

REPUBBLICA ITALIANA N 411/2004

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Reg. Sent.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE N.1783/02

PER LA CALABRIA Reg. ric.

SEZIONE STACCATA DI REGGIO CALABRIA

composto dai Magistrati:

- ALBERTO NOVARESE Presidente f. f.
- DANIELE BURZICHELLI Primo Referendario
- GABRIELE NUNZIATA Referendario Estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.1783/2002 R.G. proposto dai Sigg. Munizza Vincenzo anche in qualità di rappresentante del raggruppamento provvisorio composto anche dai Sigg. Di Marco Giovanni e Trassari Vincenzo, Ferlito Giuseppe anche in qualità di rappresentante del raggruppamento provvisorio composto anche dai Sigg. Togna Alessandro e Ferlito Natale Antonio, e Tripodi Paolo anche in qualità di rappresentante del raggruppamento provvisorio composto anche dai Sigg. Abbate Giuseppe, Tripodi Ezio e Morabito Antonio, tutti rappresentati e difesi dall'Avv. Domenico Iofrida, ed il sig. Tripodi Paolo anche dall'Avv. Virgilio Tomasello, ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'Avv. Domenico Iofrida in Reggio Calabria, Via Aschenez Prolungamento n.38;

CONTRO

Comune di Bovalino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Domenico Vadalà ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Reggio Calabria, Via Castello n.6;

PER OTTENERE

la condanna del Comune al pagamento a titolo di risarcimento dei danni di una somma pari alla parcella che avrebbero dovuto conseguire e a quella già pagata per le prestazioni di cui al procedimento annullato, oltre il danno per la mancata acquisizione della progettazione nel curriculum da quantificarsi in via equitativa, in subordine la condanna per la lesione degli interessi legittimi al pagamento di una somma pari a quella già pagata per le prestazioni di cui al procedimento annullato oltre danno per mancata acquisizione della progettazione nel curriculum da quantificarsi in via equitativa, in via ulteriormente subordinata la condanna a titolo di risarcimento dei danni della somma che il Tribunale riterrà di determinare secondo equità, anche previo deposito di dettagliata relazione indicante le somme già pagate o richieste dal professionista illegittimamente incaricato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto il controricorso del Comune;

Visti gli atti tutti della causa ;

Designato relatore il referendario Gabriele Nunziata alla udienza pubblica del 5 maggio 2004, ed ivi uditi l'Avv. Domenico Iofrida per

la parte ricorrente e l'Avv. Anna Rita Foti per delega dell'Avv. Domenico Vadalà per il Comune;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Espongono in fatto gli odierni ricorrenti che con sentenza n.379 del 1998 questo Tribunale ha annullato la Delibera della Giunta Municipale del Comune di Bovalino n.348/1997 di affidamento della progettazione definitiva esecutiva di opere di miglioramento del sistema di distribuzione delle risorse idriche, per un importo di £.9.967.000.000. La citata sentenza è stata confermata dal Consiglio di Stato con decisione n.4673 del 2001. I ricorrenti assumono di essere i primi classificati nella graduatoria laddove l'aggiudicatario era soltanto in 13° posizione; la progettazione e la direzione sono state già realizzate e, non essendo possibile la reintegrazione in forma specifica, non resta che richiedere il risarcimento dei danni per la lesione del diritto ad ottenere l'incarico a seguito della lesione dell'interesse legittimo, risarcimento maggiorato per il danno indotto per la mancata acquisizione della progettazione nel curriculum.

Il Comune si è costituito escludendo l'illiceità e negando che vi sarebbe stata automatica aggiudicazione in favore dei ricorrenti.

All'udienza pubblica del 5 maggio 2004 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Con l'odierno ricorso viene lamentata l'accertata illegittimità della

condotta del Comune come presupposto per la condanna nei termini richiesti.

2. Il Collegio ritiene di premettere che l'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*. In ragione di siffatta disposizione spetta al giudice amministrativo la cognizione non solo delle controversie relative alla fase di scelta dell'aggiudicatario dell'appalto, ma anche in ordine alle conseguenze che strettamente discendano dalle decisioni giurisdizionali assunte in merito alle controversie involgenti la fase - connotata dall'esercizio di potestà autoritativa da parte dell'Amministrazione procedente - della selezione pubblica.

L'art.7 della medesima legge, accorpendo e rimaneggiando gli artt.33, 34 e 35 del Decr. Legisl. n.80/1998, ha poi sancito il principio del risarcimento del danno, anche mediante la reintegrazione in forma specifica, nelle controversie rientranti nell'ambito della generale competenza del giudice amministrativo ovvero in quelle devolute alla sua giurisdizione esclusiva.

2.1 Lo scrutinio che viene rimesso al giudice amministrativo non coinvolge atti relativi alla fase di esecuzione dell'appalto, scrutinio

che resta affidato al giudice ordinario (Cons. Stato, IV, 25.9.2002 n. 4895) ma, come si è detto, attiene alla esclusiva validità di un atto (il contratto) che, seppure riferibile a posizioni delle parti estranee al binomio potere-interesse legittimo, per essere al contrario collegate a posizioni di diritto soggettivo tra contraenti (cioè la parte pubblica ed il soggetto aggiudicatario dopo la stipula del contratto di appalto), vede detta validità (intesa in senso ampio e non con riferimento alle singole clausole) direttamente dipendere dal legittimo svolgimento della prodromica fase di scelta, che connota indefettibilmente il momento di formazione dell'accordo negoziale.

3. In ordine ai rapporti intercorrenti tra l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione ed il contratto che sia stato stipulato nelle more si sono variamente sostenute le tesi dell'annullabilità relativa, del difetto del potere rappresentativo ex art.1398 cod. civ., della nullità assoluta, della caducazione automatica e del travolgimento del contratto con salvezza dei terzi di buona fede. Propria tale ultima tesi è stata ripresa recentemente (Cons. Stato, IV, 23.10.2003, n. 6666), ove tra l'altro si è affermato che la tesi tradizionale dell'annullabilità relativa del contratto finisce col vanificare la tutela del soggetto controinteressato, il quale, pur avendo ottenuto ragione davanti al giudice amministrativo, ove il contratto sia stato già concluso, resta privo di alcun risultato praticamente utile, non essendo in grado di soddisfare la propria aspirazione finale ad essere il contraente. Il contratto, infatti, sarebbe impugnabile dinanzi al giudice ordinario su iniziativa della

sola Amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo ed avrebbe una sua vita autonoma, preclusiva di ogni utilità dell'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale amministrativa, che non sia quella legata alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente. Similmente la tesi della nullità del contratto non appare convincente in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia *ab origine*, mentre nella specie trattasi di una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara. Peraltro, accogliere la tesi della nullità del contratto significherebbe consentire la proposizione della relativa azione dichiarativa in ogni tempo - stante l'imprescrittibilità della medesima (art. 1422 c.c.) - da parte di chiunque vi abbia interesse e anche la rilevabilità *ex officio* (ex art. 1421 c.c.), a prescindere, quindi, da una previa rituale e tempestiva impugnazione, da parte dei soli soggetti legittimati a ricorrere, dell'atto amministrativo presupposto viziato (deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione) nel termine di decadenza proprio del giudizio amministrativo. Non persuade conseguentemente neanche la tesi della caducazione automatica dell'intero contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (o di altri atti della serie procedimentale) da parte del giudice amministrativo, caducazione automatica che, del resto, non trova appigli nella lettera della legge e contrasta con il principio della soggezione del contratto alla disciplina del diritto comune.

3.1 Dunque la tesi che appare preferibile è quella della mancanza del requisito della legittimazione a contrarre: la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato *injure*, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi.

Pertanto, ad opinione di tale pronuncia giurisprudenziale, la categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia, in quanto *“nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene ab origine inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa”* (così, testualmente, Cons. Stato n. 6666 del 2003 cit.).

4. Premesso quanto sopra, è possibile ora esaminare la domanda risarcitoria avanzata da parte ricorrente.

Condizione essenziale per poter avere accesso al risarcimento del

danno è costituita dalla tempestiva impugnazione dei provvedimenti amministrativi che si assumono produttivi del danno denunciato, in quanto la tardività del ricorso non permette al giudice di esaminare la legittimità dei provvedimenti in questione e quindi di accertare se il danno ingiusto derivi o meno dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica (Cons. Stato, VI, 25.6.2002, n.3483).

Parimenti è opinione diffusa (Cons. Stato, V, 18.3.2002, n.1562) che il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale, ma, pur non prescindendo da questo, richiede la positiva verifica di tutti i presupposti previsti dalla legge ed in particolare quelli di cui all'art.2043 cod. civ. e, in tema di liquidazione del danno, all'art.2056 cod. civ.: ciò significa che, oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento (il cd. "danno ingiusto"), sono necessari altresì il positivo accertamento della colpa dell'Amministrazione, la dimostrabilità di un effettivo danno arrecato al patrimonio e la sussistenza del nesso di causalità tra illecito e danno.

4.1 Ai fini della fondatezza nell'*an* della domanda risarcitoria, nella fattispecie sussiste la responsabilità del Comune in quanto l'evento dannoso, ovvero l'affidamento dell'incarico di progettazione come meglio specificato in atti, è stato posto in essere disattendendo i giudizi formulati dalla Commissione giudicatrice senza formulare alcuna motivazione e asserendo una presunta discrezionalità della scelta legata alla fiduciarità del rapporto con i progettisti, per tacere

dell'ulteriore profilo di illegittima composizione della Commissione giudicatrice.

L'illegittima aggiudicazione in favore di altro partecipante può dirsi imputabile al comportamento negligente e, pertanto, colposo dell'Amministrazione appaltante, dal momento che l'adozione e l'esecuzione degli atti illegittimi adottati, per quanto più sopra si è detto, è avvenuta in violazione delle regole in materia di affidamento di simili incarichi.

4.2 Nelle procedure di affidamento la domanda risarcitoria, indipendentemente se conseguente al pregiudizio patito a causa dell'agire illegittimo della Pubblica Amministrazione ovvero alla perdita di *chance*, richiede che sia comunque la parte ricorrente a dover provare il concreto pregiudizio subito, consistente nel primo caso nella diminuzione dell'integrità patrimoniale subita, nell'altra ipotesi nell'esistenza di una concreta probabilità dell'ottenimento del bene della vita in caso di legittimo svolgimento della procedura concorsuale. Tale onere di supportare con idonei elementi probatori il danno subito è posto a carico dell'interessato atteso che la realtà creata dall'azione amministrativa è nella disponibilità della parte, sia sotto il profilo dell'allegazione che sotto quello dell'acquisizione conoscitiva, ciò senza trascurare che con l'art.35, comma 2, del Decr. Legisl. n.80/1998 è stato riconosciuto al giudice il potere ordinario di fissare i criteri di liquidazione del danno da determinarsi tra le parti in ambito stragiudiziale anche con l'apporto del consulente che sarà utile per

vagliare la condivisibilità dei criteri di quantificazione del danno indicati dalla parte ricorrente (Cons. Stato, VI, ord.za 5.8.2003, n.4460).

4.3 Precisato che nel caso di specie va esclusa la possibilità del risarcimento in forma specifica, che costituisce un *prius* rispetto al risarcimento per equivalente in caso di annullamento dell'esito di una gara d'appalto, in quanto è stato evidenziato che la progettazione è già stata realizzata, il Collegio ritiene di sottolineare che con riguardo alla perdita di *chance*, che ricorre nei casi di illegittima esclusione da una gara o da un pubblico concorso, ovvero dall'annullamento degli atti di una procedura di evidenza pubblica, si deve interpretare la perdita di *chance* come danno che, derivante ora da responsabilità contrattuale ora da responsabilità extracontrattuale, esula dalla categoria dei danni futuri, ossia emergenti o lucri cessanti che si prevedono doversi verificare in un tempo successivo a quello in cui il danneggiato fa valere la sua pretesa. I danni futuri sono anch'essi risarcibili ove fondati su una causa efficiente già in atto e purchè si verifichi la certezza o un'alta probabilità del futuro avvenimento, con il criterio differenziale che il danno da perdita di *chance* costituisce un danno attuale non irrealizzato, presente e costituito dalla lesione della possibilità di conseguire il risultato favorevole la cui risarcibilità non è esclusa dall'art.1223 cod. civ. che limita l'area dei danni risarcibili alle perdite ed ai mancati guadagni (Cons. Stato, 7.2.2002, n.686).

4.4 Nel caso degli odierni ricorrenti, pare al Collegio che la posizione occupata dai medesimi nella graduatoria approvata dalla Commissione giudicatrice nel verbale del 25/11/1997 e disattesa nella Delibera n.348/1997 quale annullata giustifica l'utilizzo dello strumento previsto dall'art. 35, comma 2, del Decr. Legisl. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, laddove si consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento della somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

Si dispone, pertanto, che il Comune di Bovalino provveda a liquidare una somma a favore degli odierni ricorrenti a titolo sia di danno emergente (costi di partecipazione alla gara) che di lucro cessante (mancato utile), secondo i criteri appresso indicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica della presente decisione.

In particolare, il risarcimento del danno dovuto ai ricorrenti dovrà computarsi come segue (Cons. Stato n.6666 del 2003 cit.):

A) quanto al danno emergente:

A1) spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione.

A2) Quanto al pregiudizio per la perdita di *chance* legata all'impossibilità di far valere, nelle future procedure concorsuali, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, può, ad avviso del Collegio, procedersi in via equitativa alla liquidazione di tale voce del danno emergente nella misura del 3% del prezzo offerto dal gruppo ricorrente in sede di aggiudicazione.

Non sono imputabili, invece, le spese legali sostenute a fronte dei giudizi intrapresi, in quanto la relativa liquidazione è oggetto di autonoma statuizione giurisdizionale.

B) Quanto al lucro cessante, vale a dire l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa - generalmente reputato pari al 10% del valore dell'appalto, criterio cui fa riferimento la giurisprudenza in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99 che quantifica in tale misura il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A., la giurisprudenza riconosce la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nella misura del 10% qualora la parte ricorrente possa documentare di non aver potuto utilizzare i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi. Nel particolare caso sottoposto all'attenzione del Collegio si ritiene che il risarcimento possa essere determinato, in via

equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (Cons. Stato, V, 24.10.2002, n. 5860; V, 18.11.2002, n. 6393).

C) Sulle somme liquidate ai sensi delle lettere A) e B), che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte del soggetto che è rimasto illegittimamente aggiudicatario e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

D) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

E) Su tutte le somme dovute ai sensi delle precedenti lettere decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

5. Per quanto sopraesposto il Collegio ritiene che il ricorso vada accolto con conseguente condanna del Comune al risarcimento dei danni subiti dagli odierni ricorrenti a causa della mancata aggiudicazione dell'incarico in parola.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria – accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, condanna il Comune di Bovalino al risarcimento dei danni secondo i criteri di cui in motivazione, provvedendo alla liquidazione ed al pagamento di tali danni entro il termine massimo di sessanta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notifica della presente sentenza.

Condanna il Comune al pagamento delle spese del presente giudizio, quantificate in €1500,00 oltre IVA e CPA.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Reggio Calabria, nella Camera di Consiglio del 5 maggio 2004.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE f. f.

F.to Gabriele Nunziata

F.to Alberto Novarese

depositata il 19 maggio 2004

Il Segretario

Antonino Sgrò