



**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 Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2173 del 2009, proposto dalla Ariete Soc. coop., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enzo Augusto e Roberto D'Addabbo, con domicilio eletto in Bari, via Abate Gimma, 147;

***contro***

il Comune di Foggia, rappresentato e difeso dagli avv.ti Michele Barbato e Domenico Dragonetti, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi D'Ambrosio in Bari, piazza Garibaldi, 23;

***per l'annullamento***

della deliberazione di Giunta Comunale n. 296 del 28 ottobre 2009, con la quale il Comune di Foggia ha disposto l'annullamento d'ufficio, in autotutela, della deliberazione di Giunta Comunale n. 177 del 26 settembre 2008 e degli atti conseguenti relativi alla gara del servizio di custodia e portierato sui beni di proprietà e di pertinenza del Comune;

di ogni altro atto antecedente, presupposto e consequenziale, comunque connesso, ivi comprese:

- la nota, a firma del Dirigente dei Servizi Finanziari del Comune di Foggia prot. n. 2003 del 21 settembre 2009, con cui è stata rilevata la mancanza dell'impegno finanziario a copertura del servizio oggetto della gara e la presenza del solo impegno di spesa, con invito alla revoca o all'annullamento nell'ambito dell'esercizio di autotutela della procedura di gara;

- la nota racc. a/r del 19 ottobre 2009, con cui il Dirigente del Servizio Contratti e appalti del Comune di Foggia ha comunicato alla ricorrente l'avvio del procedimento d'ufficio in autotutela per l'annullamento della procedura di gara in oggetto;

per la condanna

dell'Amministrazione comunale resistente a risarcire alla ricorrente tutti i danni derivanti dall'annullamento della procedura di gara e del mancato affidamento del servizio aggiudicato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il cons. Giuseppina Adamo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

A. Il Comune di Foggia indiceva con deliberazione G.M. 26 settembre 2008 n. 177 (fornita di parere di regolarità contabile, ai sensi dell'articolo 49 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, e di attestazione della relativa copertura finanziaria, *ex* articolo 153 del medesimo decreto legislativo) e con determina dirigenziale 17507/2008 una gara d'appalto, mediante procedura aperta, divisa in

più lotti, per “l'affidamento del servizio di Custodia e Portierato sui beni di proprietà e di pertinenza del Comune di Foggia”.

La società cooperativa Ariete si aggiudicava il lotto B1 (determinazione dirigenziale 20 luglio 2009 n. 48).

Pur essendo già stata convocata per la stipulazione del contratto, la cooperativa riceveva la nota 19 ottobre 2009, con cui il Dirigente del Servizio Contratti e appalti del Comune di Foggia comunicava alla medesima l'avvio del procedimento d'ufficio in autotutela per l'annullamento della procedura di gara, senza esternare però le relative ragioni, per cui la società chiedeva chiarimenti in merito, con nota 22 ottobre 2009, non riscontrata dall'Amministrazione.

Con deliberazione di Giunta n. 296 del 28 ottobre 2009, il Comune di Foggia autoannullava la deliberazione di Giunta Comunale n. 177 del 26 settembre 2008 e gli atti tutti della gara.

L'interessata ha allora impugnato la citata deliberazione e la precedente comunicazione, alla stregua dei seguenti motivi:

1) violazione degli articoli 7, 8 e 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per erronea motivazione; violazione dei principi costituzionali di buon andamento e d'imparzialità della pubblica amministrazione;

2) violazione ed erronea applicazione, sotto altro profilo, dell'articolo 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto di diritto; eccesso di potere per erronea motivazione, illogicità, contraddittorietà; sviamento; violazione dei principi costituzionali di buon andamento e di trasparenza della pubblica amministrazione.

L'interessata ha domandato altresì il risarcimento per danno precontrattuale ed extracontrattuale che quantifica in € 5.100,00, per il danno emergente, e in € 95.567,99 (pari a 10% dell'ammontare della base d'asta come ribassata nell'offerta).

Si è costituita l'Amministrazione municipale intimata, chiedendo il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza della prima Sezione 13 gennaio 2010 n. 44, per le seguenti ragioni:

“Ritenuto che il ricorso appare suscettibile di accoglimento, in quanto è pacifico che la determina a contrarre ed il bando di gara devono essere preceduti, a norma dell'art. 183 del d. lgv. n. 267 del 2000, dalla sola “prenotazione di impegno” e non già dall'impegno di spesa;

Ritenuto, di conseguenza, che la delibera di annullamento in autotutela adottata dal Comune di Foggia risulta del tutto ingiustificata nel suo presupposto, oltre che insufficientemente motivata ai sensi dell'art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990”.

La causa è stata riservata per la decisione all'udienza del 20 ottobre 2010.

B. Alla stregua delle censure dedotte, il provvedimento impugnato deve ritenersi illegittimo, sia dal punto di vista formale sia da quello sostanziale.

Innanzitutto la nota 19 ottobre 2009 (avviso di avvio del procedimento in autotutela) si limita ad annunciare l'intenzione del Comune di Foggia di porre nel nulla l'ormai già conclusa procedura di gara, ma non fornisce alcuna indicazione sulle relative ragioni.

Ciò già di per sé renderebbe invalida la successiva delibera giunta n. 177 del 26 settembre 2008, in quanto preceduta da una comunicazione del tutto inidonea allo scopo proprio, che è quello di consentire l'apporto del privato al procedimento attraverso osservazioni od opposizioni, in modo da ricostruire correttamente i presupposti di fatto e di diritto per addivenire al provvedimento finale, consentendo così una reale e consapevole ponderazione degli interessi in gioco.

Né d'altra parte, nella fattispecie, è possibile invocare il secondo comma dell'articolo 21-*octies*, inserito nella legge 7 agosto 1990 n. 241 dall'articolo 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15. Invero si deve osservare che l'annullamento di un

atto, che l'amministrazione autonomamente (a prescindere cioè da un'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo) ritiene illegittimo, rappresenta l'espressione di un'amplissima discrezionalità già nell'*am*; perciò, *a priori*, non è facilmente ipotizzabile che, in questo tipo di fattispecie, la parte pubblica possa dimostrare in giudizio la stretta necessarietà del contenuto del provvedimento, nel senso che il medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Ciò è completamente da escludere nel caso in esame, perché il provvedimento di ritiro è in radice privo del suo indefettibile presupposto. La deliberazione G.M. 26 settembre 2008 n. 177 infatti non si pone affatto in contrasto con il decreto legislativo n. 267/2000, come già rilevato nell'ordinanza cautelare. Invero, anche se solo “L'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa con la quale, a seguito di obbligazione giuridicamente perfezionata è determinata la somma da pagare, determinato il soggetto creditore, indicata la ragione e viene costituito il vincolo sulle previsioni di bilancio, nell'ambito della disponibilità finanziaria accertata ai sensi dell'art. 151” (articolo 183, primo comma), è pur vero che è stata espressamente prevista l'ipotesi di procedure in via di espletamento durante la gestione. In questo caso, gli impegni di spesa possono essere semplicemente prenotati e, in particolare, “Quando la prenotazione di impegno è riferita a procedure di gara bandite prima della fine dell'esercizio e non concluse entro tale termine, la prenotazione si tramuta in impegno e conservano validità gli atti ed i provvedimenti relativi alla gara già adottati”.

In realtà, potrebbe anche dedursi dallo sviluppo della vicenda il dato che l'autoannullamento sia stato dettato non tanto dall'illegittimità della delibera inditiva n. 177/2008, quanto dai gravi problemi finanziari che attagliano l'Amministrazione municipale; ma tali ragioni non sono mai state esplicitate negli atti gravati, sicché non possono essere richiamate in giudizio per sostenere la

correttezza (o almeno l'opportunità) dell'azione amministrativa nell'esercizio di poteri tutt'altro che vincolati.

È indubbio peraltro che in ogni caso il Comune di Foggia abbia stabilito di non procedere all'affidamento dell'appalto, come in origine delineato nella deliberazione G.M. 26 settembre 2008 n. 177, ridimensionando il servizio, e abbia poi affidato -sembra a trattativa privata - la sorveglianza con queste più contenute caratteristiche attraverso la stipulazione di contratti di breve durata.

Di conseguenza, è da escludersi, a norma dell'articolo 2058 del codice civile, che possa disporsi un risarcimento in forma specifica, pur essendo indubbio che la fattispecie di danno ricorra nel caso concreto, sia da un punto di vista oggettivo (per le ragioni sovra esposte) sia da un punto di vista soggettivo. In relazione a tale aspetto, è evidente infatti che l'Amministrazione locale ha mal applicato le comuni e note regole sul procedimento e sulla contabilità locale (rispetto alle quali non si registrano dubbi interpretativi o contrasti giurisprudenziali) e, in generale, ha operato sulla base di valutazioni superficiali sulle proprie disponibilità finanziarie.

Rimarrebbero perciò da quantificare le conseguenze economiche dell'illegittima attività amministrativa.

L'istante domanda la rifusione del danno emergente, per la somma totale di euro 5.100,00 (di cui euro 2.000,00 – forfettariamente calcolate - per la predisposizione della domanda di partecipazione ed euro 3.100,00 per spese contrattuali, già versate al Comune di Foggia tramite assegno), e del lucro cessante nella misura di euro 95.556,79, pari al 10% dell'offerta economica presentata dalla società, secondo il criterio di cui all'articolo 345 della legge 10 marzo 1865 n. 2248, all. F.

La domanda può essere solo parzialmente accolta, per le ragioni che seguono.

In primo luogo, secondo l'orientamento prevalente, in generale, quando il rimborso dei <<costi di partecipazione>> sia richiesto congiuntamente al risarcimento dell'utile d'impresa perduto, la prima voce non può essere accordata,

in quanto nel calcolo del lucro cessante deve ritenersi già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato per la partecipazione alla gara e per tutte le spese strumentali al perfezionamento del rapporto (Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967).

Nel caso in esame, comunque, le spese di partecipazione sono state solo genericamente indicate, mentre esse, essendo esborsi, possono e devono essere provate; perciò, tale richiesta non può essere accolta. Spetta invece alla ricorrente il rimborso della somma di euro 3.100,00, già versate in vista della stipulazione del contratto; non essendosi mai verificata la sottoscrizione, il trattenimento di tale importo è privo di giustificazione, il che comporta l'obbligo di restituzione alla società istante, ove il Comune non abbia già provveduto.

In secondo luogo, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che il criterio del dieci per cento (oggi ribadito nell'articolo 134 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163) è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Tali *escamotages* offrono un rimedio inappagante perché scontano il vizio d'origine del costruito argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si conciliano affatto con il regime della responsabilità civile in genere e della p.a. in particolare.

Di conseguenza, è più logico raccordare l'entità del risarcimento alla percentuale di utile effettivo che l'impresa avrebbe presumibilmente conseguito dall'espletamento

dell'appalto, in base dall'offerta economica presentata al seggio di gara (Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143; 16 febbraio 2009 n. 842; Sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1513); ma in realtà, in concreto, nulla è stato dedotto e, tanto meno, dimostrato dalla Ariete riguardo a tale aspetto, neppure allegando indici fattuali circostanziati che consentano il ricorso a perizie contabili integrative.

Inoltre, il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare (anche mediante i libri contabili) di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze lasciati disponibili; l'onere di provare (l'assenza del) *aliunde perceptum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa, la quale, in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae profitto.

Tale onere però nella specie non risulta assolto dalla ditta istante.

Né, in queste circostanze, si può ricorrere alla c.d. <<sentenza sui criteri>> di liquidazione del danno, introdotta dall'articolo 35, secondo comma, del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 e sostanzialmente recepita nel codice del processo amministrativo, all'articolo 34, quarto comma, del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, visto che il Giudice non è stato posto in grado d'individuare i criteri generali che possano guidare la formulazione dell'offerta da parte della P.A. e che, in ogni caso, non è ammessa nel processo amministrativo la condanna generica ex articolo 278 del codice di procedura civile (Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942).

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie come da motivazione e, per l'effetto,

- annulla gli atti impugnati;
- condanna il Comune di Foggia alla restituzione della somma di euro 3.100,00, versata dalla coop. Ariete per spese contrattuali;
- respinge per il resto la domanda di risarcimento del danno.

Condanna il Comune di Foggia al pagamento di euro 5.000,00, più CU, CPI e IVA, come per legge, a favore della società ricorrente, a titolo di spese di lite.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)