



REPUBBLICA ITALIANA

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 877 del 2008, proposto da:

Ecosistema Igiene Ambientale s.a.s., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Zacà, con domicilio eletto presso l'avv. Nicolò De Marco in Bari, alla via Abate Gimma n. 189;

contro

Regione Puglia, in persona del Presidente della G.R. p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angela Immacolata Barberio, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, al corso Vittorio Emanuele n. 52;

per l'accertamento e la declaratoria

del diritto della ricorrente ad ottenere l'integrale risarcimento dei danni subiti a causa della revoca dell'aggiudicazione provvisoria dei "*lavori urgenti con cottimo fiduciario, relativi al servizio giornaliero di pulizia, spazzatura, sfangamento, inaffiamento e periodica disinfezione delle aree e strade di pertinenza portuale di durata annuale nel porto di Trani per l'anno 2005*", occorrendo anche in via equitativa e con condanna dell'Amministrazione al pagamento delle somme dovute oltre rivalutazione monetaria ed interessi come per legge; previo annullamento

- ove occorra, della nota della Regione Puglia - Assessorato ai Lavori Pubblici - Struttura Tecnica Periferica Ufficio del Genio Civile di Bari, prot. n. 1111 del 7.4.2008, notificata a mezzo del servizio postale con piego raccomandato spedito l'8.4.2008 e ricevuto in data 10.04.2008, con la quale è stato disposto di non procedere all'aggiudicazione definitiva, nei limiti dell'interesse fatto valere con il presente ricorso;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato consequenziale e, comunque, incompatibile con le richieste fatte valere dalla ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2013 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori avv.ti Marco Palieri, per delega dell'avv. Francesco Zacà, e Giuseppe Mariani, per delega dell'avv. Angela Immacolata Barberio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con il gravame in epigrafe, la Ecosistema Igiene Ambientale s.a.s. chiede il risarcimento dei danni che asserisce dipendenti dalla revoca dell'aggiudicazione provvisoria, originariamente disposta in suo favore, della gara avente ad oggetto i "lavori urgenti con cottimo fiduciario, relativi al servizio giornaliero di pulizia, spazzatura, sfangamento, inaffiamento e periodica disinfezione delle aree e strade di pertinenza portuale di durata annuale nel porto di Trani per l'anno 2005"; nonché l'annullamento dell'atto con il quale è stata rifiutata l'aggiudicazione definitiva.

L'aggiudicazione provvisoria era stata disposta all'esito della gara esperita in data 27 gennaio 2005.

Dopo la comunicazione di intervenuta aggiudicazione, l'odierna ricorrente aveva provveduto alla richiesta integrazione documentale, ivi compresa la prestazione della cauzione di €. 6.950,07. Per oltre un anno l'amministrazione procedente è però rimasta inerte, costringendo l'interessata a proporre azione giurisdizionale contro il silenzio.

La conclusione del procedimento in questione è intervenuta soltanto all'esito del giudizio di ottemperanza proposto per l'esecuzione della sentenza di questo Tribunale n. 3065/2006, che aveva dichiarato l'illegittimità dell'inerzia. Solo con la nota prot. n. 1111 del 7.4.2008, infatti, oggetto della presente impugnazione, l'Amministrazione regionale ha chiuso il procedimento disponendo la contestata revoca sulla scorta di due presupposti: a) che il servizio di pulizia urbana della città di Trani è risultato operare su alcune aree portuali, connesse con la viabilità urbana sicché l'espletamento del servizio da parte dell'odierna ricorrente, sia pure al vantaggioso prezzo offerto, avrebbe comportato un ingiustificato dispendio di danaro pubblico; b) che la *lex specialis* di gara contemplava la possibilità di non procedere all'aggiudicazione definitiva, senza possibilità per l'impresa aggiudicataria di rivalersi.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione regionale chiedendo il rigetto del gravame sia nella parte impugnatoria che in quella risarcitoria.

2.- L'azione di annullamento è infondata.

In questa parte il gravame è incentrato sul dedotto difetto di motivazione. Lamenta parte ricorrente che in ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione, la stazione appaltante deve dar conto tanto della sussistenza del pubblico interesse concreto ed attuale, quanto della sua prevalenza rispetto all'affidamento dell'aggiudicatario alla conservazione degli effetti favorevoli.

La determinazione di non aggiudicazione deve, cioè, dar ragione del pubblico interesse sotteso e della violazione dell'affidamento ingenerato nel privato; in modo tanto più puntuale quanto più risalente è il momento della conclusione della gara.

Nel caso di specie, in primo luogo l'aggiudicazione definitiva non è mai stata disposta e la *lex specialis* chiariva che il verbale di aggiudicazione provvisoria fosse immediatamente vincolante solo per l'aggiudicatario; mentre, per l'Amministrazione, lo sarebbe stato esclusivamente all'esito del perfezionamento di tutti gli atti di gara, che - si ribadisce - nella fattispecie in esame non sono mai stati portati a compimento. In secondo luogo, come già accennato sub 1, la *lex specialis* stessa contemplava espressamente la facoltà di non procedere all'aggiudicazione definitiva, anche per ragioni afferenti alla copertura finanziaria.

Infine, contrariamente ai rilievi di parte ricorrente, l'Amministrazione regionale ha esplicitato nel provvedimento gravato le ragioni che l'hanno indotta a non procedere all'aggiudicazione definitiva che, invero, si riassumono nell'intento di impedire la paventata duplicazione di spesa a copertura di un servizio parzialmente coincidente con quello già espletato dall'Amministrazione comunale; ragioni che, quindi, appaiono rilevanti sul piano

dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa.

Il motivo che reca la domanda di annullamento non può pertanto trovare accoglimento³.- Diversamente, concreta un comportamento produttivo di responsabilità precontrattuale il ritardo con il quale l'Amministrazione ha comunicato alla società ricorrente la determinazione di non procedere all'aggiudicazione definitiva.

3.1.- La circostanza infatti che l'aggiudicazione provvisoria sia un atto instabile ad effetti interinali, al quale non possa saldamente collegarsi un legittimo affidamento alla conclusione del contratto e, dunque, una posizione giuridica qualificata, non esime l'Amministrazione appaltante dai doveri di correttezza e buona fede di cui è espressione l'art.1337 c.c.; doveri che, come ribadito in recentissime decisioni del Consiglio di Stato, *“consistono nell'obbligo di rendere al partecipante alla gara in modo completo e tempestivo tutte le informazioni necessarie e sufficienti a salvaguardare la sua posizione, circa fatti che possano far ipotizzare fondatamente la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un ragionevole ed incolpevole affidamento sulla invece incerta conclusione del procedimento”* (cfr. sez. III n.339 del 21.1.2013; in termini C.d.S., sez. V, 14.9.2012, n. 4894).

In linea di principio, infatti, la violazione di tali obblighi configura un'ipotesi di responsabilità precontrattuale anche quando il soggetto agente sia una pubblica Amministrazione, tenuta come ogni altro contraente a comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative (cfr. C.d.S., Sez. VI, 1.2.2013 n. 633; in termini, C.d.S., Sez. VI, 7.11.2012, 5993). Non deve, pertanto, tenersi conto *“..della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto..”* (cfr. C.d.S., Sez. .IV, 14.1.2013, n. 156; cfr. sul punto anche C.d.S. n. 5993/2012 cit.).

Nel caso di specie, la stessa Amministrazione, con dichiarazione confessoria resa nell'atto di non aggiudicazione gravato, ammette di essere venuta a conoscenza della circostanza addotta a sostegno delle assunte determinazioni *“contemporaneamente”* alla richiesta, diretta all'aggiudicataria provvisoria, di produzione della documentazione necessaria ai riscontri ed accertamenti formali ed amministrativi, funzionali all'aggiudicazione definitiva.

Tale richiesta era contenuta nella nota n. 1058 dell'11.4.2005, laddove le definitive determinazioni circa l'esito della gara sono state assunte ben tre anni dopo, con il gravato provvedimento n. 1111 del 7.4.2008; e, per di più, all'esito di un giudizio promosso contro l'illegittimo silenzio dell'Amministrazione regionale.

E' pertanto astrattamente configurabile nella fattispecie la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione regionale resistente, per violazione dei doveri di buona fede.

3.2.- Occorre ora verificare la risarcibilità in concreto delle singole voci di danno.

3.2.1.- Innanzitutto - e su questo vi è completo accordo in giurisprudenza - la responsabilità precontrattuale postula la risarcibilità del cd. interesse contrattuale negativo, coincidente con l'interesse a non intraprendere o proseguire trattative inutili. Tale interesse negativo si scompone in danno emergente e lucro cessante; di entrambi, come di recente ribadito sul piano generale in un precedente di questa Sezione (cfr. sent. n.199/2012), il soggetto leso deve fornire prova, posto che tale responsabilità viene generalmente inquadrata nell'ambito della responsabilità civile.

Più precisamente, il danno emergente coincide con le spese sostenute dall'impresa per partecipare alla gara; queste, se in linea di massima restano a suo carico sia in caso di aggiudicazione che di non aggiudicazione, sono invece suscettibili di rimborso ogni qualvolta l'Amministrazione abbia violato, come nella fattispecie, i richiamati doveri di correttezza nella fase di conclusione del contratto.

L'odierna ricorrente quantifica il danno emergente in complessivi €. 185,00 così ripartiti : a) €. 103,00 quale spesa per stipulazione di polizza fideiussoria in sostituzione della cauzione definitiva; b) €. 60,00 quale spesa per prestazione della cauzione provvisoria; c) €. 22,00 per marche da bollo su domande e certificazioni.

Il lucro cessante coincide invece con la perdita di *chances* per non aver potuto l'impresa usufruire di ulteriori

occasioni contrattuali e correlative opportunità di guadagno; l'odierna ricorrente lo quantifica forfettariamente in €. 1.478,11, rapportandolo - nella misura del 10% - al valore complessivo della sua offerta che, in quanto unica, sarebbe risultata certamente aggiudicataria.

Orbene, nella fattispecie va riconosciuto alla società ricorrente il risarcimento del danno emergente limitatamente alla spesa sostenuta per la polizza fideiussoria prestata in luogo della cauzione definitiva (€. 103,00) giacché solo di questa viene fornita documentazione probatoria in giudizio.

La richiesta di danni a titolo di lucro cessante non può invece trovare alcun accesso, poiché completamente sfornita di prova nell'*an*.

Né può condividersene la "forfettarizzazione" suggerita da parte ricorrente, mutuando il criterio automatico elaborato dalla giurisprudenza con riferimento all'interesse contrattuale positivo; e non soltanto perché - anche in tale ambito - l'automatismo rispetto all'importo dell'appalto appare ormai desueto, posto che la più recente giurisprudenza tende a pretendere la dimostrazione in concreto della percentuale di utile che l'impresa avrebbe percepito, ma anche considerata l'ontologica differenza delle due fattispecie. Nel caso dell'interesse negativo, invero, il danno coincide - si ribadisce - con la perdita di ulteriori opportunità; nel caso dell'interesse positivo, il danno viene rapportato alla perdita di utile direttamente connessa al mancato espletamento dei servizi o dei lavori oggetto di gara. Di tutta evidenza, dunque, che non possano soggiacere agli stessi criteri di calcolo.

La seconda Sezione del Tar Calabria, sede di Catanzaro, occupandosi di una fattispecie analoga, ha di recente espressamente chiarito che in caso di responsabilità precontrattuale - testualmente - "*..non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, invece da considerare in caso di revoca illegittima*" (cfr. sent. 23.5.2012, n. 502); e la prima Sezione del Tar Piemonte, pure da ultimo, ha rimarcato che anche la prova del danno attinente all'interesse contrattuale negativo, di cui ci stiamo occupando, spetta alla parte lesa (cfr. sent. 2.3.2012, n. 289; in termini Tar Abruzzo, L'Aquila, 1.3.2012, n. 149).

Il danno da perdita di *chance* non può pertanto essere riconosciuto nella fattispecie in esame.

3.2.2.- Parte ricorrente chiede altresì il risarcimento del cd. danno curriculare.

Si tratta, com'è noto, del danno conseguente all'impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto nell'ambito di futuri ed eventuali procedimenti di gara, ai quali la società ricorrente stessa potrebbe partecipare.

Prescindendo dal dibattito giurisprudenziale circa l'ammissibilità di questa voce di danno in relazione alla responsabilità pre-contrattuale, è sufficiente in proposito constatare che l'aggiudicazione definitiva, nel caso di specie, in considerazione della già richiamata legge di gara non si delineava affatto quale "diritto" dell'aggiudicatario provvisorio, facendo perdere ogni rilievo alla circostanza che la ricorrente fosse l'unica concorrente, nonché aggiudicataria provvisoria.

Non può, pertanto, essere accolta la richiesta di risarcimento del danno curriculare, non ricorrendone la ratio, coincidente con l'esigenza di tutelare l'aspettativa dell'impresa, beneficiaria dell'aggiudicazione definitiva poi revocata, di vedere accresciuta la sua capacità di competere in quel segmento di mercato e, correlativamente, la *chance* di aggiudicarsi affidamenti futuri in dipendenza del consolidamento dell'aggiudicazione stessa. 3.2.3.-

Veniamo, infine, alla richiesta di risarcimento del danno esistenziale, che la ricorrente stessa pretenderebbe di collegare *ex se* al notevole ritardo dell'Amministrazione regionale nella conclusione del procedimento che ci occupa e al correlativo sacrificio imposto alla società, costretta ad inseguire la chiusura del procedimento in questione, anche ricorrendo ai rimedi giudiziari; danno che -secondo tale prospettazione- andrebbe quantificato in via equitativa in €.10.000,00, "*proprio in considerazione dell'evidente illiceità ed illegittimità della condotta della P.A....*".

Tale domanda non può tuttavia trovare ingresso poiché generica e sganciata da qualsivoglia principio di prova; va pertanto dichiarata inammissibile. Né può procedersi alla valutazione equitativa richiesta –in subordine- da parte ricorrente poiché, in quanto attinente alla mera quantificazione del danno, non può prescindere dalla dimostrazione dell'*an*, che –si ribadisce ancora una volta- grava sulla parte che si assume lesa.

E' appena il caso di richiamare in proposito il pacifico orientamento giurisprudenziale, alla stregua del quale l'attenuazione dell'onere probatorio posto a carico del ricorrente nel processo amministrativo si giustifica in virtù dello squilibrio tra le parti processuali e non ha ragion d'essere nella materia risarcitoria, giacché in tale ambito la prova è nella piena disponibilità dell'interessato (cfr. per tutte la recente sentenza di questa Sezione n.199 del 18.1.2012 già citata).

4.- In conclusione, il gravame va rigettato nella parte impugnatoria e parzialmente accolto in quella risarcitoria, sebbene nei ristretti limiti indicati (documentate spese sostenute per partecipare alla gara), anche a causa del mancato assolvimento dell'onere probatorio)

Sulle somme dovute vanno calcolati e corrisposti interessi legali e rivalutazione monetaria, a decorrere dal fatto dannoso fino al soddisfo, individuando nell'11 aprile 2005 il giorno dal quale, come sopra riferito, deve ritenersi sorto in capo alla ricorrente il diritto al risarcimento a fronte dell'obbligo dell'Amministrazione d'informarla che non avrebbe proceduto all'aggiudicazione definitiva.

Quanto alle spese di giudizio, considerata la parziale reciproca soccombenza e la peculiarità della controversia, il Collegio ritiene di compensarle tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- 1) rigetta la domanda di annullamento;
- 2) accoglie in parte la domanda risarcitoria, nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto condanna la Regione Puglia al pagamento della somma di € 103,00 in favore della ricorrente Ecosistema Igiene Ambientale s.a.s., oltre interessi legali e rivalutazione monetaria;
- 3) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario, Estensore

Francesco Cocomile, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/08/2013

IL SEGRETARIO

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