specie.

Infatti, gli oneri di frammentazione, se anche fossero spettati nel caso di subentro nel contratto e di sua esecuzione, sicuramente non potevano essere presi in considerazione al fine di quantificare il mancato utile a causa della mancata stipulazione del contratto.

Infatti gli oneri di frammentazione mirano a compensare l'impresa subentrante per i maggiori costi che derivano dall'eseguire opere già in parte eseguite, anziché opere ex novo, rispetto all'originaria offerta. Ma stante la loro funzione compensativa, non possono essere riguardati in termine di utile, ma solo di compensazione di maggiori costi.

Sicché, quando si va a quantificare il mancato utile, non possono essere presi in considerazione.

Ne consegue che il mancato utile quantificato da Tar in euro 153.300 (come 5% sulla somma di 3.065.803,23euro) va decurtato di una quota pari al 5% di euro 243.000 (oneri da frammentazione che il Tar ha compreso nel complessivo mancato utile), vale a dire di euro 12.150.

31. Con il quinto motivo di appello l'I.N.A.I.L. contesta il capo di sentenza che pur riconoscendo la colpa precontrattuale dell'a.t.i. liquiderebbe in misura minima il danno subito dall'Ente per aver affidato a terzi i medesimi lavori ad un prezzo maggiore.

Inoltre la sentenza erroneamente non riconoscerebbe le spese di manutenzione e custodia del cantiere pari a euro 285.000 per l'intero periodo dal 15 novembre 2003 al 18 aprile 2005. Infatti almeno a far data dal 22 marzo 2004 l'a.t.i. sarebbe stata messa in condizione di stipulare il contratto per cui almeno da tale data andrebbe riconosciuto all'Ente il ristoro di tali spese.

Andrebbero poi riconosciute all'Ente le spese di pubblicità ed espletamento della nuova gara e pari a euro 24.019,40, documentate, ma ignorate dal Tar.

32. Il mezzo è in parte fondato.

32.1. Da un lato il fallimento delle trattative è imputabile ad entrambe le parti, dall'altro lato rileva, a monte, che l'originaria gara è stata annullata per errore commesso dall'Ente; conseguentemente le maggiori spese incontrate dall'I.N.A.I.L. per aggiudicare il nuovo contratto solo in minima parte sono addebitabili alla responsabilità precontrattuale dell'a.t.i., ed appare congrua la misura fissata dal Tar.

Per questa ragione, va disattesa la pretesa dell'Ente di addebitare all'a.t.i. le spese della nuova gara, pretesa che si deve ritenere non già assorbita dal Tar, ma considerata nella liquidazione equitativa del danno in favore dell'Ente.

32.2. Quanto alle spese di custodia, esse, fino a marzo-aprile 2004, epoca in cui la trattativa appariva avviarsi al fallimento, sono state necessitate per chiudere il rapporto con il precedente aggiudicatario, quantificare i lavori ancora da eseguire, proseguire la trattativa con l'a.t.i. Pertanto non sono addebitabili a colpa dell'a.t.i.

32.3. Quanto al periodo successivo, si deve osservare che con nota del 14 maggio 2004 l'a.t.i. comunicò all'Ente che riteneva le trattative non andate a buon fine per colpa dell'Ente e annunciava l'intento di intraprendere le vie legali per conseguire il risarcimento del danno. L'Ente rispose con nota del 10 febbraio 2005, comunicando le definitive condizioni a cui era disposto a stipulare il contratto con l'a.t.i. L'a.t.i. con lettera del 23 febbraio 2005 respinse la proposta, considerandola tardiva anche perché successiva alla nel frattempo intervenuta proposizione di ricorso al Tar.

La circostanza che la risposta dell'I.N.A.I.L. è avvenuta con quasi dieci mesi di distanza, non può essere valutata nel senso preteso dall'a.t.i. Infatti l'I.N.A.I.L. ha documentato che da maggio 2004 a febbraio 2005 vi sono stati incontri e trattative tra le parti (doc. 40 depositato il 29 settembre 2006).

Sicché, questo ulteriore ritardo di circa dieci mesi, è addebitabile a colpa di entrambe le parti, con la conseguenza che sulle spese di custodia relative al periodo

maggio 2004-febbraio 2005 va riconosciuta la responsabilità precontrattuale dell'a.t.i., e il ristoro del danno nella misura del 5%, secondo il criterio già seguito dal Tar per la liquidazione degli altri danni, e che il Collegio stima congruo.

Quanto alla base di calcolo: vista la spesa di euro 285.000 documentata per il periodo 15 novembre 2003 - 18 aprile 2005, va calcolata la quota di tale spesa imputabile al periodo 14 maggio 2004-18 aprile 2005, e su tale quota va applicata la percentuale del 5%.

Calcolati 15 mesi complessivi, le spese di custodia per ciascun mese ammontano a euro 19.000. Ai mesi da maggio 2004 ad aprile 2005, pari a nove, vanno imputate spese di custodia pari a euro 171.000. Il danno è pari a euro 8.550 su cui applicare la rivalutazione con decorrenza dal 18 aprile 2005. Non sono dovuti interessi in difetto di domanda di parte in primo grado.

33. In conclusione, l'appello dell'I.N.A.I.L. va accolto in parte e, per l'effetto:

- a) il debito dell'I.N.A.I.L. verso l'a.t.i., come risulta dalla sentenza di primo grado, va decurtato di euro 12.150;
- b) l'a.t.i. va condannata a corrispondere all'I.N.A.I.L., in aggiunta alle somme già riconosciute dal Tar, l'ulteriore somma di euro 8.550 con rivalutazione monetaria con decorrenza dal 18 aprile 2005.

34. Le spese di lite, in considerazione della reciproca soccombenza e della novità e complessità delle questioni, possono essere interamente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sui due appelli in epigrafe:

- 1) li riunisce;
- 2) accoglie in parte l'appello dell'I.N.A.I.L., e, per l'effetto:
 - 2.a) riduce il risarcimento liquidato dalla sentenza di primo grado in favore dell'a.t.i. nella misura di euro 12.150;

2.b) condanna l'a.t.i. a corrispondere in favore dell'Ente la somma ulteriore, in aggiunta a quella già liquidata dalla sentenza di primo grado, di euro 8.550 con rivalutazione monetaria con decorrenza dal 18 aprile 2005;

3) accoglie in parte l'appello dell'a.t.i. e, per l'effetto, condanna l'I.N.A.I.L. a corrispondere all'a.t.i., in aggiunta alla somma già liquidata dalla sentenza di primo grado:

3.a) la somma di euro 163.233, oltre a rivalutazione con decorrenza dal 15 maggio 2003;

3.b) la somma di euro 10.000, oltre a rivalutazione con decorrenza dal 21 settembre 2004;

3.c) la rivalutazione monetaria, con decorrenza dal 23 febbraio 2004, sulle somme già liquidate dal Tar in favore dell'a.t.i., e decurtate di euro 12.150 come disposto *sub* 2.a), e con applicazione degli interessi dalla medesima data con i criteri indicati in motivazione;

4) compensa integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2010

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

Il Dirigente della Sezione