N. 00912/2014REG.PROV.COLL.
N. 05391/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5391 del 2013, proposto da:
Ellemme Impianti S.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI con Iteon Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Enrico Soprano e Luisa Acampora, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione S. Anna e S. Sebastiano di Caserta, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per l'ottemperanza

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. III, n. 00279/2013, resa tra le parti, concernente risarcimento danni a seguito di interruzione di rapporto contrattuale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visto l 'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e udito per la parte ricorrente l'avvocato Massimo su delega di Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe, veniva accolto l'appello avverso la sentenza del TAR Campania, I Sezione, n. 70/2012 e, per l'effetto, l'Amministrazione intimata veniva condannata al risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione in favore della ditta appellante, pronunciato con sentenza del TAR campano n. 2849/2009 del 21 maggio 2009.

La sentenza di questa Sezione, della cui esecuzione si tratta, precisa che "l'interesse giuridico leso, a seguito dell'illecito precontrattuale in discorso, è unicamente quello al corretto svolgimento delle trattative, per cui il danno che ne consegue è necessariamente circoscritto al c.d. interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita, a causa della trattativa inutilmente intercorsa, di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso.".

Non avendo l'appellante dimostrato la perdita di altre occasioni di

guadagno, l'ammontare del risarcimento rimane circoscritto alle spese "inutilmente" sostenute ai fini della partecipazione a gara e specificamente: le spese documentate per la consulenza legale pre-gara (fatture: n. 22/2010 Avv. Severino D'Amore: euro 11.318,40; n. 3/10 del 31.1.2010: euro 7.236,00; e 22/09 del 30.11.2009 Alberto Guidi: euro 7.236,00) finalizzate alla redazione dell'atto associativo, alla predisposizione della documentazione e all'assistenza nella fase di aggiudicazione; il costo del premio corrisposto per la garanzia fideiussoria relativa alla cauzione definitiva (doc. 3, euro 1.670,00).

La sentenza ha escluso, inoltre, le spese di progettazione e redazione del piano di sicurezza, che l'impresa avrebbe dovuto sostenere in ogni caso per la presentazione dell'offerta, ed il danno curriculare ed all'immagine.

In mancanza di esecuzione al giudicato, la Società propone ricorso per ottemperanza, chiedendo che l'Amministrazione venga condannata a dare esecuzione alla sentenza, e chiede, per l'eventualità della perdurante inadempienza, la nomina di Commissario ad acta.

Deposita memoria in vista dell'udienza, con cui specifica le voci di costo che sarebbero oggetto di risarcimento, riportandosi alla relazione tecnica giurata versata in atti il 18.10.2013, che quantifica le somme nell'importo totale di euro 249.734,61.

Alla Camera di Consiglio del 21 novembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il ricorso va accolto, nei limiti che appresso sono specificati.

2. - Va premesso che l'offerta del raggruppamento fu presentata in data 11.4.2008, che l'aggiudicazione in raggruppamento con l'impresa ITEON

s.r.l. è avvenuta il 24 febbraio 2009, che il 6 maggio 2009 sono state consegnate le aree oggetto di manutenzione ed il 7 maggio successivo il TAR ha sospeso gli atti; infine, in data 21 maggio 2009 è stata adottatala sentenza n. 2849 di annullamento.

La sentenza ha esaminato dettagliatamente alcune voci di costo, che rientrano nella categoria del "danno emergente", risarcibile in caso responsabilità precontrattuale.

Si tratta di spese "inutilmente" sostenute ai fini della partecipazione a gara, ovvero le spese documentate per la consulenza legale pre-gara (fatture: n. 22/2010 Avv. Severino D'Amore: euro 11.318,40; n. 3/10 del 31.1.2010: euro 7.236,00; e 22/09 del 30.11.2009 Alberto Guidi: euro7.236,00) finalizzate alla redazione dell'atto associativo, alla predisposizione della documentazione e all'assistenza nella fase di aggiudicazione; il costo del premio corrisposto per la garanzia fideiussoria relativa alla cauzione definitiva (doc. 3, euro 1.670,00).

Afferma ancora la sentenza che "le spese sostenute per l'avvio del servizio, come oneri per il personale impiegato, acquisto di mezzi e materiali rappresentano, invece, remunerazione delle prestazioni eseguite nella breve fase in cui il contratto ha avuto esecuzione, trovando quindi fonte nel contratto. Anche queste vanno corrisposte, in esito allo scioglimento del vincolo contrattuale.

Rimangono escluse, inoltre, le spese di progettazione e redazione del piano di sicurezza che l'impresa avrebbe dovuto sostenere in ogni caso per la presentazione dell'offerta.

Quanto al danno curriculare ed all'immagine, ritiene il Collegio che la domanda non possa essere accolta (omissis)".

3. - Il Collegio ritiene che non tutti i costi che l'impresa elenca nella relazione tecnica depositata in atti rientrino nella categoria di danno "emergente", ma solo quelli effettivamente sostenuti in conseguenza dell'aggiudicazione, per predisporre l'avvio del servizio, e perciò successivamente all' aggiudicazione, facendo affidamento sulla legittimità degli atti di gara.

Va rilevato, ancora, come è evidente dallo svolgimento dei fatti, che per meno di due mesi l'ATI ha potuto fondatamente ritenersi aggiudicataria e svolgere attività preparatoria e/o di esecuzione dell'appalto (dal 24 febbraio al 7 maggio).

La ricorrente raggruppa le attività svolte nei seguenti "centri di costo", secondo la specifica destinazione delle somme profuse.

1) Progettazione tecnica e commessa.

Sostiene la ricorrente che il sistema organizzativo e tecnico necessario per l'espletamento della commessa richiedeva la verifica e aggiornamento degli elaborati tecnici già presentati in sede di gara, il censimento delle principali apparecchiature centrali da gestire, nonché la predisposizione di un budget di commessa che consentisse di monitorare il complesso sistema/cantiere/committente/ amministrazione per assicurare la copertura finanziaria dell'intera operazione.

Il Collegio osserva che la lettera di incarico all'Ing. Ventimiglia è del 6.5.2008, dopo la presentazione dell'offerta, ma molto prima dell'aggiudicazione, come risulta anche dalla fattura 8/09 del 13.3.2009. La circostanza che la data della fattura sia successiva all'aggiudicazione non costituisce prova del fatto che l'attività in parola si sia resa necessaria e sia stata effettivamente svolta successivamente all'aggiudicazione e in

dipendenza di essa. Pertanto, le varie attività indicate quale oggetto dell'incarico all'Ing. Ventimiglia (redigere istruzioni per il personale interno di controllo etc., censimento degli impianti esistenti in azienda,) sembrano attività pertinenti piuttosto ad attività commissionate per la partecipazione a gara, che sono escluse dall'oggetto del risarcimento.

Anche i costi elencati per la "progettazione finanziaria" commissionata ad MD Servizi S.a.s. (esame dei luoghi con rilievi fotografici al fine di redigere un budget di commessa) non sono ammissibili a risarcimento. La fattura del 2.3.2009 si riferisce a servizi effettuati da MD nel febbraio 2009, sostanzialmente in data antecedente all'aggiudicazione e alla consegna delle aree.

2) Software e hardware di commessa – formazione all'utilizzo dei sistemi informativi.

- Per quanto riguarda la spesa sostenuta per l'acquisto del software di gestione manutenzione (allegato b1.1.- fattura n. 16 di Openplan S.r.l. del 6.3.2009) è ammissibile a risarcimento, essendo successivo all'aggiudicazione e riferendosi ad acquisto di modifiche al software di gestione della manutenzione già presente in azienda, al fine del costante monitoraggio dell'andamento finanziario della commessa e la gestione di attrezzature e manodopera (importo euro 6.272,00).
- Per quanto riguarda l'acquisto del software di gestione amministrativa (allegato B.1.2.) è ammissibile a risarcimento, essendo successivo all'aggiudicazione e riguardando l'addestramento del personale d'ufficio e tecnico all'utilizzo del software di gestione come modificato (importo euro 1.227,50).
- Per la formazione per impiego software di facility management Archibus

(allegati b.2.4, b.2.5, b.2.6), si tratta di attività di pianificazione e organizzazione delle personalizzazioni necessarie del software in uso all'azienda, con relativa formazione del personale mediante 3 incontri formativi in cantiere e predisposizione di manuale specifico (fatture n. 4 dell'1.3.2009, n. 5 del 2.4.2009 e n. 7 del 5.5.2009 - importo euro 3.240).

-Per la formazione per organizzazione della gestione della commessa viene ammesso a risarcimento il 40% del fatturato afferente al periodo dall'1.4.2008 all'8.2009, relativo alla prestazione formativa fornita dall'Ing. Pietrofrancesco Mastrosimone, specialista in sistemi qualità e organizzazione sistemi di manutenzione, che ha dedicato il 40% del tempo di presenza in azienda, nel brevissimo tempo intercorso dall'aggiudicazione all'avviamento lavori, alla formazione del personale, redazione piano qualità e ambiente di commessa (fatt. 6 del 2.3.2009, n. 8 del 5.4.2009 e n. 10 dell'8.5.2009- contratto dell'1.4.2008- costo euro 3.600)

- Per quanto riguarda l'acquisto di due computer da affidare al personale di commessa per permettere di ricevere tutte le informazioni utili sui luoghi di lavoro, la spesa non può essere ammessa, perché si tratta di acquisti anteriori all'aggiudicazione (fatture del 24 febbraio e del 9 febbraio).

3) Attrezzature di lavoro, automezzi, apparecchiature di misura.

-Non è ammissibile (se non nella parte - quota riferibile al periodo 20/4/2009- 7/5/2009) la spesa per l'acquisizione in leasing di camion con gru (cfr. il contratto UBI Leasing datato 20.4.2009 e l'ordine n. 508 datato 17.4.2009).

-Agli atti viene prodotta, poi, una proposta di contratto di locazione

finanziaria con Peugeot privo di data (doc. c.2) e pertanto la spesa non è ammissibile.

-Per quanto riguarda l'ordine di acquisto n. 509 del 17.4.2009 di automezzo patner misto 600 HDI 90cv e contratto di locazione del 13.5.2009, n. 06020003, (importo 13.000 euro), trattasi di atti successivi alla sospensione degli atti di gara, per i quali dunque non può ammettersi il risarcimento.

-Per quanto concerne attrezzature varie funzionali all'avvio del cantiere, trattandosi di spese anteriori all'annullamento della gara vanno ammesse a risarcimento (fattura Utemac del 31.3.2009; fattura Bocciolone antincendio n. 2868 del 25.3.2009; fattura Same n. 143 del 30.4.2009 per ponteggio e piano lavoro; fatture Scala n. 2629 dell'8.4.2009 e n. 26889 del 10.4.2009 - importo euro 4.245,89).

4) adempimenti amministrativi.

-Vanno ammesse le spese documentate, ad esclusione di quelle propedeutiche alla partecipazione alla gara (che sarebbero state comunque sopportate dall'ATI) e perciò non possono computarsi le spese per la costituzione della società consortile con Iteon S.p.a e la richiesta riferita alla consulenza Linatola (la consulenza riguarda il 1° semestre 2009). Per quanto riguarda la consulenza offerta da Acampora (mesi di marzo, aprile e maggio 2009, non è specificato che l'oggetto della consulenza riguardi solo la vicenda relativa alla gestione di questo contratto di appalto) (doc. 4.1)

-Per quanto concerne la polizza definitiva (doc 6.1) va computata la relativa spesa, come già specificato nel giudicato.

-Vanno computati i costi notarili per la costituzione e lo scioglimento

della società consortile di gestione e tasse di registrazione (euro 4.746,00); i costi sostenuti per attività propedeutiche ai 12 gg. lavorativi fino al 22 maggio (euro 7.046,86); mentre la voce "predisposizione di POS definitivo" (costo 1.560,00) riferendosi a periodo (22.9.09 in cui il servizio era già stato sospeso, non va ammessa a risarcimento (fattura n. 1 del 4.2.2011)

-Per quanto concerne il costo per avvio acquisti (euro 2.802,00) trattandosi di utilizzazione di personale interno, già normalmente retribuito, la voce non può essere computata.

5) e 6) Personale operaio e organizzazione della commessa.

- Sono ammissibili le spese sostenute per la presenza del direttore tecnico M.T. Masullo in cantiere e in azienda per l'organizzazione del sistema (Ft. n. 3 del 16.3.2009) e gli incontri di formazione rivolti ai tecnici e conduttori (verbali di formazione allegati alle voci f.1 – g.1); le spese per i sopralluoghi relativi alla verifica di fattibilità delle attività manutentive (verbali allegati alla voce g.1); le spese sostenute per la formazione del personale addetto alla movimentazione della gru (voce g.1 - euro 46.286,10).

7) Personale operativo di manutenzione.

La struttura operativa, di fatto, non è stata impegnata, essendo stati consegnati i lavori il 6 maggio 2009 e sospesi il giorno successivo; pertanto, non possono risarcirsi i costi orari esposti a pag. 11 della relazione tecnica.

4. - Su tutti gli importi dovuti come sopra specificato, per ogni singola voce, vanno corrisposti gli interessi legali al tasso che la ricorrente ha corrisposto alla Banca di riferimento a causa del ricorso all'indebitamento

(v. foglio “calcolo interessi”).

5. - In conclusione, va accolto il ricorso, con conseguente condanna dell’Azienda Ospedaliera al risarcimento dei danni in favore della ricorrente, negli importi sopra specificati, con interessi legali fino al soddisfo, nel termine di giorni sessanta dalla notifica della sentenza.

6. - Per l’ipotesi di persistente inadempimento, si nomina Commissario ad acta il Dirigente pro-tempore dell’Ufficio di Ragioneria della Prefettura di Caserta, affinché nel termine di ulteriori sessanta giorni dia esecuzione al giudicato.

7. - Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in euro 1.500,00, con accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione.

Condanna l’Amministrazione al pagamento delle somme di cui in motivazione nel termine di giorni sessanta dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza.

Per l’ipotesi di inadempienza, nomina Commissario ad acta il Dirigente pro-tempore dell’Ufficio di Ragioneria della Prefettura di Caserta, affinchè nel termine di ulteriori sessanta giorni dia esecuzione al giudicato.

Condanna l’Amministrazione alle spese del giudizio che liquida in euro 1.500, 00 oltre iva e cpa, come per legge.

Con separato decreto verrà liquidato, su domanda, il compenso spettante al Commissario ad acta.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2014

IL SEGRETARIO

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