



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1535 del 2017, proposto da:
E.CO.RES. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dagli avvocati Umberto Gentile, Marco Barsanti, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avvocato Andrea Abbamonte, in Napoli, via Melisurgo, 4;

contro

Comune di Castellammare di Stabia, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Catello De Simone, domiciliato *ex lege* presso la Segreteria del
T.A.R. Campania, in Napoli, piazza Municipio, 64;
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Opere
Pubbliche Campania e Molise, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati
e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria in
Napoli, via Armando Diaz, 11;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 6 del 2 febbraio 2017 a firma del Responsabile
del Settore Lavori Pubblici LL.PP./RUP del Comune di Castellammare di Stabia,
comunicata con nota prot. n. 11696 del 10 marzo 2017, recante la revoca della
procedura di gara relativa alla *“Gestione Integrata del Patrimonio Urbano di proprietà ed in*

uso a qualsiasi titolo al Comune di Castellammare di Stabia (NA) CIG 64178376A1 CUP E8811500002005”indetta con la determinazione dirigenziale n. 118 del 7 ottobre 2015;

- della comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 3195 del 23 gennaio 2017;
- della nota n. prot. 1590 del 13 gennaio 2017 e della precedente nota n. prot. 53864/2016, con le quali l’Assessore LL.PP. del Comune di Castellammare di Stabia ha evidenziato la mancanza della copertura economica dell’appalto di cui si discorre;
- nonché per la declaratoria del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno di tipo precontrattuale, ed, in particolare, al risarcimento delle spese sostenute per la partecipazione alla gara e dell'ulteriore danno derivante, in diretta conseguenza di tale partecipazione, dalla perdita di *chance* e dalla mancata aggiudicazione di altri contratti;
- nonché, in via ulteriormente gradata, per la declaratoria del diritto della ricorrente a vedersi riconosciuto l’indennizzo di cui all’art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castellammare di Stabia, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania e Molise;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2017 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente premette di aver partecipato, conseguendo l'aggiudicazione definitiva (decreto n. 37446 del 18 novembre 2016), alla gara d'appalto indetta dal Comune di Castellammare di Stabia per la *"Gestione Integrata del Patrimonio Urbano di proprietà ed in uso a qualsiasi titolo al Comune di Castellammare di Stabia (NA) CIG 64178376°1 CUP E8811500002005"*.

Lamenta che, con l'impugnata determina dirigenziale n. 6 del 2 febbraio 2017 il Responsabile del Settore Lavori Pubblici LL.PP./RUP del Comune di Castellammare di Stabia ha disposto la revoca della precitata procedura adducendo la carenza di adeguata copertura economica specificando che *"dalla relazione di bilancio si evince che gli impegni necessari per finanziare l'appalto in questione sono dipendenti dalle entrate dei costi di costruzione poi non giunti e che, pertanto, allo stato, destinare tali fondi esporrebbe l'Ente a rischi di equilibrio stante il dissesto finanziario dell'Amministrazione"*.

La ricorrente impugna tale atto di revoca articolando le censure di seguito rubricate:

1) violazione dell'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990: nell'esercizio del potere di revoca in autotutela, l'amministrazione ha dato atto che la procedura non risulta ancora conclusa, non essendo intervenuta alcuna determinazione di efficacia dell'aggiudicazione ex art. 11, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 (che presuppone la verifica dei requisiti di partecipazione alla gara) ma, in senso contrario, parte ricorrente assume di essere, in virtù del provvedimento di aggiudicazione definitiva, titolare di una posizione giuridica qualificata e di una aspettativa legittima alla stipula del contratto d'appalto che non sarebbero state adeguatamente ponderate dall'ente locale ai fini del bilanciamento con l'interesse pubblico alla rimozione in autotutela della gara;

2) violazione dell'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, difetto di motivazione e sviamento di potere: l'atto di revoca non conterrebbe una chiara indicazione delle ragioni logico - giuridiche che hanno condotto alla rimozione della procedura

selettiva, in particolare la situazione di difficoltà economica del Comune sarebbe stata solo genericamente ed apoditticamente enunciata;

3) difetto di istruttoria e violazione della L. n. 241/1990: parte ricorrente contesta nel merito la motivazione adottata dall'amministrazione rilevando che: a) all'atto della indizione, sussisteva idonea copertura contabile, visto erano state individuate le fonti di finanziamento dell'appalto e la delibera di indizione aveva ricevuto il visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria; b) contrariamente a quanto indicato nel provvedimento impugnato, i capitoli di spesa approvati per la copertura finanziaria dell'intervento non erano collegati all'incasso degli oneri di costruzione, la cui competenza gestionale era demandata ad un diverso Ufficio del Comune (Settore Urbanistica); c) nello stesso periodo in cui è stato bandito l'appalto, il Comune ha utilizzato gli impegni di spesa - che quindi erano disponibili - per finanziare affidamenti dell'importo di circa euro 400.000,00; d) alcuna rilevanza potrebbe ascrivere allo stato di dissesto finanziario dell'ente comunale che, al momento della indizione della procedura, il Consiglio Comunale, era stato già deliberato ai sensi dell'art. 246 del D.Lgs. n. 267/2000 e, quindi, i vincoli di bilancio ed economici erano ben noti all'amministrazione; e) l'amministrazione non avrebbe tenuto in alcun conto la posizione di affidamento della ricorrente, tenuto anche conto del lasso di tempo trascorso dall'aggiudicazione.

Parte ricorrente conclude con la richiesta di annullamento del provvedimento impugnato.

In via subordinata, chiede la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni subiti a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. da commisurare alle seguenti voci di costo: I) danno emergente quantificato in € 140.000,00 (spese sostenute per la partecipazione alla gara per attività di progettazione, elaborazione dell'offerta, consulenze esterne, polizze fideiussorie, contratti di avvalimento, versamenti effettuati in esecuzione della disciplina di gara) cui vanno aggiunte le

retribuzioni del personale dipendente e le spese generali per il funzionamento della struttura aziendale quantificati nel 25% dell'importo relativo alle spese per la partecipazione alla gara; II) lucro cessante rapportato al valore delle possibilità contrattuali alternative che parte ricorrente stima in via equitativa pari ad € 200.000,00.

In via ulteriormente gradata, la E.CO.RES. s.r.l. chiede la condanna dell'ente locale al pagamento dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, pari al danno emergente come sopra determinato (€ 140.000,00 oltre al costo del personale e della struttura).

Si è costituito il Comune di Castellammare di Stabia che, preliminarmente, eccepisce l'irricevibilità del ricorso siccome inviato per la notifica il 10 aprile 2017, quindi oltre il termine di legge (30 giorni ex art. 120 c.p.a.) decorrente dalla comunicazione del provvedimento di autotutela (10 marzo 2017).

L'ente rileva inoltre l'improcedibilità (*rectius* inammissibilità) del gravame per omessa notifica alla seconda classificata della procedura, in qualità di controinteressata che, in caso di esito negativo della verifica dei requisiti, sarebbe subentrata nella prima posizione o, almeno, ad uno dei concorrenti della medesima procedura. Oppone ancora l'inammissibilità del ricorso sotto distinto profilo, in quanto, all'atto della ricezione della comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, la società ricorrente non ha presentato proprie deduzioni.

Nel merito, l'amministrazione contesta il dedotto e conclude per il rigetto del ricorso.

Si è costituito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche che, *in limine*, eccepisce la propria carenza di legittimazione e, in subordine, chiede il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 20 dicembre 2017 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Viene in decisione il ricorso proposto dalla società E.CO.RES. s.r.l. avverso il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta in proprio favore della gara indetta, in qualità di stazione unica appaltante, dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia, Basilicata per l'affidamento della "*Gestione Integrata del Patrimonio Urbano di proprietà ed in uso a qualsiasi titolo al Comune di Castellammare di Stabia (NA) CIG 64178376A1 CUP E8811500002005*", nonché per la condanna al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale ovvero, in subordine, alla corresponsione dell'indennizzo ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990.

Preliminarmente, non hanno pregio le eccezioni in rito sollevate dal Comune di Castellammare di Stabia alla luce delle considerazioni di seguito compendiate:

- ai sensi degli artt. 39 c.p.a. e 155 c.p.c. nonché dell'art. 120, comma 5, del c.p.a., il ricorso è tempestivo, siccome inviato per la notifica in data 10 aprile 2017, quindi il primo giorno utile successivo al 9 aprile 2017 che era giorno festivo, rispetto alla data di comunicazione dell'impugnato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione (10 marzo 2017);

- non hanno pregio le ulteriori eccezioni di inammissibilità poiché: a) la presentazione di deduzioni ed osservazioni successive alla comunicazione di avvio del procedimento di revoca costituisce mera facoltà per il privato il cui mancato esercizio non può in alcun modo precludere la tutela giurisdizionale avverso l'atto conclusivo; b) il ricorso è stato ritualmente notificato all'amministrazione che ha adottato l'impugnato atto di revoca e da quest'ultimo non emerge la sussistenza di soggetti controinteressati da evocare in giudizio ai sensi dell'art. 41, comma 2, del c.p.a. considerato, peraltro, che si controverte della revoca integrale della procedura di gara per carenza di risorse finanziarie, senza che possa ipotizzarsi alcuno scorrimento della graduatoria che, in teoria potrebbe radicare una posizione di controinteresse in capo a ditte collocate in una posizione inferiore.

Va viceversa accolta l'eccezione sollevata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania e Molise circa il proprio difetto di legittimazione passiva poiché detta amministrazione non ha adottato l'atto di revoca oggetto di gravame, riferibile unicamente al Comune di Castellammare di Stabia.

Venendo al merito, è infondata la domanda impugnatoria.

Le censure incentrate sul denunciato difetto di presupposto e di motivazione del gravato provvedimento in autotutela si infrangono contro il costante indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la carenza originaria o sopravvenuta della copertura finanziaria rappresenta una valida ragione per disporre la revoca dell'affidamento di un appalto pubblico, anche all'indomani della stipula di quest'ultimo e, quindi, *a fortiori* lo è, allorquando – come, appunto, nella specie – il contratto non sia stato ancora concluso, posto che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4809/2013; Sez. V, n. 6406/2014; n. 2013/2015; n. 1599/2016; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 5875/2017; Sez. VIII, n. 2263/2010).

A dispetto, dunque, della tesi propugnata da parte ricorrente, la determinazione impugnata risulta fondata su una adeguata e legittima base motivazionale, e cioè, segnatamente, sul verificato venir meno della fonte di finanziamento dei lavori affidati, suscettibile di giustificare l'applicazione dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990.

Alla luce di tali considerazioni deve concludersi per la legittimità dell'azione amministrativa, posto che la determinazione contestata risulta adeguatamente motivata dalla stazione appaltante con valutazioni che non si possono censurare per palese ingiustizia o illogicità.

Invero, nel rispetto dei principi di economicità e buon andamento della pubblica amministrazione, deve ritenersi che la prosecuzione dell'appalto in presenza di

condizioni come quelle esplicate, si sarebbe comunque posta in contrasto con l'esigenza di una gestione razionale ed efficiente delle risorse pubbliche.

Peraltro nelle determinazioni di revoca la valutazione dell'interesse pubblico consiste in un apprezzamento discrezionale non sindacabile nel merito dal giudice amministrativo, salvo che non risulti viziato sul piano della legittimità per manifesta ingiustizia ed irragionevolezza (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 1646/2012; Sez. I, n. 1897/2010), circostanze che non è dato ravvisare nella fattispecie per cui è causa.

Deve essere ribadito, inoltre, il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, nei contratti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, che ben può consistere nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4116/2012; Sez. IV, n. 1457/2003).

Dalle considerazioni svolte discende che non sussistono i presupposti per addivenire ad una pronuncia di annullamento.

Viceversa, va accolta la domanda risarcitoria avanzata nei confronti del Comune di Castellammare di Stabia.

In base ai principi civilistici in materia di responsabilità *in contrahendo*, applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, perché possa parlarsi di violazione del dovere di correttezza e di buona fede che deve sostenere le trattative precontrattuali ex art. 1337 c.c. devono ricorrere i seguenti presupposti: I) che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella conclusione del contratto; II) che una delle parti abbia interrotto le trattative così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione finale del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli; III) la violazione della

buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca fra le parti (Cass. Civ., n. 14188/2016).

Nel caso specifico, tali condizioni sussistono.

Preliminarmente occorre rammentare, in adesione alla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 467/2014) che la responsabilità precontrattuale non ha la sua fonte negli obblighi del contratto, ma deriva dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede nelle trattative ex art. 1337 c.c. e prescinde, dunque, completamente dalla sussistenza dell'obbligo di concludere il contratto stesso. La valutazione, pertanto, attiene esclusivamente al comportamento della stazione appaltante nella fase di formazione della volontà contrattuale. Nel caso in esame, sussiste violazione della buona fede, atteso che le condizioni di criticità economica che hanno reso legittimo il recesso dalla gara, in realtà erano conosciute o quanto meno conoscibili impiegando la dovuta diligenza, così da far dubitare della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dalla stazione appaltante durante la fase delle trattative e della formazione del contratto.

Ciò in quanto, come rilevato dalla parte ricorrente, al momento della indizione della procedura, era stato già deliberato ai sensi dell'art. 246 del D.Lgs. n. 267/2000 lo stato di dissesto del Comune di Castellammare di Stabia e, quindi, i vincoli di bilancio ed economici erano ben noti all'amministrazione.

Venendo al *quantum* della pretesa risarcitoria, in via generale in caso di responsabilità precontrattuale il danno va risarcito nei limiti dell'interesse negativo che include le spese sostenute per la partecipazione alla gara (danno emergente) e della perdita di *chances* contrattuali alternative (lucro cessante), ovvero di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impediti dalle trattative indebitamente interrotte.

Nel caso in trattazione va certamente riconosciuto il danno emergente.

Ai fini della liquidazione, ritiene la Sezione che nella specie debba farsi applicazione del disposto di cui all'art. 34 comma 4 c.p.a. che consente al giudice, in caso di condanna pecuniaria, di stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine (*"In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti"*).

Per giurisprudenza consolidata, il danno emergente deve essere commisurato ai costi sostenuti dalla società fino al momento della revoca per la partecipazione alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5993/2012).

Pertanto, il Collegio fissa il termine di giorni 90 a decorrere dalla comunicazione/notificazione della presente sentenza affinché l'amministrazione, valutato in contraddittorio con la società ricorrente il danno emergente, proponga alla stessa un congruo indennizzo.

Nello specifico, detto indennizzo andrà commisurato alle spese di seguito indicate: costi di partecipazione alla gara, spese di progettazione, di pianificazione dell'offerta, consulenze esterne, polizze fideiussorie, importi corrisposti per contratti di avvalimento e versamenti effettuati in esecuzione della disciplina di gara.

Non dovranno essere viceversa corrisposte le spese relative al costo del personale poiché tali oneri sarebbero stati ugualmente sostenuti dalla società, a prescindere dall'esito della procedura di cui si tratta, e non vi è prova che tali risorse siano state distolte da altre attività per il loro impiego esclusivo nell'appalto.

Il *quantum* sarà liquidato secondo una rigorosa verifica del nesso causale, previa esibizione ad opera della ricorrente delle relative fatture; l'amministrazione

procederà inoltre a verificare la rispondenza degli importi oggetto di esborso da parte della ricorrente con le scritture contabili in possesso della medesima che la stessa avrà cura di allegare.

Poiché tale indennizzo assolve ad una funzione di reintegrazione della perdita subita dal patrimonio della società istante, sul predetto importo andrà calcolata anche la rivalutazione monetaria nel periodo intercorrente tra la data di adozione del provvedimento di revoca fino alla data di deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo.

Non può essere viceversa riconosciuto il lucro cessante.

Onde conseguire l'invocato risarcimento per perdita di *chances*, l'impresa avrebbe infatti dovuto documentare la presentazione di domande di partecipazione ad altre gare, l'esistenza di proprie dichiarazioni di rinuncia a concorrervi, i margini di probabilità di relativa aggiudicazione, l'impossibilità, per la propria struttura aziendale, di competere contemporaneamente sia sul fronte dell'affare controverso sia su altri fronti negoziali, neppure essendo, all'uopo, sufficienti la richiesta o l'approvvigionamento della documentazione di gara ovvero la semplice indicazione di eventuali contestuali procedure selettive i cui bandi siano stati semplicemente depositati in giudizio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2680/2008; Sez. III, n. 179/2015; T.A.R. Sardegna, n. 2167/2010; T.A.R. Lazio, Roma, n. 6907/2011; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 4976/2011; Sez. VIII, n. 1646/2012).

L'accoglimento della richiesta di condanna per responsabilità precontrattuale consente di ritenere assorbita quella di indennizzo ex art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, presentata in via subordinata e gradata dalla società ricorrente e, in ogni caso, non cumulabile con quella risarcitoria (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4138/2009).

L'accoglimento solo parziale del ricorso nei confronti del Comune di Castellammare di Stabia - ovvero limitatamente alla domanda risarcitoria - giustifica la compensazione delle spese processuali tra le parti costituite.

Il Comune di Castellammare di Stabia va condannato infine al rimborso del contributo unificato versato dalla parte ricorrente ai sensi dell'art. 13, comma 6 - bis.1, del D.P.R. n. 115/2002, con distrazione in favore dei procuratori antistatari che hanno avanzato rituale richiesta in calce all'atto introduttivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- rigetta la domanda di annullamento della determinazione dirigenziale del Comune di Castellammare di Stabia n. 6 del 2 febbraio 2017;
- accoglie nei sensi di cui in motivazione la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla parte ricorrente nei confronti del Comune di Castellammare di Stabia;
- compensa tra le parti costituite le spese di giudizio;
- condanna il Comune di Castellammare di Stabia al rimborso del contributo unificato versato dalla parte ricorrente con distrazione in favore dei procuratori antistatari.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO