



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1040 del 2007, proposto da:

Cooperativa Archeologica S.C.AR.L., in persona del Presidente e legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Pubusa, Mario Pilade Chiti e Gerolamo Angotti, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Pubusa in Cagliari, via Tuveri n. 84;

contro

la Provincia di Cagliari, in persona del Presidente della Giunta pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Simonetta Garbati, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Provincia, in Cagliari, viale Ciusa n. 19; Regione Autonoma Della Sardegna;

per l'annullamento

revoca aggiudicazione lavori di recupero reperti archeologici nella laguna di s.gilla - istanza risarcitoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Cagliari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2013 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società *Cooperativa Archeologia* è risultata aggiudicataria della licitazione privata indetta dalla Provincia di Cagliari per l'esecuzione dei «*Lavori di recupero di reperti archeologici nella Laguna di Santa Gilla - Cagliari*»; aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale del 1° dicembre 2003, n. 135.

1.1. - La ricorrente espone che la licitazione privata è stata indetta dalla Provincia nel luglio 2003. Con determinazione dirigenziale del 1° dicembre 2003, n. 155, la stazione appaltante approvava i verbali di gara e aggiudicava i lavori alla *Cooperativa Archeologia*. Aggiudicazione comunicata alla Regione Sardegna con nota del 23 dicembre 2003.

1.2. - Con nota del 19 aprile 2004, la Regione comunicava alla Provincia che il finanziamento, oggetto del decreto

di concessione del 4 dicembre 1996, n. 2546, non era più disponibile *“in quanto al 31/12/2001 è stata accertata l'economia ... non avendo codesto Ente assunto un impegno giuridicamente vincolante a tale data”*. L'amministrazione provinciale, peraltro, in data 28 aprile 2004 trasmetteva alla ricorrente, aggiudicataria, una bozza del contratto da stipulare. La Cooperativa provvedeva, conseguentemente, ad assolvere gli adempimenti preliminari necessari in vista della sottoscrizione del contratto (diritti di segreteria per il rogito del contratto, spese per la registrazione, cauzione definitiva).

1.3. - Solo dopo vari solleciti, sostiene la ricorrente, la Provincia comunicava, con nota del 6 aprile 2005, l'intervenuta revoca dell'aggiudicazione dei lavori, disposta con l'impugnata determinazione dirigenziale n. 29 del 4 marzo 2005, motivata con riferimento alla comunicazione della Regione Sardegna (sopra richiamata) secondo cui *«la quota di finanziamento del 75% pari ad €1.140.756,93= ancora da erogare, risultava andata in economia»* .

2. - Con il ricorso in esame, avviato alla notifica il 23 novembre 2007 e depositato il 5 dicembre 2007, la *Cooperativa Archeologica* chiede, in primo luogo, l'annullamento della determinazione dirigenziale del 4 marzo 2005, n. 29, di revoca dell'aggiudicazione; nonché, anche in via autonoma, la condanna della Provincia di Cagliari, a titolo di responsabilità extracontrattuale, al risarcimento dei danni ingiustamente subiti per l'illegittimità della revoca; ovvero, a titolo di responsabilità precontrattuale, per il comportamento posto in essere dall'amministrazione in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, comportamento che ha ingenerato e poi frustrato il legittimo affidamento dell'impresa aggiudicataria nella formalizzazione del vincolo contrattuale e nell'esecuzione dei lavori oggetto della gara. Con ulteriore prospettazione subordinata, la ricorrente chiede la condanna dell'Amministrazione Provinciale al pagamento dell'indennizzo previsto dall'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990.

3. - Si è costituita in giudizio la Provincia di Cagliari, eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso con riguardo all'impugnazione della determinazione dirigenziale di revoca dell'aggiudicazione; nel merito conclude per il rigetto del ricorso, in ragione della sua infondatezza, in particolare per l'assenza di colpa dell'amministrazione, essenziale elemento soggettivo della fattispecie di responsabilità extracontrattuale o precontrattuale della P.A. .

4. - All'udienza pubblica del 17 luglio 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. - Il ricorso deve essere dichiarato irricevibile nella parte in cui con esso si introduce la domanda di annullamento della determinazione dirigenziale di revoca dell'aggiudicazione.

5.1. - Come accennato nell'esposizione del fatto, la Provincia di Cagliari ha comunicato alla ricorrente la revoca dell'aggiudicazione, dapprima, con nota del 6 aprile 2005, prot. n. 14439, e poi con nota del 19 aprile 2005 (cui era allegata anche copia della determinazione dirigenziale). Il ricorso risulta avviato alla notifica solo in data 23 novembre 2007, quando il termine decadenziale per proporre l'azione di annullamento era da tempo trascorso.

5.2. - La ricorrente sostiene, sul punto, di aver avuto conoscenza della illegittimità della revoca solo a seguito di una recente istanza di accesso.

5.3. - Tuttavia, è noto che secondo il dominante orientamento giurisprudenziale (sia del giudice di appello, sia dei Tribunali amministrativi di primo grado), dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare nel caso di specie, la situazione di piena conoscenza del provvedimento amministrativo lesivo - che costituisce il momento in cui inizia a decorrere il termine di decadenza per l'impugnazione - non si identifica con l'esatta percezione di tutti i profili di illegittimità che (in ipotesi) inficiano l'atto, essendo sufficiente la conoscenza della sua esistenza, del suo contenuto e delle conseguenze giuridiche lesive della sfera giuridica dell'interessato *«in modo da rendere percepibile l'attualità dell'interesse ad agire contro di esso»* (così, *ex plurimis*, Cons. St., IV, 22 maggio 2012, n. 2974, ed ivi ulteriori pronunce in senso conforme: sez. III, 19 settembre 2011 n. 5268; sez. VI, 31 marzo 2011 n.

2006; sez. VI, 28 aprile 2010 n. 2439; sez. IV, 19 luglio 2007 n. 4072 e 29 luglio 2008 n. 3750).

5.4. - Nel caso di specie, appare indubbio che la comunicazione della determinazione dirigenziale di revoca dell'aggiudicazione, dal cui contenuto emergeva non solo l'effetto giuridico immediatamente incidente nella sfera giuridica della ricorrente ma anche la motivazione della decisione, fosse idonea a rendere edotta la cooperativa ricorrente della concreta portata lesiva della decisione dell'amministrazione provinciale.

La domanda di annullamento è, dunque, irricevibile.

6. - Con il ricorso in esame, la ricorrente propone anche l'azione risarcitoria, a titolo di responsabilità extracontrattuale, nei confronti della Provincia di Cagliari.

L'azione è proposta (non solo in connessione con l'azione di annullamento della determinazione di revoca, ma anche) in via autonoma, superando in tal modo la logica della "pregiudiziale amministrativa", come ammesso a seguito delle ordinanze della Cassazione, SS.UU., 13 giugno 2006, ordinanze n. 13659 e n. 13660 (secondo le quali è «*possibile domandare al giudice amministrativo la sola tutela risarcitoria, senza necessità di impugnare tempestivamente l'atto lesivo, poiché l'azione di risarcimento del danno non è soggetta a termine di decadenza*»).

6.1. - Nell'esame della fondatezza della domanda risarcitoria, occorre valutare (in primo luogo) l'illegittimità dell'attività provvedimentale, che costituisce elemento essenziale della fattispecie di responsabilità civile. Valutazione da effettuare sulla scorta dell'unica censura dedotta nei confronti della impugnata determinazione di revoca dell'aggiudicazione, ossia la violazione dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, sia sotto il profilo della mancanza, nel caso di specie, delle ipotesi previste per l'esercizio del potere di autotutela; sia per la intempestività di tale esercizio; sia per la carenza di presupposti e di motivazione della revoca.

6.2. - La censura non può trovare accoglimento.

Rammentato che la revoca dell'aggiudicazione è motivata dall'indisponibilità del finanziamento regionale, indicato quale copertura finanziaria per la realizzazione dei lavori oggetto dell'appalto, si deve ulteriormente osservare che tale circostanza identifica una tipica condizione sufficiente per giustificare l'esercizio del potere di riesame dell'aggiudicazione definitiva, in conformità agli orientamenti secondo cui 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 (Cons. St., sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116; Adunanza Plenaria, 5 settembre 2005, n.6; in termini generali, occorre risalire quantomeno a Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661).

6.3. - La censura sollevata dalla ricorrente non coglie nel segno nemmeno per il profilo concernente il tempo trascorso dall'aggiudicazione alla revoca, considerato che l'accertata mancanza della copertura finanziaria, prima della stipula del contratto, ha reso doveroso l'intervento in autotutela dell'amministrazione, anche se a una certa distanza di tempo dalla scelta del contraente.

6.4. - La domanda risarcitoria, a titolo di responsabilità extracontrattuale, deve quindi ritenersi infondata.

7. - Occorre, pertanto, procedere all'esame dell'azione di condanna dell'amministrazione provinciale al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale.

Nel merito la domanda è fondata nei limiti di seguito specificati.

7.1. - Sul piano generale, è ormai pacifico (a partire dalla nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 5 settembre 2005, n. 6), che la pubblica amministrazione nei procedimenti di formazione dei contratti debba rispettare le regole di correttezza e di buona fede dettate dall'art. 1337 cod. civ., al fine di tutelare gli affidamenti suscitati nei privati, che partecipino alla selezione, i quali confidino nella possibilità di vedersi affidato il contratto al termine del procedimento di gara. Posizione giuridica che assume una maggiore consistenza quando gli atti posti in essere dall'amministrazione precedente siano giunti, come nella vicenda oggetto del presente giudizio, fino

all'individuazione dell'impresa come migliore offerente.

7.2. - L'accertamento muove necessariamente dalla verifica della sussistenza dei singoli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale, costituiti dalla illiceità del comportamento della p.a., dal nesso causale tra tale condotta e il danno cagionato al privato e dalla imputabilità della condotta illecita, a titolo di colpa, alla pubblica amministrazione precedente.

7.3. - Quanto all'elemento della illiceità della complessiva azione posta in essere dall'amministrazione provinciale nella vicenda di cui al presente giudizio, va ribadito che gli unici obblighi (o doveri) cui era tenuta l'amministrazione erano quelli concernenti la correttezza e buona fede nella procedura di formazione del contratto e la protezione della posizione del privato che ha partecipato alla gara (al fine di evitare che fosse coinvolto in inutili trattative).

Ciò che è produttivo di danni è la violazione di tali obblighi di natura strumentale, al cui rispetto era tenuta la pubblica amministrazione, per un corretto esercizio del potere discrezionale di interrompere (decidendo di non aggiudicare il contratto) la procedura di gara.

Obblighi il cui inadempimento, dedotto da parte ricorrente come fatto costitutivo del diritto al risarcimento per equivalente dei danni (precontrattuali) subiti, deve essere oggetto di accertamento nel presente giudizio.

7.4. - Sul punto, occorre convenire che nel complessivo comportamento della Provincia sono evidenti i profili di violazione del principio di correttezza e di buona fede.

Profili riscontrabili fin dal momento in cui l'amministrazione ha deciso di indire la procedura di gara, senza previamente verificare la esistenza e disponibilità del finanziamento regionale con il quale si intendeva garantire la copertura finanziaria del contratto d'appalto oggetto della gara. Come risulta dalla documentazione in atti, e in particolare dallo scambio di note tra la Provincia e la Regione dei primi mesi del 2004, cui si è fatto cenno nell'esposizione in fatto, il finanziamento era stato disposto con decreto della Regione del 4 dicembre 1996, andato in economia per effetto della norma di cui alla legge regionale della Sardegna, 28 dicembre 2001, n. 17 (art. 1, comma 7: *«E' accertata al 31 dicembre 2001 l'economia degli impegni assunti a tutto il 31 dicembre 1996 nonché dei residui di stanziamento accertati al 31 dicembre 2001 e provenienti da esercizi anteriori al 1997; sono fatti salvi gli impegni e i residui di stanziamento destinati agli interventi finanziati o cofinanziati dall'Unione Europea»*). Proprio la circostanza che dalla concessione del finanziamento alla decisione di indire la procedura di gara fosse trascorso un notevole lasso di tempo (quasi sette anni), avrebbe dovuto indurre l'amministrazione provinciale ad effettuare quell'accertamento preliminare sulla attualità della copertura finanziaria, che costituisce – peraltro – non solo regola di corretta amministrazione, ma anche regola giuridica espressamente contemplata dalla disciplina dell'ordinamento contabile degli enti locali (cfr. l'art. 191, comma 1, del T.U.E.L. di cui al d.lgs. n. 267/2000, secondo cui gli *«enti locali possono effettuare spese solo se sussiste ... l'attestazione della copertura finanziaria di cui all'art. 153, comma 5»*), il cui diligente adempimento avrebbe consentito di evitare di coinvolgere i concorrenti (e in particolare la cooperativa ricorrente, risultata aggiudicataria) in un'inutile dispendio di energie e risorse per la partecipazione alla gara in questione.

7.5. - Inoltre, il comportamento scorretto e negligente della Provincia si è protratto anche dopo aver avuto certezza (con la nota regionale del 19 aprile 2004) della indisponibilità del finanziamento, considerato che il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è stato infine adottato dopo quasi un anno dalla notizia della perdita della provvista finanziaria. Con ciò contribuendo a far ulteriormente maturare l'affidamento dell'aggiudicataria, circa la possibilità di giungere alla stipula definitiva del contratto di appalto; e costituendo, per altro verso, un ulteriore elemento di prova della disattenzione con la quale la vicenda amministrativa è stata affrontata nel caso di specie.

7.6. - I comportamenti evidenziati si riflettono anche sul piano della valutazione dell'elemento soggettivo della colpa dell'amministrazione (quale criterio per l'imputazione della responsabilità), consentendo di affermarne la sussistenza.

7.7. - Sul piano dell'entità del risarcimento del danno, la ricorrente invoca la giurisprudenza secondo cui le voci di danno precontrattuale risarcibile (sintetizzato nella formula del risarcimento dell'interesse negativo) sono costituite dalle spese inutilmente sopportate per la partecipazione alla procedura di gara (danno emergente) e dalla perdita di altre occasioni contrattuali di guadagno e di profitto da parte dell'impresa inutilmente coinvolta nelle trattative (lucro cessante) (in tal senso, recentemente, anche Consiglio di Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633).

Per quanto concerne la prima voce di danno risarcibile, la cooperativa ricorrente quantifica (nell'ultima memoria conclusiva del 28 giugno 2013) le spese di partecipazione alla gara nell'importo complessivo di euro 7.648,00, di cui residuano euro 4.313,15, a seguito di restituzioni effettuate dalla Provincia; a tale importo andrebbe sommata la spesa per la retribuzione del personale impiegato e le spese generali, pari al 25% delle spese sostenute per la partecipazione.

La voce relativa alla perdita delle favorevoli occasioni contrattuali alternative, viene stimata nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta formulata in gara dalla ricorrente e aggiudicataria, per un importo pari a 96.529,15.

Oltre alle voci di danno appena esposte, con la memoria del 28 giugno 2013 la ricorrente chiede il risarcimento anche del c.d. danno curriculare, derivante dalla mancata stipulazione ed esecuzione del contratto, quantificandolo nel 3% della base d'asta.

7.8. - Nel procedere all'esame dei singoli profili esposti, occorre muovere dalla premessa che, nell'ambito del giudizio risarcitorio, l'onere della prova dell'esistenza e della quantificazione del danno ricade interamente sul ricorrente, in base al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c. a (onere implicitamente richiamato anche dall'art. 124 del c.p.a.: «...il giudice ... dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato»), non potendosi invocare il principio acquisitivo poiché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (Cons. Stato, 6 aprile 2009 n. 2143, Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967; sez. V, 7 maggio 2008, n. 2080; ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10; sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973). In tale ambito, la Sezione ha ammesso «la possibilità di ricorrere alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità», fermo restando l'obbligo del ricorrente di «allegare circostanze di fatto precise» (sez. I, 8 ottobre 2009, n. 1498).

Anche l'individuazione dei presupposti in presenza dei quali è possibile operare la valutazione equitativa dei danni è stata oggetto di esame da parte della Sezione, osservandosi come «pur apparendo certa l'esistenza dei danni lamentati (Cass. Civ., sez. I, 29 luglio 2009, n. 17677), non si può giungere alla loro liquidazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile (quando non ricorra) l'ulteriore presupposto richiesto dalla norma codicistica, costituito dalla relativa impossibilità di fornire la prova del danno da parte del ricorrente (si veda sul punto Cass. Civ., sez. III, 15 maggio 2009, n. 11331)» (così sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2682; ma, in precedenza, si veda nello stesso senso la citata sez. I, 8 ottobre 2009 n. 1498).

7.9. - Applicando tali principi alla fattispecie concreta che occupa il Collegio, va osservato, per quanto concerne il profilo del danno emergente, ossia la diminuzione patrimoniale subita per sostenere le spese di partecipazione alla gara, che la società ricorrente ha (seppur sommariamente) indicato le singole voci, che si possono liquidare in euro 5.391,44 (euro 4.313,15, per i cc.dd. costi vivi, più l'importo del 25% di tale somma a titolo di spese generali: cfr. sul punto Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633).

7.10. - Altrettanto non può essere affermato con riferimento alla voce del lucro cessante, ossia della perdita di occasioni di stipulare contratti analoghi a causa dell'impegno profuso per la partecipazione alla gara poi annullata.

Non può essere accolta, infatti, la soluzione prospettata dalla ricorrente, basata su una determinazione del danno pari al 10% del corrispettivo del contratto non concluso, che presuppone il riconoscimento dell'interesse (positivo) all'esecuzione dei lavori oggetto di gara, e non dell'interesse c.d. negativo (cfr. in tal senso T.A.R. Sardegna, sez. I, 7 settembre 2010, n. 2167).

7.11. - Per la medesima ragione, deve essere esclusa, infine, la risarcibilità della voce del danno curriculare. Il danno curriculare è il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale, per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto, sfumato a causa del comportamento illegittimo o illecito dell'Amministrazione (Cons. Stato, VI, 9 giugno 2008, n. 2751; recentemente in tal senso sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633).

Ne deriva come conseguenza che il danno curriculare deve essere risarcito solo nel caso in cui si accerti che l'impresa avrebbe eseguito l'appalto, potendolo così inserire nel proprio curriculum professionale (così in giurisprudenza: Cons. Stato, VI, 18 marzo 2011, n. 1681; Cons. Stato, IV, 27 novembre 2010, n. 8253; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2009, n. 3144)

8. - Deve, pertanto, limitarsi il *quantum* risarcitorio all'aspetto del danno emergente, da intendersi come spese sopportate per la partecipazione alla gara, come liquidato al punto 7.9. -

8.1. - Su tale importo, quale credito di valore, devono essere riconosciuti la rivalutazione monetaria e gli interessi legali, da ritenersi comunque compresi nell'originaria domanda risarcitoria (Cass. civ., sez. III, 30 settembre 2009, n. 20943), dal giorno in cui si è verificato l'evento dannoso (Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5054 luglio 2009, n. 15928). Il predetto importo deve essere in particolare rivalutato, di anno in anno, dalla data del fatto generatore del danno (coincidente con la data di pubblicazione del bando), alla data di deposito della presente sentenza, secondo gli annuali indici ISTAT: spettano altresì gli interessi legali, da calcolarsi anno per anno sull'importo annualmente rivalutato, dalla data del fatto sino all'effettivo soddisfo.

Spettano, infine, gli interessi legali sulla somma così rivalutata, dalla data della presente sentenza sino al soddisfo.

9. - In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, il ricorso deve essere accolto nei limiti di cui sopra; con conseguente condanna della Provincia di Cagliari al risarcimento del danno, così come indicato in motivazione.

10. - Le spese del di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- dichiara irricevibile la domanda di annullamento con esso proposta;
- accoglie in parte la domanda di risarcimento del danno e, per l'effetto, condanna la Provincia di Cagliari a risarcire il danno subito, liquidato in €. euro 5.391,44, (cinquemilatrecentonovantuno euro e quarantaquattro centesimi), oltre rivalutazione monetaria ed interessi, come indicato in motivazione;
- condanna la Provincia di Cagliari al pagamento in favore della ricorrente delle spese giudiziali, che si liquidano in complessivi €. 2.000,00 (duemila), nonché alla restituzione del contributo unificato, se versato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2013

IL SEGRETARIO

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