



## INTERRATO E SISTEMAZIONE DI PIAZZA

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bordighera;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2011 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società odierna ricorrente, risultata a suo tempo aggiudicataria della procedura di evidenza pubblica diretta all'affidamento dei lavori di realizzazione di un parcheggio pubblico e privato con sistemazione della piazza, proponeva domanda risarcitoria tesa ad ottenere il ristoro dei danni patiti a cagione del comportamento tenuto dalla stazione appaltante (s.a.). In particolare, in seguito all'aggiudicazione veniva effettuata la consegna anticipata dei lavori i quali tuttavia venivano sospesi in asserita attesa della documentazione necessaria a stipulare il contratto; la stessa Autorità di vigilanza, interessata dall'esponente, riconosceva la carenza progettuale dell'opera cosicchè l'opera non sarebbe stata cantierabile. Nel frattempo peraltro l'aggiudicazione era stata impugnata con ricorso prima respinto dal Tar e poi accolto dal

Consiglio di Stato in appello (in quanto aveva ammesso tre imprese che avrebbero dovuto essere escluse), con la conseguenza che la s.a. doveva procedere alla rinnovazione della gara. Rinnovata la gara, aggiudicati i lavori ad altra impresa, la s.a. provvedeva a rifondere le spese di contratto ed a restituire la documentazione, nulla disponendo per le ulteriori spese sostenute per le fidejussioni e l'approntamento di cantiere.

Veniva quindi chiesto il risarcimento del danno, sia in termini di rimborso spese sostenute in vista della conclusione del contratto, sia delle ulteriori conseguenze degli atti illegittimi, anche in termini di perdita di chances di ottenere altri lavori nel periodo interessato, in cui infatti si è verificata una contrazione delle entrate.

L'amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, chiedeva la declaratoria di inammissibilità per difetto di giurisdizione ed il rigetto del gravame.

Alla pubblica udienza del 31\3\2011 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente, la difesa dell'amministrazione intimata eccepisce il difetto di giurisdizione in quanto i danni paventati, riguardando una fase esecutiva o comunque posteriore all'aggiudicazione, rientrerebbero nella sfera di cognizione del giudice ordinario.

L'eccezione non ha pregio.

In generale, costituisce jus receptum quello per cui la cognizione del giudice amministrativo si estende ai danni paventati quali

conseguenza dell'esercizio illegittimo del potere autoritativo, quale strumento di tutela ulteriore delle situazioni giuridiche soggettive affidate alle cure dello stesso g.a., secondo la terminologia imposta dalla Consulta a partire dalla sentenza n. 204 del 2004.

In generale, in sede di contratti pubblici la giurisdizione anche risarcitoria del giudice amministrativo si estende fino alla stipula del contratto, laddove la stazione appaltante esercita i compiti diversi ed anteriori rispetto a quelli derivanti dall'essere paritaria controparte contrattuale, cioè anteriormente alla fase meramente esecutiva dell'opera. In tale ottica, lo stesso spartiacque individuato dalla stipula del contratto va applicato in termini non assoluti, esemplificativamente sia in quanto è ipotizzabile attività autoritativa in epoca posteriore (come l'esercizio dell'autotutela sugli atti amministrativi di gara) sia in quanto è possibile una fase meramente esecutiva anteriormente alla formale stipula del contratto.

Nel caso di specie i danni invocati, oltre ad essere relativi formalmente a comportamenti posti in essere in una fase comunque anteriore alla stipula del contratto, anche in termini sostanziali concernono le conseguenze di una non corretta (nella prospettazione ricorrente) condotta autoritativa, avendo il Comune erroneamente avviato anticipatamente la cantierazione dell'opera sulla scorta di un progetto carente, predisposto e messo gara in veste di autorità pubblica. Inoltre, e ciò appare dirimente sul punto, nel caso de quo non vi è stato alcun avvio della fase esecutiva atteso che, come

emerge dall'esame della relativa documentazione versata in atti (cfr. ad es. doc n. 21 di parte resistente), la consegna delle opere si è accompagnata alla contestuale sospensione degli stessi, cosicchè i danni lamentati si ricollegano ad un comportamento ricollegabile ancora all'attività burocratica dell'amministrazione ed alle conseguenze dell'aggiudicazione quale necessità di approntamento all'esecuzione, senza coinvolgere la fase esecutiva in senso stretto.

Passando all'esame del merito la domanda proposta non appare suscettibile di accoglimento.

Invero, a fronte dell'accertata illegittimità dell'aggiudicazione, cioè dell'atto costituente il fondamento dell'aspettativa dell'impresa odierna ricorrente, gli unici danni invocabili, ed infatti invocati nella specie, appaiono essere quelli connessi al c.d. interesse negativo. Ciò che l'impresa lamenta è, in definitiva, la violazione degli obblighi di cui all'art. 1337 c.c..

In proposito, come ribadito in fattispecie analoghe dalla prevalente opinione giurisprudenziale anche della sezione (cfr. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457 e 29 febbraio 2008, n. 873, sez. V 6 dicembre 2006 n. 7194 e T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 30 maggio 2008, n. 1169), l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative è stabilito perchè con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Pertanto, se durante tale fase formativa del

negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, nè la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto risponde per responsabilità precontrattuale.

In base alla prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale la responsabilità precontrattuale è tuttora ricondotta al genus della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (cfr. ex multis, Cass., sez. I, 29 aprile 1999 n. 4299). Al riguardo, costituisce principio generale che la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ. (cfr. per una recente applicazione Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313).

L'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità si risolve, frequentemente, nell'accertamento della violazione di regole obiettive concernenti il rispetto dei criteri della correttezza e della buona fede (in senso oggettivo).

Il richiamo sin qui rivolto a principi di origine civilistica non deve stupire, essendo il frutto di una positiva verifica di applicabilità e di

adeguamento alle peculiarità proprie delle ipotesi di evidenza pubblica, in cui alla permanenza dell'autoritatività della stazione appaltante si accompagnano profili ulteriori di tutela, peraltro ormai pacificamente estesi in favore dei privati responsabilmente coinvolti da attività autoritativa lesiva.

Pertanto, in risposta alla presunta inapplicabilità dell'istituto della responsabilità pre-contrattuale in caso di procedure di scelta del contraente mediante evidenza pubblica, osserva l'opinione giurisprudenziale prevalente del tutto condivisa dal Collegio che tale gara costituisce un procedimento amministrativo di scelta del contraente privato che sostituisce, mediante una procedura predeterminata e funzionalizzata, i contatti preliminari tra le parti che avvengono nell'ambito del diritto comune. Ne deriva che la conclusione della procedura medesima è attività equiparabile, a fini di tutela, a tali contatti preliminari, versati però in una procedura di diritto amministrativo, con la conclusione che, non essendo ancora intervenuta la rituale stipulazione, si è nell'ambito della (eventuale) responsabilità pre-contrattuale. Inoltre, la possibilità legislativa attribuita all'Amministrazione di incidere, entro un certo periodo temporale, su provvedimenti illegittimi, non significa che tale annullamento possa esimere l'Amministrazione da eventuali responsabilità concretamente accertate

Nella fattispecie in esame occorre verificare se si sia verificata la lesione della libertà negoziale della parte ricorrente, che si è vista

indotta ad avviare le attività prodromiche all'esecuzione dei lavori oggetto di aggiudicazione ed a confidare quindi in buona fede nella validità della procedura poi annullata in sede giurisdizionale, e se ciò sia avvenuto per colpa dell'amministrazione.

Invero, nel caso di specie ciò che manca è la sussistenza di una legittima aspettativa, esclusa dall'annullamento del titolo costituente la base delle aspirazioni dell'impresa, secondo una possibilità (l'impugnativa giurisdizionale da parte di altra impresa legittimata) che non può certo qualificarsi come elemento straordinario o non prevedibile.

Inoltre, nella medesima ottica, non risulta essere stata richiesta all'impresa ricorrente un'attività straordinaria rispetto all'ordinario svolgimento dei rapporti post gara, tanto che, come evidenziato dalla stessa ricorrente, i lavori non sono mai stati avviati e la consegna ha avuto unicamente rilievo formale.

Se per un verso il comportamento dell'amministrazione non è stato lineare né particolarmente diligente, specie a fronte delle carenze della gara oltre che del progetto ad esso sotteso, per un altro verso tali elementi non hanno inciso sulla situazione giuridica vantata dall'impresa Appaltitalia, in quanto, mentre l'annullamento dell'aggiudicazione ha spezzato il nesso di causalità tra le presunte originarie carenze e i danni paventati, le spese sostenute e di cui si chiede il ristoro rientrano sostanzialmente nell'ordinaria amministrazione conseguente ad un'aggiudicazione; altrimenti

opinando, ad ogni annullamento giurisdizionale di aggiudicazione conseguirebbe automaticamente il sorgere, a scapito della stazione appaltante, di posizioni tutelabili in via risarcitoria in capo all'impresa originaria vincitrice, come nella specie soccombente in sede giurisdizionale.

In definitiva, nella specie con l'annullamento dell'aggiudicazione risulta essere venuto meno il presupposto fondante delle aspettative dell'impresa, né queste ultime possono reputarsi fondate altresì su di ulteriori comportamenti illeciti dell'amministrazione, non esorbitando le attività richieste dall'ordinaria amministrazione post gara, come evidenziato in specie dalla natura di molte delle spese invocate, titoli di viaggi derivanti dalla distanza tra la sede dell'impresa e quella dei lavori: al riguardo, avendo partecipato consapevolmente alla gara indetta da un'amministrazione comunale per lavori ivi ubicati, il relativo impegno economico sostenuto per i viaggi non pare rientrare nell'ambito delle attività particolari richieste dalla stazione appaltante oltre l'ordinaria amministrazione derivante dall'attività post aggiudicazione.

Sussistono giusti motivi, anche a cagione della peculiarità della fattispecie, per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

IL SEGRETARIO

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