

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29169-il-lamentato-pregiudizio-patrimoniale-della-ricorrente-conseguito-alla-mera-esecuzione-della-sentenza-di-primo-grado>

Autore: Lazzini Sonia

Il lamentato pregiudizio patrimoniale della ricorrente è conseguito alla mera esecuzione della sentenza di primo grado

Tar Sicilia, Catania, 12.02.2010 n. 175

Il lamentato pregiudizio patrimoniale della ricorrente è conseguito alla mera esecuzione della sentenza di primo grado

la disciplina processuale specifica delle controversie in materia di appalti pubblici è tutta improntata alla celerità, proprio per l'esigenza di non lasciare a lungo inesequibili e inesequite le opere pubbliche; se a fronte delle decisioni di primo grado non sospese l'amministrazione appaltante dovesse adottare la misura di estrema prudenza di attendere l'esito dell'appello, la funzione acceleratoria delle norme in materia sarebbe frustrata

Il collegio esclude la sussistenza della propria giurisdizione con riguardo alla domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 Cc proposta nei confronti dell'impresa controinteressata, in conformità ai precedenti giurisprudenziali aventi ad oggetto analoghe fattispecie (cfr.: CdS, VI, n. 2957/2008; Cass. SS.UU., n. 13659/2006, che ha affermato in termini generalissimi l'appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente agisce quindi per ottenere il risarcimento del danno derivante dalla mancata esecuzione dell'appalto in questione. Essa chiede che l'amministrazione e la società che si è aggiudicata i lavori vengano condannate al risarcimento del danno derivante dalla mancata percezione dell'utile e dalla mancata qualificazione professionale. In subordine, chiede che la controinteressata venga condannata a corrispondere un indennizzo ai sensi dell'art. 2041 Cc.

Parte controinteressata eccepisce l'inammissibilità del gravame per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, almeno per quanto riguarda la richiesta risarcitoria nei confronti di essa controinteressata, trattandosi di un contenzioso tra privati, soggetto pertanto – si sostiene – all'ordinario criterio di riparto della giurisdizione fra a.g.o. e a.g.a.

In via subordinata, la ricorrente chiede la condanna dell'odierna controinteressata ai sensi dell'art. 96/2 Cpc, fondando la responsabilità di essa sui comportamenti sollecitatori assunti nei confronti dell'amministrazione comunale di Basicò, senza attendere il giudicato, e quindi accettando il rischio di una pronuncia in appello di annullamento del giudizio di primo grado.

Infine, chiede un ristoro del pregiudizio subito ai sensi dell'art. 2041 Cc, in base ai concorrenti elementi dell'impovertimento per mancata acquisizione dei vantaggi derivanti dall'esecuzione dei lavori dei quali la ricorrente era legittima aggiudicataria e dell'arricchimento della controinteressata che ha percepito illegittimamente il compenso per l'attività e il pagamento dell'utile d'impresa incluso nell'importo netto contrattuale.

Nella memoria da ultimo depositata parte ricorrente per la prima volta chiede anche la ripetizione dell'indebitto ai sensi dell'art. 2033. Cc.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Osserva il collegio, con riferimento alla domanda principale su descritta, che difetta, in capo all'amministrazione resistente – come per altro dalla stessa rilevato – l'infettibile presupposto dell'elemento soggettivo. Parte ricorrente, consapevole delle difficoltà cui va incontro, nella fattispecie, la pretesa risarcitoria azionata, tenta di superarle innanzitutto sostenendo che l'amministrazione comunale ha agito senza osservare i canoni di normale prudenza, dando esecuzione alla sentenza di primo grado nonostante la tempestiva proposizione dell'appello.

Ma va in contrario rilevato che l'amministrazione non aveva altra possibilità, a fronte di una sentenza di primo grado non sospesa, che eseguire il dictum giurisdizionale; l'esecuzione comportava ovviamente che i lavori in questione venissero affidati alla controinteressata. Per altro, deve tenersi conto del fatto che la disciplina processuale specifica delle controversie in materia di appalti pubblici è tutta improntata alla celerità, proprio per l'esigenza di non lasciare a lungo inesequibili e inesequite le opere pubbliche; se

a fronte delle decisioni di primo grado non sospese l'amministrazione appaltante dovesse adottare la misura di estrema prudenza di attendere l'esito dell'appello, la funzione acceleratoria delle norme in materia sarebbe frustrata.

Tali principi sono stati già tenuti presenti nel giudizio di ottemperanza alla sentenza del Cga n. 321/2005, in cui si afferma che la "vera peculiarità della presente vicenda sta... nel fatto che il lamentato pregiudizio patrimoniale della ricorrente è conseguito alla mera esecuzione della sentenza di primo grado; alla quale l'Amministrazione neppure avrebbe potuto sottrarsi, stante la sua esecutività ex lege" (sent. n. 587/2006). La responsabilità del Comune di Basicò è, in definitiva, già stata esclusa dal giudice d'appello; anche a prescindere da un approfondito esame del profilo di possibile inammissibilità – per violazione del principio del ne bis in idem - della domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione già proposta al Cga, che l'ha esclusa, il collegio non ritiene di poter giungere a conclusioni diverse da quelle cui è giunto il giudice d'appello, secondo il quale "la causazione del danno non potrebbe comunque considerarsi ascrivibile al Comune qui intimato: il quale – come emerge da una complessiva valutazione degli atti del giudizio cognitorio – né inizialmente ha dato causa alla pronuncia di primo grado poi riformata in appello; né successivamente avrebbe potuto in alcun modo sottrarsi dal darle provvisoriamente esecuzione"; si veda anche, in fattispecie analoga a quella in esame: T.A.R. Lazio Latina, I, 12 giugno 2009, n. 571, che sottolinea anche come in simili casi sussista a carico dell'amministrazione l'obbligo legale di esecuzione, e come l'eventuale condotta omissiva possa anche comportare l'insorgenza della cd. responsabilità amministrativa; Tar Palermo, II, sent. n. 1895/2009.

La domanda principale, per tutte le ragioni esposte, deve essere rigettata.

Orbene, sulle ulteriori domande, proposte nei confronti della controinteressata, deve preliminarmente verificarsi se esse ricadano sotto la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il collegio esclude la sussistenza della propria giurisdizione con riguardo alla domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 Cc proposta nei confronti dell'impresa controinteressata, in conformità ai precedenti giurisprudenziali aventi ad oggetto analoghe fattispecie (cfr.: CdS, VI, n. 2957/2008; Cass. SS.UU., n. 13659/2006, che ha affermato in termini generalissimi l'appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario, sulla base dell'art. 103 Cost., "che non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati", precisando inoltre: che "la giurisprudenza delle sezioni unite si è espressa in modo univoco nel ritenere essenziale, perché possa prospettarsi l'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa, che sia proposta nei confronti di soggetti titolari di poteri amministrativi"; che a ciò non osta "la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso"; che "la giurisdizione è inderogabile per ragioni di connessione (salva diversa, specifica, previsione normativa)").

Per le medesime ragioni, non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo all'ulteriore, subordinata domanda ex art. 2041 Cc.

4 - Quanto alla domanda di ripetizione dell'indebito ai sensi dell'art. 2033 Cc - per la quale il giudice amministrativo, per le ragioni già esposte, è comunque privo di giurisdizione – vale la pena di osservare anche che si tratta di domanda per la prima volta introdotta con memoria non notificata, senza che essa si possa qualificare come specificazione o precisazione della domanda risarcitoria, trattandosi di distinte, autonome azioni. Deve pertanto escludersene anche sotto tale profilo l'ammissibilità, in omaggio al principio del giusto processo (art. 111 Cost.), che richiede la pienezza del contraddittorio, sicché ciascuno dei litiganti ha il diritto di esplicitare compiutamente e senza limitazioni le proprie difese. È evidente che, essendo diversi i presupposti dell'azione risarcitoria e di quella per ripetizione dell'indebito, quanto meno sotto il fondamentale profilo dell'elemento soggettivo (dal quale si prescinde nel secondo caso), laddove inizialmente sia stata esperita l'azione risarcitoria, la parte ricorrente, ove ritenga di introdurre, anche in via subordinata, la domanda ex art. 2033 Cc, deve farlo in modo che la controparte sia posta in grado di esplicitare le proprie difese avendo presente la possibilità di essere tenuto ad una misura restitutoria che prescinde dall'elemento soggettivo – incidendo la mala fede del percipiente solo ai fini della decorrenza del dies a quo di interessi e danni da svalutazione monetaria - sulla cui assenza aveva fondato la linea difensiva nei riguardi della domanda ex art. 2043 Cc.

Rimane da esaminare la domanda proposta ai sensi dell'art. 96, secondo comma, Cpc, che parte ricorrente fonda su una asserita accettazione, da parte della controinteressata esecutrice dell'appalto, del rischio di una pronuncia in appello di annullamento del giudizio di primo grado. Ciò integrerebbe quell'agire senza la normale prudenza previsto, come elemento soggettivo, dalla norma su citata, che qualifica l'elemento oggettivo in termini di inesistenza del diritto fatto valere in giudizio.

Orbene, parte controinteressata ha eccepito l'inammissibilità sotto due profili della domanda in esame. Innanzitutto ha rilevato che l'aggiudicazione dell'appalto in capo alla controinteressata è avvenuta in forza della riapertura delle operazioni di gara, su iniziativa del Comune e, peraltro, a seguito dell'emissione della sentenza di primo grado, e che tale fattispecie non è sussumibile in alcuna delle ipotesi di cui all'art. 96/2 Cpc; pertanto – sostiene la controinteressata – costituendo il secondo comma previsione eccezionale rispetto alla regola generale introdotta con il comma primo, non può farsene applicazione estensiva nei riguardi di ipotesi non contemplate.

Il collegio ritiene che l'art. 96 in esame costituisce nel suo complesso deroga al principio generale (art. 91 Cpc) secondo il quale la soccombenza implica solo la condanna al rimborso delle spese e degli onorari (comma primo della norma citata), e, pertanto, in tali termini è possibile riconoscere la fondatezza dell'eccezione.

In secondo luogo, viene eccepita l'inammissibilità della domanda di condanna per responsabilità aggravata sulla base del rilievo che essa andava proposta nello stesso giudizio dal cui esito si deduce l'insorgenza della responsabilità.

La giurisprudenza ha affermato che la domanda diretta all'accertamento della responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 Cpc rientra nella competenza funzionale, sia per l'an sia per il quantum, del giudice che è competente a conoscere della domanda principale (Cass. Civ. n. 6967/2001; v. anche Cass. Civ. n. 17016/2003, che definisce siffatta competenza del giudice del merito esclusiva e inderogabile). L'eccezione è quindi fondata, per l'evidente ragione che nel caso in esame l'eventuale responsabilità della controinteressata non potrebbe ravvisarsi (né la TECNITAL la individua) nella resistenza nel presente giudizio, avente ad oggetto in via principale il risarcimento dei danni, bensì nella originaria controversia dalla medesima controinteressata instaurata per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, inizialmente avvenuta in favore dell'odierna ricorrente.

In ogni caso, la domanda in esame è da respingere, in quanto il rigetto dell'ordinanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado da parte del giudice d'appello esclude la sussistenza di un atteggiamento processuale imprudente da parte dell'impresa controinteressata, come già rilevato dal Cga (sent. n. 587/2006, resa, come si è più volte ripetuto, in sede di ottemperanza alla sentenza del medesimo Cga n. 321/2005), osservando che la responsabilità in questione <<postula l'esistenza di uno specifico elemento soggettivo (consistente nel fatto che la parte beneficiaria del provvedimento giurisdizionale, poi caducato nel prosieguo del giudizio, abbia "agito senza la normale prudenza"); elemento soggettivo che, nel caso di specie, non sembra neppure ipotizzabile>>.

In conclusione, il ricorso in esame deve essere rigettato per quanto attiene alla responsabilità del Comune di Basicò, dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per quanto attiene alla responsabilità, a vario titolo invocata, dell'impresa controinteressata, e dichiarato inammissibile per quanto attiene alla responsabilità ex art. 96/2 Cpc della medesima, per difetto di competenza di questo giudice.

Si rinviano le parti, quanto alle domande delle quali è stata dichiarata l'inammissibilità per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, al giudice civile competente per territorio, ai sensi dell'art. 59, comma 1, della L. 18 giugno 2009, n. 69, facendo espressamente salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda e fissando il termine di sei mesi dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione, per la riassunzione del giudizio davanti al predetto giudice.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 175 del 12 febbraio 2010 emessa dal Tar Sicilia, Catania

N. 00175/2010 REG.SEN.
N. 00256/2007 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 256 del 2007, proposto da:
Tecnital Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Aliquò, Grazia Tomarchio,
con domicilio eletto presso Giuseppe Aliquò in Catania, via M. Scammacca, 46;

contro

Comune di Basicò (Me), rappresentato e difeso dall'avv. Mariella Sciammetta, con
domicilio eletto presso Guglielmo Lenzo in Catania, via F.Battiato,38;

nei confronti di

Ingegneria e Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Caldarera, con
domicilio eletto presso Massimiliano Maria Jelo in Catania, via V.E. Orlando, 26;

per

il riconoscimento del diritto ad ottenere il risarcimento integrale dei danni subiti e
subendi – come lucro cessante e come danno emergente a causa della mancata
aggiudicazione dei lavori di consolidamento del centro abitato e della contrada
Acquarossa Mangone del Comune di Basicò di cui al bando di gara pubblicato in
GURS n. 42 del 18.10.2002, da determinarsi anche mediante ctu o, in subordine, in
via equitativa ai sensi dell'art. 1226 C.c., con accessori;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Basicò (Me) e di Ingegneria e Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il dott. Rosalia Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con sentenza n. 460/2003 la prima sezione di questo Tar ha accolto il ricorso dell'odierna controinteressata, ed ha annullato gli atti della gara in epigrafe specificata, che era stata originariamente aggiudicata dal Comune di Basicò all'odierna ricorrente.

Con sentenza n. 321/2005 il Cga riformava la decisione di prime cure, sicché, con atto notificato il 30 maggio 2005, l'odierna ricorrente chiedeva al Comune di Basicò di annullare l'aggiudicazione – intervenuta nelle more del giudizio, come meglio sarà infra specificato - in favore della Ingegneria e Costruzioni s.r.l., e di aggiudicare la gara ad essa istante, con conseguente stipula con quest'ultima del contratto di appalto e consegna dei lavori; chiedeva inoltre, in caso di impossibilità a causa della già avvenuta ultimazione dei medesimi, di dare esecuzione comunque al giudicato mediante risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

Tuttavia, come già accennato, i lavori erano stati, nelle more, ultimati, posto che l'amministrazione aveva eseguito la sentenza di primo grado – favorevole, come si è detto, alla odierna controinteressata – stante anche il rigetto, da parte del Cga, della domanda di sospensione della predetta sentenza (ordinanza n. 845/2003).

L'ulteriore ricorso, proposto dinanzi al Cga dall'odierna ricorrente per

L'ottemperanza da parte del Comune di Basicò della pronuncia ad essa favorevole, veniva dichiarato inammissibile (sentenza n. 587/2006), sulla base della considerazione che, trattandosi in sostanza di domanda tendente al risarcimento del danno per equivalente, essa non poteva essere proposta per la prima volta in appello.

Con il ricorso in epigrafe la TACNITAL agisce quindi per ottenere il risarcimento del danno derivante dalla mancata esecuzione dell'appalto in questione. Essa chiede che l'amministrazione e la società che si è aggiudicata i lavori vengano condannate al risarcimento del danno derivante dalla mancata percezione dell'utile e dalla mancata qualificazione professionale. In subordine, chiede che la controinteressata venga condannata a corrispondere un indennizzo ai sensi dell'art. 2041 Cc.

Parte controinteressata eccepisce l'inammissibilità del gravame per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, almeno per quanto riguarda la richiesta risarcitoria nei confronti di essa controinteressata, trattandosi di un contenzioso tra privati, soggetto pertanto – si sostiene – all'ordinario criterio di riparto della giurisdizione fra a.g.o. e a.g.a.

In via subordinata, la ricorrente chiede la condanna dell'odierna controinteressata ai sensi dell'art. 96/2 Cpc, fondando la responsabilità di essa sui comportamenti sollecitatori assunti nei confronti dell'amministrazione comunale di Basicò, senza attendere il giudicato, e quindi accettando il rischio di una pronuncia in appello di annullamento del giudizio di primo grado.

Infine, chiede un ristoro del pregiudizio subito ai sensi dell'art. 2041 Cc, in base ai concorrenti elementi dell'impoverimento per mancata acquisizione dei vantaggi derivanti dall'esecuzione dei lavori dei quali la ricorrente era legittima aggiudicataria e dell'arricchimento della controinteressata che ha percepito illegittimamente il

compenso per l'attività e il pagamento dell'utile d'impresa incluso nell'importo netto contrattuale.

Nella memoria da ultimo depositata parte ricorrente per la prima volta chiede anche la ripetizione dell'indebitato ai sensi dell'art. 2033. Cc.

2- Osserva il collegio, con riferimento alla domanda principale su descritta, che difetta, in capo all'amministrazione resistente – come per altro dalla stessa rilevato – l'indefettibile presupposto dell'elemento soggettivo. Parte ricorrente, consapevole delle difficoltà cui va incontro, nella fattispecie, la pretesa risarcitoria azionata, tenta di superarle innanzitutto sostenendo che l'amministrazione comunale ha agito senza osservare i canoni di normale prudenza, dando esecuzione alla sentenza di primo grado nonostante la tempestiva proposizione dell'appello.

Ma va in contrario rilevato che l'amministrazione non aveva altra possibilità, a fronte di una sentenza di primo grado non sospesa, che eseguire il *dictum* giurisdizionale; l'esecuzione comportava ovviamente che i lavori in questione venissero affidati alla controinteressata. Per altro, deve tenersi conto del fatto che la disciplina processuale specifica delle controversie in materia di appalti pubblici è tutta improntata alla celerità, proprio per l'esigenza di non lasciare a lungo inesequibili e inesequite le opere pubbliche; se a fronte delle decisioni di primo grado non sospese l'amministrazione appaltante dovesse adottare la misura di estrema prudenza di attendere l'esito dell'appello, la funzione acceleratoria delle norme in materia sarebbe frustrata.

Tali principi sono stati già tenuti presenti nel giudizio di ottemperanza alla sentenza del Cga n. 321/2005, in cui si afferma che la “*vera peculiarità della presente vicenda sta... nel fatto che il lamentato pregiudizio patrimoniale della ricorrente è conseguito alla mera esecuzione della sentenza di primo grado; alla quale l'Amministrazione neppure avrebbe potuto sottrarsi, stante la sua esecutività ex lege*” (sent. n. 587/2006). La responsabilità del

Comune di Basicò è, in definitiva, già stata esclusa dal giudice d'appello; anche a prescindere da un approfondito esame del profilo di possibile inammissibilità – per violazione del principio del *ne bis in idem* - della domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione già proposta al Cga, che l'ha esclusa, il collegio non ritiene di poter giungere a conclusioni diverse da quelle cui è giunto il giudice d'appello, secondo il quale *“la causazione del danno non potrebbe comunque considerarsi ascrivibile al Comune qui intimato: il quale – come emerge da una complessiva valutazione degli atti del giudizio cognitorio – né inizialmente ha dato causa alla pronuncia di primo grado poi riformata in appello; né successivamente avrebbe potuto in alcun modo sottrarsi dal darle provvisoriamente esecuzione”*; si veda anche, in fattispecie analoga a quella in esame: T.A.R. Lazio Latina, I, 12 giugno 2009, n. 571, che sottolinea anche come in simili casi sussista a carico dell'amministrazione l'obbligo legale di esecuzione, e come l'eventuale condotta omissiva possa anche comportare l'insorgenza della cd. responsabilità amministrativa; Tar Palermo, II, sent. n. 1895/2009.

La domanda principale, per tutte le ragioni esposte, deve essere rigettata.

3 - Orbene, sulle ulteriori domande, proposte nei confronti della controinteressata, deve preliminarmente verificarsi se esse ricadano sotto la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il collegio esclude la sussistenza della propria giurisdizione con riguardo alla domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 Cc proposta nei confronti dell'impresa controinteressata, in conformità ai precedenti giurisprudenziali aventi ad oggetto analoghe fattispecie (cfr.: CdS, VI, n. 2957/2008; Cass. SS.UU., n. 13659/2006, che ha affermato in termini generalissimi l'appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario, sulla base dell'art. 103 Cost., *“che non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati”*, precisando inoltre: che *“la giurisprudenza delle sezioni unite si è espressa in modo univoco nel ritenere essenziale, perché possa prospettarsi l'appartenenza della*

controversia alla giurisdizione amministrativa, che sia proposta nei confronti di soggetti titolari di poteri amministrativi”; che a ciò non osta “la proposizione della domanda anche nei confronti dell’ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso”; che “la giurisdizione è inderogabile per ragioni di connessione (salva diversa, specifica, previsione normativa”).

Per le medesime ragioni, non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo all’ulteriore, subordinata domanda *ex art. 2041 Cc.*

4 - Quanto alla domanda di ripetizione dell’indebitato ai sensi dell’art. 2033 Cc - per la quale il giudice amministrativo, per le ragioni già esposte, è comunque privo di giurisdizione – vale la pena di osservare anche che si tratta di domanda per la prima volta introdotta con memoria non notificata, senza che essa si possa qualificare come specificazione o precisazione della domanda risarcitoria, trattandosi di distinte, autonome azioni. Deve pertanto escludersene anche sotto tale profilo l’ammissibilità, in omaggio al principio del giusto processo (art. 111 Cost.), che richiede la pienezza del contraddittorio, sicché ciascuno dei litiganti ha il diritto di esplicitare compiutamente e senza limitazioni le proprie difese. È evidente che, essendo diversi i presupposti dell’azione risarcitoria e di quella per ripetizione dell’indebitato, quanto meno sotto il fondamentale profilo dell’elemento soggettivo (dal quale si prescinde nel secondo caso), laddove inizialmente sia stata esperita l’azione risarcitoria, la parte ricorrente, ove ritenga di introdurre, anche in via subordinata, la domanda *ex art. 2033 Cc*, deve farlo in modo che la controparte sia posta in grado di esplicitare le proprie difese avendo presente la possibilità di essere tenuto ad una misura restitutoria che prescinde dall’elemento soggettivo – incidendo la mala fede del percipiente solo ai fini della decorrenza del *dies a quo* di interessi e danni da svalutazione monetaria - sulla cui assenza aveva fondato la linea difensiva nei riguardi della domanda *ex art. 2043 Cc.*

Rimane da esaminare la domanda proposta ai sensi dell’art. 96, secondo comma, Cpc, che parte ricorrente fonda su una asserita accettazione, da parte della

controinteressata esecutrice dell'appalto, del rischio di una pronuncia in appello di annullamento del giudizio di primo grado. Ciò integrerebbe quell'agire senza la normale prudenza previsto, come elemento soggettivo, dalla norma su citata, che qualifica l'elemento oggettivo in termini di inesistenza del diritto fatto valere in giudizio.

Orbene, parte controinteressata ha eccepito l'inammissibilità sotto due profili della domanda in esame.

Innanzitutto ha rilevato che l'aggiudicazione dell'appalto in capo alla controinteressata è avvenuta in forza della riapertura delle operazioni di gara, su iniziativa del Comune e, peraltro, a seguito dell'emissione della sentenza di primo grado, e che tale fattispecie non è sussumibile in alcuna delle ipotesi di cui all'art. 96/2 Cpc; pertanto – sostiene la controinteressata - costituendo il secondo comma previsione eccezionale rispetto alla regola generale introdotta con il comma primo, non può farsene applicazione estensiva nei riguardi di ipotesi non contemplate.

Il collegio ritiene che l'art. 96 in esame costituisce nel suo complesso deroga al principio generale (art. 91 Cpc) secondo il quale la soccombenza implica solo la condanna al rimborso delle spese e degli onorari (comma primo della norma citata), e, pertanto, in tali termini è possibile riconoscere la fondatezza dell'eccezione.

In secondo luogo, viene eccepita l'inammissibilità della domanda di condanna per responsabilità aggravata sulla base del rilievo che essa andava proposta nello stesso giudizio dal cui esito si deduce l'insorgenza della responsabilità.

La giurisprudenza ha affermato che la domanda diretta all'accertamento della responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 Cpc rientra nella competenza funzionale, sia per l'*an* sia per il *quantum*, del giudice che è competente a conoscere della domanda principale (Cass. Civ. n. 6967/2001; v. anche Cass. Civ. n. 17016/2003, che definisce siffatta competenza del giudice del merito esclusiva e

inderogabile). L'eccezione è quindi fondata, per l'evidente ragione che nel caso in esame l'eventuale responsabilità della controinteressata non potrebbe ravvisarsi (né la TECNITAL la individua) nella resistenza nel presente giudizio, avente ad oggetto in via principale il risarcimento dei danni, bensì nella originaria controversia dalla medesima controinteressata instaurata per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, inizialmente avvenuta in favore dell'odierna ricorrente.

In ogni caso, la domanda in esame è da respingere, in quanto il rigetto dell'ordinanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado da parte del giudice d'appello esclude la sussistenza di un atteggiamento processuale imprudente da parte dell'impresa controinteressata, come già rilevato dal Cga (sent. n. 587/2006, resa, come si è più volte ripetuto, in sede di ottemperanza alla sentenza del medesimo Cga n. 321/2005), osservando che la responsabilità in questione <<postula l'esistenza di uno specifico elemento soggettivo (consistente nel fatto che la parte beneficiaria del provvedimento giurisdizionale, poi caducato nel prosieguo del giudizio, abbia "agito senza la normale prudenza"); elemento soggettivo che, nel caso di specie, non sembra neppure ipotizzabile>>.

In conclusione, il ricorso in esame deve essere rigettato per quanto attiene alla responsabilità del Comune di Basicò, dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per quanto attiene alla responsabilità, a vario titolo invocata, dell'impresa controinteressata, e dichiarato inammissibile per quanto attiene alla responsabilità *ex art. 96/2 Cpc* della medesima, per difetto di competenza di questo giudice.

Si rinviando le parti, quanto alle domande delle quali è stata dichiarata l'inammissibilità per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, al giudice civile competente per territorio, ai sensi dell'art. 59, comma 1, della L. 18 giugno 2009, n. 69, facendo espressamente salvi gli effetti sostanziali e processuali della

domanda e fissando il termine di sei mesi dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione, per la riassunzione del giudizio davanti al predetto giudice.

Le spese del presente giudizio, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e delle complesse vicende giudiziarie che ne sono scaturite, possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia – sezione staccata di Catania, sezione IV - così statuisce:

- RIGETTA la domanda di risarcimento dei danni nei confronti del Comune di Basicò;
- DICHIARA INAMMISSIBILE la domanda ex art. 96/2 Cpc nei confronti della controinteressata, per difetto di competenza di questo giudice;
- DICHIARA INAMMISSIBILI per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo tutte le ulteriori domande intese a ottenere una riparazione da parte della controinteressata;
- COMPENSA le spese processuali.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Biagio Campanella, Presidente

Ettore Leotta, Consigliere

Rosalia Messina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2010

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

IL SEGRETARIO