

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 10/06/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29667-meritevole-di-accoglimento-invece-la-domanda-di-risarcimento-danni-a-titolo-di-responsabilità-precontrattuale-in-quanto-non-v-dubbio-che-la-stazione-appaltante-con-grave-negligenza-ed-in-violazion>**

**Autore: Lazzini Sonia**

**Meritevole di accoglimento è invece la domanda di risarcimento danni a titolo di responsabilità precontrattuale in quanto non v'è dubbio che la stazione appaltante, con grave negligenza ed in violazione di principi giuridici reiteratamente affermati dalla**

**Tar Molise, Campobasso, 12.05.2010 n. 208**

**Meritevole di accoglimento è invece la domanda di risarcimento danni a titolo di responsabilità precontrattuale in quanto non v'è dubbio che la stazione appaltante, con grave negligenza ed in violazione di principi giuridici reiteratamente affermati dalla giurisprudenza in sede nazionale e comunitaria, ha posto in essere una sequenza procedimentale violativa di basilari principi di imparzialità e trasparenza, in tal modo rendendo vano l'investimento economico dell'impresa ricorrente che si è pertanto vista coinvolta in una procedura infruttuosa, con conseguente illecita lesione della propria libertà negoziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1337 c.c..**

Ferma la sopravvenuta cessazione della materia del contendere in ordine alla domanda di annullamento degli atti di gara, resta da esaminare la domanda risarcitoria proposta con ricorso notificato in data 21.12.2009 e depositato il 23 dicembre successivo, della cui ammissibilità non pare lecito dubitare essendo pacifco che la rimozione in via di autotutela di un atto amministrativo tempestivamente impugnato dal privato non preclude al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria (cfr. Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2008, n. 219).

Nel merito la società ricorrente chiede il risarcimento del danno per perdita di chance, del danno curriculare e, in ogni caso, di quello relativo alle spese sostenute per l'infruttuosa partecipazione alla gara: in via principale cioè agisce a tutela del c.d. interesse positivo che assume leso dalla mancata aggiudicazione imputabile all'illegittimo svolgimento della procedura di gara da parte della stazione appaltante; in via subordinata agisce a tutela del c.d. interesse negativo quello cioè a non vedersi coinvolta in una trattativa inutile per fatto illecito imputabile alla controparte con conseguente diritto al rimborso delle spese di partecipazione sostenute ed, eventualmente, delle mancate occasioni di guadagno.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Quanto al c.d. danno da mancata aggiudicazione la domanda dev'essere respinta nel merito in quanto la società ricorrente non ha fornito alcuna prova circa la spettanza della aggiudicazione né ha fornito elementi sufficienti (rappresentati essenzialmente dai caratteri della proposta migliorativa) per consentire al giudice di formulare un giudizio di prognosi postuma favorevole in una fattispecie in cui il metodo di aggiudicazione prescelto – quello cioè dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con ben 60 punti assegnati alla voce “qualità” – non consente al giudice di sostituire il proprio metro di valutazione delle offerte a quello proprio della stazione appaltante stante l'ampia opinabilità dei criteri tecnici da applicare nella formulazione dei giudizi in questione.

Peraltro non può neppure configurarsi un danno da perdita di chance: anche a voler ipotizzare infatti l'impossibilità per il Comune di Acquaviva d'Isernia di procedere alla riedizione della gara, da valere quale forma di risarcimento in forma specifica della chance di aggiudicazione lesa dall'annullamento della gara, deve infatti osservarsi che la partecipazione di ben 9 concorrenti alla gara annullata e l'alea oggettivamente connessa al metodo di aggiudicazione prescelto - che assegna fino a 40 punti per la voce “qualità del progetto” ed ulteriori 20 punti per le proposte migliorative -, non consentono di configurare in concreto alcuna ragionevole probabilità di aggiudicazione tale da assurgere a posta attiva del patrimonio dell'istante suscettibile di ristoro per equivalente in caso di sua lesione contra ius; si

tratta, a ben vedere, di una mera possibilità di aggiudicazione che, in quanto statisticamente non rilevante, alla luce delle caratteristiche della fattispecie concreta, non assurge ad interesse meritevole di tutela per l'ordinamento ai fini della tutela aquiliana secondo quanto precisato nella nota sentenza Cass. SS.UU. 500/99.

Meritevole di accoglimento è invece la domanda di risarcimento danni a titolo di responsabilità precontrattuale in quanto non v'è dubbio che la stazione appaltante, con grave negligenza ed in violazione di principi giuridici reiteratamente affermati dalla giurisprudenza in sede nazionale e comunitaria, ha posto in essere una sequenza procedimentale violativa di basilari principi di imparzialità e trasparenza, in tal modo rendendo vano l'investimento economico dell'impresa ricorrente che si è pertanto vista coinvolta in una procedura infruttuosa, con conseguente illecita lesione della propria libertà negoziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1337 c.c..

Conformemente ai principi reiteratamente affermati dalla giurisprudenza in tema, alla ricorrente spetta pertanto il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara che ha analiticamente documentato nell'importo – non contestato da controparte - di euro 6.048,91, da maggiorare con il calcolo degli interessi e della rivalutazione monetaria – trattandosi di debito di valore - a decorrere dal 12.12.2009, data di adozione della delibera di Giunta n. 65 che, ponendo nel nulla la gara, ha concretizzato la lesione dell'interesse c.d. negativo dell'istante.

Nulla può invece essere riconosciuto per le mancate occasioni di guadagno, non avendo la ricorrente documentato alcunché a tal fine e, tanto meno, per il danno c.d. curriculare, trattandosi di danno evento ex art. 1223 c.c. conseguente al danno da mancata aggiudicazione ed incompatibile con la struttura della responsabilità precontrattuale.

La domanda risarcitoria deve, pertanto, essere accolta nei limiti del rimborso delle spese di partecipazione alla gara.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 208 del 12 maggio 2010 pronunciata dal Tar Molise, Campobasso

**N. 00208/2010 REG.SEN.  
N. 00478/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 478 del 2009, proposto dalla società Ricorrente S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Vincenzo Caputi Iambrenghi e Francesco Caputi Jambrenghi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Mario Mariano in Campobasso, via Garibaldi, 48;

*contro*

Comune di Acquaviva D'Isernia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Colalillo, presso il cui studio in Campobasso, via Umberto I, N. 43 elegge domicilio;

*nei confronti di*

Impresa Controinteressata di F. E. e F. G. S.n.c. in persona del legale rappresentante pro tempore;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

della determinazione del responsabile dell'U.T.C. del Comune di Acquaviva d'Isernia n. 15 del 20.10.2009; delle determinazioni assunte dalla Commissione giudicatrice e contenute nei verbali di gara del 22 e 30.9.2009, ivi compresi i criteri di valutazione e i giudizi espressi sui progetti/offerta, le graduatorie provvisorie, quella finale e l'aggiudicazione provvisoria; del bando di gara a procedura aperta e dell'allegato disciplinare di gara, pubblicato nell'albo pretorio del Comune dal 19.08.09 al 19.9.2009; della nota a firma del Responsabile del procedimento del 4.11.2009 prot. n. 2268 e di ogni ulteriore atto prodromico, connesso o consequenziale, nonché per la conseguente declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto d'appalto rep. n. 1/2009 stipulato in data 2.11.09 e per la condanna del Comune resistente al risarcimento del danno per perdita di chance e, in ogni caso, per il rimborso delle spese di partecipazione alla gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Acquaviva D'Isernia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2010 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

Con delibera di Giunta Comunale n. 80 del 30.12.2008 il Comune di Acquaviva d'Isernia approvava il progetto definitivo avente per oggetto la realizzazione degli impianti fotovoltaici su immobili di proprietà comunale.

Con determinazione n. 13 del 19.8.2009 veniva indetta una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione degli impianti fotovoltaici da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; veniva altresì approvato il bando di gara, il disciplinare di gara e lo schema per la compilazione delle offerte.

All'esito della procedura di gara risultava prima classificata l'Impresa Controinteressata con punti 80,886; seguivano le offerte della società Sekam con punti 73,848 e della società Ricorrente s.r.l., odierna ricorrente, con punti 60,49.

Con provvedimento n. 15 del 20.10.2009 il Comune di Acquaviva d'Isernia procedeva alla aggiudicazione della gara in favore della impresa Controinteressata.

Con ricorso notificato in data 20.11.2009 e depositato il successivo 24 novembre la società Ricorrente s.r.l. impugnava gli atti di gara chiedendone l'annullamento: in particolare contestava la violazione dell'art. 83, comma 4 del d. lgs. 163 del 2006 nonché l'operato della commissione di gara che aveva introdotto nuovi sottocriteri

di valutazione anche successivamente alla apertura delle buste contenenti i progetti migliorativi.

Si è costituito in giudizio il Comune di Acquaviva d'Isernia contestando la fondatezza delle censure ex adverso fatte valere e concludendo per la reiezione del ricorso nel merito.

Con ordinanza n. 353/2009 il TAR del Molise ha accolto la domanda di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati così statuendo: “Rilevato che, ad un primo sommario esame proprio della fase cautelare, il ricorso appare tempestivo ed assistito da sufficienti profili di fondatezza in relazione al motivo di ricorso con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 83, comma 4 del d. lgs. 163 del 2006 nonché per avere la commissione di gara introdotto nuovi sottocriteri di valutazione anche successivamente alla apertura delle buste contenenti i progetti migliorativi.

Rilevato che, alla luce del vigente disposto di cui all'art. 21 della legge 1034 del 1971, ai fini della delibrazione della domanda cautelare non rileva la valutazione in termini di bilanciamento di interessi, dovendosi piuttosto accertare la ricorrenza del requisito del fumus boni iuris e del periculum in mora, tanto più che nel caso di specie, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto, non emergono comunque profili di possibile pregiudizio per la stazione appaltante in conseguenza della riedizione della gara, tali da poter indurre a ritenere recessivo l'interesse strumentale della ricorrente al rifacimento della gara, comunque tutelato dall'ordinamento”.

In data 21.12.2009 la società ricorrente ha notificato al Comune di Acquaviva d'Isernia domanda per il risarcimento del danno da perdita di chance o, in ogni caso, per il rimborso delle spese di partecipazione quantificate in euro 6.048,91.

Alla pubblica udienza del 28 aprile 2010 la causa è stata trattenuta in decisione previo deposito di memorie e documenti con cui le parti hanno ulteriormente articolato le rispettive tesi difensive anche alla luce della sopravvenuta adozione

della delibera di Giunta n. 65 del 12.12.2009 con cui la stazione appaltante ha deciso di conformarsi, senza riserva, alla statuizione cautelare e di annullare conseguentemente in autotutela gli atti di gara.

Tanto premesso in fatto, la domanda di annullamento degli atti di gara deve essere definita con una declaratoria di cessazione della materia del contendere in quanto, come riferito nella premessa, il Comune di Acquaviva d'Isernia, preso atto del principio di diritto espresso nell'ordinanza n. 353/2009 e su conforme richiesta del responsabile del servizio tecnico, ha ritenuto con delibera di Giunta n. 65 del 12.12.2009 di disporre l'annullamento in via definitiva degli atti di gara, senza riserva circa l'esito del giudizio di merito.

Con memoria depositata il 22 aprile 2010 la società ricorrente ha osservato che in realtà la delibera di Giunta in questione dovrebbe essere qualificata quale mero atto di indirizzo rivolto al responsabile del servizio tecnico sicchè, in mancanza della adozione di conforme provvedimento di annullamento, non potrebbe ritenersi cessata la materia del contendere ed il TAR dovrebbe, a sua volta, pronunciarsi anche sulla domanda di annullamento accogliendola per i motivi già condivisi in sede cautelare.

In senso contrario rileva il collegio che da una lettura complessiva della delibera di Giunta n. 65/2009 emerge che il Comune di Acquaviva d'Isernia ha già manifestato con la medesima la volontà di porre nel nulla tutti gli atti di gara: particolarmente probante in tal senso appare il dispositivo in cui si legge “DELIBERA per le motivazioni espresse nella proposta di annullare le determinazioni del Responsabile del Settore Tecnico n. 13/2009 e n. 15/2009 e gli atti relativi alla gara per l'affidamento dei lavori di che trattasi e dare disposizione allo ufficio tecnico di provvedere alla nuova procedura di gara, previa revisione tecnico contabile del progetto esecutivo ed approvazione dello stesso”.

Ferma la sopravvenuta cessazione della materia del contendere in ordine alla domanda di annullamento degli atti di gara, resta da esaminare la domanda risarcitoria proposta con ricorso notificato in data 21.12.2009 e depositato il 23 dicembre successivo, della cui ammissibilità non pare lecito dubitare essendo pacifico che la rimozione in via di autotutela di un atto amministrativo tempestivamente impugnato dal privato non preclude al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria (cfr. Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2008, n. 219).

Nel merito la società ricorrente chiede il risarcimento del danno per perdita di chance, del danno curriculare e, in ogni caso, di quello relativo alle spese sostenute per l'infruttuosa partecipazione alla gara: in via principale cioè agisce a tutela del c.d. interesse positivo che assume leso dalla mancata aggiudicazione imputabile all'illegittimo svolgimento della procedura di gara da parte della stazione appaltante; in via subordinata agisce a tutela del c.d. interesse negativo quello cioè a non vedersi coinvolta in una trattativa inutile per fatto illecito imputabile alla controparte con conseguente diritto al rimborso delle spese di partecipazione sostenute ed, eventualmente, delle mancate occasioni di guadagno.

Quanto al c.d. danno da mancata aggiudicazione la domanda dev'essere respinta nel merito in quanto la società ricorrente non ha fornito alcuna prova circa la spettanza della aggiudicazione né ha fornito elementi sufficienti (rappresentati essenzialmente dai caratteri della proposta migliorativa) per consentire al giudice di formulare un giudizio di prognosi postuma favorevole in una fattispecie in cui il metodo di aggiudicazione prescelto – quello cioè dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con ben 60 punti assegnati alla voce “qualità” – non consente al giudice di sostituire il proprio metro di valutazione delle offerte a quello proprio della stazione appaltante stante l'ampia opinabilità dei criteri tecnici da applicare nella formulazione dei giudizi in questione.

Peraltro non può neppure configurarsi un danno da perdita di chance: anche a voler ipotizzare infatti l'impossibilità per il Comune di Acquaviva d'Isernia di procedere alla riedizione della gara, da valere quale forma di risarcimento in forma specifica della chance di aggiudicazione lesa dall'annullamento della gara, deve infatti osservarsi che la partecipazione di ben 9 concorrenti alla gara annullata e l'alea oggettivamente connessa al metodo di aggiudicazione prescelto - che assegna fino a 40 punti per la voce “qualità del progetto” ed ulteriori 20 punti per le proposte migliorative -, non consentono di configurare in concreto alcuna ragionevole probabilità di aggiudicazione tale da assurgere a posta attiva del patrimonio dell'istante suscettibile di ristoro per equivalente in caso di sua lesione contra ius; si tratta, a ben vedere, di una mera possibilità di aggiudicazione che, in quanto statisticamente non rilevante, alla luce delle caratteristiche della fattispecie concreta, non assurge ad interesse meritevole di tutela per l'ordinamento ai fini della tutela aquiliana secondo quanto precisato nella nota sentenza Cass. SS.UU. 500/99.

Meritevole di accoglimento è invece la domanda di risarcimento danni a titolo di responsabilità precontrattuale in quanto non v'è dubbio che la stazione appaltante, con grave negligenza ed in violazione di principi giuridici reiteratamente affermati dalla giurisprudenza in sede nazionale e comunitaria, ha posto in essere una sequenza procedimentale violativa di basilari principi di imparzialità e trasparenza, in tal modo rendendo vano l'investimento economico dell'impresa ricorrente che si è pertanto vista coinvolta in una procedura infruttuosa, con conseguente illecita lesione della propria libertà negoziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1337 c.c..

Conformemente ai principi reiteratamente affermati dalla giurisprudenza in tema, alla ricorrente spetta pertanto il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara che ha analiticamente documentato nell'importo – non contestato da controparte - di euro 6.048,91, da maggiorare con il calcolo degli

interessi e della rivalutazione monetaria – trattandosi di debito di valore - a decorrere dal 12.12.2009, data di adozione della delibera di Giunta n. 65 che, ponendo nel nulla la gara, ha concretizzato la lesione dell'interesse c.d. negativo dell'istante.

Nulla può invece essere riconosciuto per le mancate occasioni di guadagno, non avendo la ricorrente documentato alcunché a tal fine e, tanto meno, per il danno c.d. curriculare, trattandosi di danno evento ex art. 1223 c.c. conseguente al danno da mancata aggiudicazione ed incompatibile con la struttura della responsabilità precontrattuale.

La domanda risarcitoria deve, pertanto, essere accolta nei limiti del rimborso delle spese di partecipazione alla gara.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Molise definitivamente pronunciando così provvede:

-dichiara cessata la materia del contendere con riferimento alla impugnazione degli atti della procedura di gara;

-condanna il Comune di Acquaviva D'Isernia al risarcimento del danno in favore della società ricorrente ai sensi di cui in motivazione;

-condanna il Comune di Acquaviva D'Isernia alla rifusione in favore della società ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano complessivamente in euro 5000,00 di cui euro 2000,00 per onorari, euro 1000,00 per diritti ed euro 2000,00 per spese oltre, IVA, CAP e spese generali come per legge.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Orazio Ciliberti, Presidente

Luca Monteferrante, Primo Referendario, Estensore

Massimiliano Balloriani, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2010

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

**IL SEGRETARIO**