

N. 05512/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 07054/2010 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 della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7054 del 2010, proposto da:  
T.K.S. 180 S.r.l., in persona dell'amministratore unico p.t. dott.  
Massimo Luise, rappresentato e difeso dall'avv. Bruno Ricciardelli,  
presso il cui studio elettivamente domicilia in Napoli, piazza G.  
Bovio n. 8;

*contro*

Comune di Casamicciola Terme, in persona del sindaco p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Gelsomino Sirabella ed elettivamente  
domiciliato eletto presso l'avv. Vincenzo Capuano (studio legale  
Palma) in Napoli, via G. G. Orsini n. 30;

Marina di Casamicciola S.r.l. Unipersonale, in persona  
dell'amministratore unico p.t. cap. Salvatore Farina, rappresentata e  
difesa dall'avv. Vincenzo Capuano ed elettivamente domiciliato

presso lo studio legale Palma in Napoli, via G. G. Orsini n. 30;

*per l'annullamento*

della nota della Marina di Casamicciola s.r.l. unipersonale del 30.10.2010, mediante la quale è stata deliberata la revoca dell'aggiudicazione definitiva al raggruppamento Casamicciola Yachting della gara pubblica per la selezione del socio di minoranza della costituenda società a r.l. con Marina di Casamicciola s.r.l.; della nota del 15.9.2010 di avvio del procedimento di revoca; della delibera del Comune di Casamicciola Terme n. 163 del 9.7.2010; di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali e per il risarcimento dei danni subiti e subendi per l'effetto del procedimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casamicciola Terme e della Marina di Casamicciola S.r.l. Unipersonale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2011 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi i difensori delle parti presenti come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara pubblicato nell'agosto del 2006, la Marina di

Casamicciola s.r.l. unipersonale, di proprietà del Comune di Casamicciola Terme, indiceva una gara mediante procedura ristretta per la selezione del socio di minoranza di una costituenda società a responsabilità limitata, con l'obbligo di sottoscrizione di una quota di € 24.500,00, pari al 49% del capitale sociale.

Il socio, selezionato con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del piano economico-finanziario e del progetto tecnico-industriale presentato dai concorrenti, sarebbe dovuto essere un soggetto particolarmente qualificato ed esperto nella fornitura di servizi di assistenza specializzata alle navi da diporto e relativi passeggeri ed equipaggi, ovvero alle unità da diporto con scafo superiore a ventiquattro metri, che fosse anche in grado di promuovere il porto turistico di Casamicciola Terme nel circuito del grande yachting nazionale ed internazionale (cfr. disciplinare di gara e lettera di invito).

La gara era vinta dal raggruppamento di imprese "Casamicciola Yachting", composto dalla mandataria Luise Associates s.r.l. e dalle mandanti Joseph Luise & Sons s.r.l., Luise International & Co. S.r.l. ed Oceano Mare Group s.r.l., giusta comunicazione del 27 agosto 2008 del responsabile del procedimento.

Con atto pubblico del 23 ottobre 2008 le quattro società costituivano una società a responsabilità limitata denominata "TSK 180 s.r.l.", avente ad oggetto sociale la gestione di porti, approdi turistici e relativi impianti e l'erogazione alla clientela (navi ed imbarcazioni da

diporto e relativi passeggeri ed equipaggi) di servizi di ormeggio e di assistenza tecnica, cantieristica, crocieristica, turistica, logistica e di trasporto e di fornitura di beni, ricambi e materiali di consumo e gestione dei relativi impianti, nonché lo svolgimento di attività di raccomandazione marittima (art. 2 legge 4 aprile 1977, n. 135).

Con “atto di significazione e diffida”, notificato il 29 giugno 2010, la TSK 180 s.r.l., lamentando il mancato compimento del procedimento di costituzione della nuova società con il partner privato e la omessa indicazione delle ragioni di pubblico interesse che ne ostacolavano la chiusura, intimava alla società Marina di Casamicciola di dar seguito all’aggiudicazione della gara con la costituzione della nuova società a capitale misto.

Con lettera raccomandata del 13-14 settembre 2010 la società Marina di Casamicciola comunicava alla TSK 180 l’avvio del procedimento di revoca dell’aggiudicazione definitiva della gara, sulla scorta di un atto di indirizzo fornito dal Comune di Casamicciola Terme con delibera n. 163 del 9 luglio 2010 e successiva deliberazione assembleare del 13 agosto 2010.

La TSK 180 presentava una memoria, nella quale osservava che la delibera di Giunta comunale n. 163 del 2010 aveva provveduto a revocare sic et simpliciter la precedente delibera n. 51 del 2006 che era a base della gara e sosteneva che le motivazioni finanziarie adottate non giustificavano la adozione del procedimento di revoca.

Il procedimento si chiudeva con la nota del 30 ottobre 2010 del

responsabile del procedimento, recante delibera di revoca dell'aggiudicazione definitiva della gara al raggruppamento Casamicciola Yachting.

Con il ricorso in esame, notificato il 6-9 dicembre 2010 e depositato il successivo giorno 16, la TSK 180 s.r.l. ha agito per l'annullamento della predetta nota di revoca della aggiudicazione definitiva e per il risarcimento dei danni "subiti e subendi per effetto del procedimento".

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso, con rispettive memorie difensive, gli intimati Comune di Casamicciola Terme e Marina di Casamicciola s.r.l. unipersonale.

Alla camera di consiglio del 12 gennaio 2011, fissata per l'esame della domanda di sospensione presentata col ricorso, la causa è stata cancellata dal ruolo delle istanze cautelari.

In vista dell'udienza di discussione sono stati depositati documenti e memorie.

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso non merita accoglimento.

Il provvedimento di revoca è doppiamente motivato, adducendo, da un lato, il fatto che le attuali condizioni finanziarie della società Marina di Casamicciola non le consentono di costituire la s.r.l. con l'aggiudicataria e, dall'altro, il sopravvenuto obbligo di liquidazione o dismissione, entro il 31 dicembre 2010, delle società comunali,

introdotto dall'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/10.

Il provvedimento richiama, altresì, l'espressa previsione della lettera di invito che l'aggiudicazione non avrebbe costituito diritto alla costituzione della società, con esclusione di ogni responsabilità.

Si tratta di giustificazioni esaustive e ragionevoli, che non risultano efficacemente contrastate dalla odierna ricorrente.

La chiara indicazione delle ragioni del provvedimento rende, innanzitutto, sfinite di fondamento le censure con cui la ricorrente sostiene che la revoca non sarebbe stata assistita da una puntuale individuazione dei motivi che ne avrebbero determinato l'adozione, né la legge condiziona il potere di riesame alla imprevedibilità del mutamento della situazione di fatto o di diritto, come postula, invece, la ricorrente nei successivi scritti difensivi.

Essendosi trattato dell'esercizio del potere di revoca per sopravvenienza, ex art. 21 quinquies, fondato su circostanze sopraggiunte preclusive della realizzazione dell'interesse originario, neppure confacenti sono le censure di violazione degli artt. 21 octies e 21 nonies della legge n. 241/90, non vertendosi di annullamento di ufficio di un atto illegittimo.

Alla luce delle motivazioni dell'atto impugnato è altresì irrilevante, ai fini in esame, la circostanza denunciata dalla ricorrente, ma indimostrata in giudizio, secondo cui la delibera di Giunta del 9 luglio 2010, n. 163, piuttosto che fornire un indirizzo alla revoca della aggiudicazione definitiva, avrebbe, invece, provveduto a

revocare la precedente delibera n. 51 del 2006 a base della gara.

Nel merito delle ragioni portate a fondamento della revoca, la ricorrente ne censura l'adeguatezza sotto ambedue i profili dedotti.

Da un lato, infatti, sostiene che il motivo di natura economica («considerato che attualmente le condizioni finanziarie della Marina di Casamicciola s.r.l. unipersonale non le consentono di costituire la società a r.l. con l'aggiudicataria») non riassumerebbe affatto elementi di novità idonei a giustificare il mutato apprezzamento del pubblico interesse, ma costituirebbe una circostanza già nota alla società Marina di Casamicciola sin dall'epoca dell'esperimento del procedimento di scelta del contraente.

Dall'altro lato, riguardo l'invocata sopravvenienza normativa («considerato che .... l'art. 14, co. 32, D.L. n. 78/2010, prevede che “entro il 31 dicembre 2010 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni”»), osserva criticamente che si tratta di un divieto di partecipazione societaria già previsto dall'art. 3 della legge 244/07 e che, comunque, le norme richiamate prevedono una soluzione alternativa alla liquidazione delle società (la semplice cessione delle partecipazioni azionarie) che non consentirebbe di derivare, automaticamente, il venir meno delle ragioni che avevano indotto l'ente a bandire la gara.

In entrambi i casi le censure sono da disattendere.

Il negativo apprezzamento della effettiva sostenibilità finanziaria

dell'impegno da assumere, infatti, costituisce valida ragione di interesse pubblico perché l'amministrazione proceda alla revoca di un precedente provvedimento che comporti un impegno di risorse non disponibili o non più disponibili in violazione dei principi di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.

Vero è che bisogna distinguere se si tratti di nuova valutazione di circostanze originarie o, invece, della sopravvenienza di fatti nuovi, ma non perché ciò possa condizionare l'esercizio del potere di revoca, bensì al diverso fine dell'apprezzamento di eventuali profili di responsabilità precontrattuale per violazione dei canoni di correttezza e buona fede (ex art. 1337 c.c.).

Riservando quest'ultimo aspetto al prosieguo, occorre notare che le cattive condizioni economiche della società Marina di Casamicciola non sono in contestazione e che le parti controvertono unicamente sul fatto che la società stessa ne fosse pienamente consapevole all'atto dell'indizione del bando (come afferma la ricorrente) ovvero che le sue difficoltà finanziarie si siano acuite solo di recente (come sostiene invece parte resistente), disputando dunque su una questione che, come si è detto, non riguarda un presupposto di legittimità del potere di riesame.

Per quanto riguarda, poi, l'altro corno della motivazione del provvedimento impugnato, cioè il sopravvenuto mutamento del quadro giuridico di riferimento, il comma 32 dell'art. 14 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. in legge 30 luglio 2010, n. 122, nel testo in

vigore alla data di adozione dell'atto impugnato, stabilisce quanto segue: «Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2011 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite. Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione».

Successivamente l'art. 1, co. 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, è intervenuto ad inserirvi, dopo le parole «ovvero ne cedono le partecipazioni», la precisazione che «le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000

abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi»: presupposto di virtuosità che tuttavia sia il Comune di Casamicciola Terme che la società Marina di Casamicciola hanno, in ogni modo, escluso ricorresse nel caso di specie.

Qui interessano le disposizioni contenute nei primi due periodi del comma 32 dell'art. 14 cit., in base ai quali, giova ripetere, «fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2011 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni».

Si tratta di regole dettate entrambe per i comuni con dimensione demografica inferiore ai trentamila abitanti (la circostanza, ricavabile dalla lettura sistematica delle due disposizioni, non è revocabile in dubbio dopo l'inserimento nel testo del nuovo terzo periodo) e si riferiscono l'una alle società a capitale pubblico di nuova costituzione, l'altra a quelle già esistenti, proibendo le prime e ponendo per le seconde un obbligo di smobilizzazione del capitale pubblico (mediante messa in liquidazione della società o, meno drasticamente, alienazione delle partecipazioni).

E' chiaro che queste disposizioni di finanza pubblica, destinate ad incidere, a monte, sul rapporto tra il Comune di Casamicciola Terme

e la società sua partecipata Marina di Casamicciola, se non anche sull'esistenza di quest'ultima, giustificano un ripensamento dell'attività della Marina di Casamicciola e, in particolare, dell'opportunità da parte della stessa di finalizzare nuove operazioni la cui provvista di mezzi, per il carattere unipersonale della società, resta in definitiva pubblica.

In definitiva, nella fattispecie in esame la revoca dell'aggiudicazione si fonda su apprezzamenti espressivi della discrezionalità della stazione appaltante che non appaiono né illogici né irrazionali, sicché, per le ragioni esposte, la domanda di annullamento non può essere accolta.

Venendo all'esame della domanda risarcitoria, genericamente enunciata nell'epigrafe del ricorso, ma chiaramente formulata nel corpo dello stesso con riferimento alla responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. degli intimati per violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella conclusione del contratto, essa va parimenti disattesa.

Assorbente, in tal senso, è la considerazione che una responsabilità civile per lesione degli obblighi di buona fede nelle trattative negoziali può aversi solo tra le parti che tali trattative abbiano svolto ed alle quali, appunto, il precetto di buona fede e correttezza si rivolge: laddove l'odierna ricorrente, che è soggetto giuridico autonomo e distinto dai soci che l'hanno costituita, non ha, ovviamente, preso parte al procedimento di gara e non ha, perciò, alcun titolo a rivendicarne i costi quale danno emergente.

La circostanza che possa averne, di fatto, sopportato le spese – come, evidentemente, si è inteso dimostrare con la documentazione contabile prodotta in giudizio il 5 ottobre 2011 – non muta, in punto di diritto, la sua estraneità alla fase di selezione del socio di minoranza della costituenda società a r.l. con la Marina di Casamicciola.

Per ciò che riguarda il periodo successivo alla costituzione della società odierna ricorrente, non solo non è stato provato, ma non è stato neppure asserito in giudizio che in vista della realizzazione della nuova società mista vi siano stati contatti, in un senso o nell'altro, tra la TSK 180 s.r.l. e la Marina di Casamicciola (ma neppure col Comune di Casamicciola Terme) prima che la TSK 180 notificasse l'atto stragiudiziale di diffida del 29 giugno 2010, seguito poco dopo dalla revoca della aggiudicazione: sicché, nell'inerzia e nel silenzio di tutti gli interessati protrattosi per circa due anni, non è riscontrabile, a carico dell'uno a preferenza dell'altro, un comportamento in contrasto con i doveri di lealtà e correttezza, tale da integrare un caso di responsabilità civile precontrattuale, e tanto meno extracontrattuale tout court per fatto illecito doloso o colposo.

Per tutte queste ragioni, in conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Appare equo, in considerazione della particolarità del caso, compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 7054/10), lo respinge. ---

Spese compensate. ---

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Francesco Guarracino, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2011

IL SEGRETARIO

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