



N. 5177/2007

Reg. Dec.

N. 3358

Reg. Ric.

Anno 2007

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3358 R.G. dell'anno 2007, proposto dalla Impresa De Lieto Costruzioni, in persona del legale rappresentante rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Navarra e Lucrezia Vaccarella e, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Piazzale di Porta Pia n.121;

contro

l'ANAS s.p.a. in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui *ope legis* domicilia alla via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma del 10 gennaio 2007 n. 77;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

RL

Visti tutti gli atti di causa;

data per letta alla pubblica udienza del *13 luglio 2007* la relazione del Cons. *Sandro Aureli*;

Uditi, altresì, l'avv Giancarlo Navarra e l'Avvocato dello Stato Venturini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO e DIRITTO

La sentenza impugnata ha accolto in parte la domanda risarcitoria dell'odierna appellante, liquidando in suo favore la somma di euro 39.900,05 oltre interessi e rivalutazione monetaria, per responsabilità pre-contrattuale dell'ANAS s.p.a., nei limiti dell'interesse negativo, conseguente alla revoca dell'aggiudicazione della gara d'appalto dei lavori di un tratto della strada statale Licodia-Eubea.

Le parti in appello non discutono della legittimità della revoca affermata dal giudice di primo grado, e neppure discutono della qualificazione della responsabilità dell'ANAS s.p.a. in termini di responsabilità pre-contrattuale.

Discutono, così venendo circoscritta la materia del contendere in questa sede, della quantificazione del danno effettuata dalla sentenza appellata, che ha giudicato non risarcibili nell'ambito della responsabilità pre-contrattuale e comunque per carenza di prova, la quasi totalità delle voci di danno richieste in primo grado, delle quali con l'appello in esame, si ripropone

l'accoglimento.

Di contro l'ANAS spa ha chiesto il rigetto dell'appello con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Com'è pacifico in giudizio la vicenda per cui è causa nasce dalla licitazione privata esperita dall'ANAS s.p.a. che veniva aggiudicata all'appellante, senza far seguire a tale aggiudicazione né la stipulazione del contratto d'appalto né, di conseguenza, la consegna dei lavori, essendo emerse lacune nel progetto dell'opera pubblica da realizzare, così gravi da comportare una completa revisione progettuale, attesa l'impossibilità di dare esecuzione al progetto in gara.

Di qui, nel marzo del 2004, un primo contestato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione avvenuta nel giugno del 1999, poi annullato dalla sez. III[^] del T.A.R. del Lazio (sent.n.8142/2004) per carenza di motivazione, cui seguiva un secondo provvedimento di revoca nel dicembre 2005, esaminato nella fase di primo grado del presente giudizio.

L'arco temporale di svolgimento della descritta vicenda controversa rappresenta un aspetto non secondario attraverso il quale viene in risalto, nella prospettazione dell'appellante, la violazione da parte dell'ANAS s.p.a. del dovere di comportarsi nel corso delle trattative secondo buona fede.

Per farne discendere, nella specie, la lesione del legittimo

affidamento riposto dall'aggiudicatario sia nella stipulazione del contratto che nella successiva esecuzione dell'opera appaltata, con l'ulteriore affermazione che debbono essere risarciti tutti i danni che a tali legittime aspettative sono comunque ricollegabili, a nulla rilevando che l'aggiudicazione sia stata revocata.

La sopra riportata prospettazione dell'appellante è infondata, ritenendo la Sezione di seguire i ricevuti orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità pre-contrattuale dell'amministrazione nell'ambito dell'evidenza pubblica.

In tale prospettiva, intesa ad evidenziare i limiti della responsabilità dell'amministrazione con riguardo alla entità del danno risarcibile, appare illuminante la disciplina di settore ricavabile dal regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici (d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554) e dal capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici (D.M. 19 aprile 2000 n.145) (norme tutt'ora in vigore nonostante l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi, e forniture di cui al d.lvo 12 aprile 2006 n.163.; v.art.253 comma 3 Codice) riguardante i casi, ivi contemplati, riconducibili a violazione dei criteri di correttezza e di buona fede, verificatisi successivamente alla stipulazione del contratto d'appalto di lavori pubblici, e collegati a carenze progettuali ovvero a mancata consegna dei lavori, imputabili

all'amministrazione, che, come nel caso in esame, hanno impedito l'esecuzione dell'opera appaltata, ma a differenza del caso in esame, non hanno impedito la stipulazione del contratto.

È quanto, in particolare, emerge nel caso di errori od omissioni progettuali, dove una diretta rilevanza contrattuale delle norme sulla elaborazione dei progetti da parte della stazione appaltante (artt. 15 segg del Regolamento) non sembra sostenibile in quanto tali disposizioni si atteggiavano più come norme d'azione (disciplinanti cioè l'esplicazione di compiti amministrativi) che di relazione (destinate a regolamentare rapporti della pubblica amministrazione con i privati, ed in particolare con gli appaltatori).

D'altro canto, persino quando l'errore progettuale sia tanto grave da provocare la risoluzione del contratto, non si può parlare di inadempimento contrattuale, posto che la risoluzione appare in tal caso diretta a tutelare interessi pubblici propri della stazione appaltante, o comunque pubblici e sovraordinati, più che i diritti dell'appaltatore. Infatti, ai sensi dell'art. 132 comma 4 e 5 del Codice (già comma 4 e 5 Legge quadro), la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto ed alla indizione di una nuova gara (a cui è invitato anche l'appaltatore che ha subito la risoluzione), quando errori od omissioni progettuali impongano

l'introduzione di varianti superiori al quinto del valore del contratto stesso: in tale ipotesi, l'impresa ha diritto non al risarcimento dei danni subiti (come sarebbe qualora vi fosse un inadempimento della stazione appaltante), ma ad un indennizzo, consistente nel pagamento dei soli materiali utili e del 10% (il mancato utile) dei lavori non eseguiti, fino ai quattro quinti del valore del contratto (oltre ovviamente al pagamento del compenso dovuto a fronte delle lavorazioni già eseguite). Tale disciplina si configura come un'applicazione della norma generale sul diritto di recesso della stazione appaltante (art. 134 del Codice; v. anche art. 1671 Cod. civ.) e non è ispirata dall'intento di sanzionare l'amministrazione responsabile di inadempimento contrattuale, come chiaramente risulta dalla natura (indennitaria) delle somme da pagare e dai relativi titoli.

Alle stesse conclusioni deve pervenirsi, con riguardo alle prescrizioni dettate in tema di consegna dei lavori. Alla luce delle norme speciali, infatti, la mancata (o ritardata consegna dei lavori integra un caso tipico di mora credendi, e non di *mora debendi*, tanto che viene pacificamente escluso il diritto dell'appaltatore di agire giudizialmente per ottenere una sentenza che condanni la stazione appaltante a procedere coattivamente alla consegna dei lavori o compiere gli altri atti allo scopo necessari (Cass civ. Sez I, 15 novembre 1997

n.11329).

In sostanza in caso di stipulazione del contratto d'appalto di lavori pubblici, la mancata consegna di quest'ultimi potrà integrare solo la violazione del dovere di cooperazione che ricade sulla stazione appaltante.

Da quanto precede, dove emerge una posizione dell'appaltatore ben più consolidata di quella in questa sede in discussione, resta quindi confermato che la responsabilità pre-contrattuale dell'amministrazione per non essere addivenuta alla stipulazione del contratto d'appalto lavori dopo l'aggiudicazione, per fatti che di quest'ultima hanno imposto la revoca, è limitata all'interesse negativo.

Occorre allora definire *il quantum* del danno risarcibile.

Al riguardo per pacifica giurisprudenza, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, in relazione alla mancata stipula del contratto (o in relazione alla invalidità dello stesso) si limita all'interesse negativo, rappresentato – com'è noto – sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia dalla perdita, se provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante), con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto (cfr.

Cass. Civ., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632). L'indirizzo maggioritario - al quale la Sezione intende aderire (*ex plurimis*: Cass., n. 11243/2003; Cass., n. 1632/2000; Cass., n. 9157/95) evidenzia, infatti, che, in tema di responsabilità ex art. 1337 cod. civ., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa.

Infatti, sia argomentando dall'art. 1338 c.c., che dagli artt. 2056 e 1223 c.c. il quale conseguenza immediata e diretta della rottura delle trattative, può essere soltanto quello innanzi detto.

Quanto al lucro cessante, va ribadito che l'ambito della tutela dell'art. 1337 cod. civ. è più propriamente non tanto la violazione dell'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla proprio iniziata, con conseguente perdita di altre occasioni favorevoli. Detto in altri termini, in caso di *culpa in contrahendo*, i danni risarcibili comprendono (oltre alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto) le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, mentre resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (*id quod interest contractus initus non fuisset*).

E', dunque, senz'altro risarcibile (come, peraltro, ammette la stessa Amministrazione) il danno a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara in ragione della pacifica circostanza della avvenuta partecipazione dell'impresa ricorrente alla procedura poi revocata, con un'offerta ritenuta dalla stessa amministrazione valida e meritevole di aggiudicazione.

Non è, invece, risarcibile, il "mancato guadagno dell'utile d'impresa". Ed invero, questa seconda voce di danno corrisponde alla componente del lucro cessante nel danno per lesione del c.d. interesse positivo, quale interesse all'esecuzione del contratto, e come tale (come già detto) non può essere risarcita in una fattispecie di responsabilità precontrattuale.

Per tali ragioni non possono essere riconosciute spese oltre quelle relative alla partecipazione alla gara . già liquidate dal giudice di primo grado e pari a euro 39.900,05

In particolare non possono essere riconosciute le c.d. spese generali "di sede" non avendo l'appellante provato la loro stretta afferenza alla gara né, per la stessa ragione, possono essere riconosciuti i pagamenti relativi a forniture o i costi sostenuti in base alla documentazione depositata, né, ancora, possono essere riconosciute le spese che postulano una consegna lavori ovvero la stipulazione del contratto, in realtà

non effettuata (es. spese di cantiere) o successive all'aggiudicazione non seguita da esecuzione anticipata di opere e tra quest'ultime vanno annoverate quelle relative all'esecuzione di indagini geognostiche integrative che l'ANAS spa ha si autorizzato ma con la clausola "a vostra cura e spese".

In ordine alla richiesta di risarcimento del danno da perdita di *chance* (perdita di favorevoli occasioni contrattuali che è cosa ontologicamente diversa dal vantaggio derivante dall'esecuzione del contratto invalido), appare necessario operare delle considerazioni preliminari.

La perdita di *chance*, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale non irrealizzato, che non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo, e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato (ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'*id quod plerumque accidit* sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002 n. 686).

Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance*, è quindi necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno, e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.

Tanto precisato, rileva la Sezione, con riferimento al caso in esame, che l'Impresa appellante ha documentato la rinuncia alla partecipazione alle gare per "impegni precedentemente assunti" ma non ha provato di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri lavori. Conseguenza che non è neppure ovviabile tale carenza di prova con l'applicazione dell'art. 1226 cod.civ. posto che l'applicazione di tale norma è limitata alla impossibilità di quantificare il danno la cui esistenza sia stata comunque provata.

La perdita di *chance* lamentata non può allora essere riconosciuta.

Conclusivamente il danno risarcibile nei confronti dell'odierna appellante, alla stregua di quanto precedentemente indicato è

costituito dalle spese, documentate, relative alla polizza per cauzione definitiva (39.900,05) come già stabilito dalla sentenza di primo grado.

Su detta somma vanno riconosciuti gli interessi e la rivalutazione monetaria .

A quest'ultimo riguardo deve essere accolta la domanda dell'appellante che chiede la specificazione della decorrenza dei detti accessori.

Il credito relativo al risarcimento del danno derivante da responsabilità extra-contrattuale di cui la responsabilità pre contrattuale, secondo la tesi preferibile, è un aspetto, ha natura di credito di valore, con la conseguenza che esso va anche maggiorato della rivalutazione monetaria, che deve ritenersi compresa nell'originario *petitum* della domanda risarcitoria, con decorrenza dalla maturazione del diritto.

La rivalutazione va quindi calcolata sulla somma anzidetta dalla data dell'aggiudicazione del giugno 1999 fino alla data di pubblicazione della presente sentenza.

Per quanto riguarda gli interessi, è noto che nell' obbligazione risarcitoria da fatto illecito è dovuto al danneggiato anche il risarcimento del danno da ritardo conseguente alla mancata disponibilità per impieghi remunerativi della somma di denaro in cui il suddetto debito viene liquidato, da corrispondersi mediante interessi compensativi.

Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, il riconoscimento di interessi costituisce in tale ipotesi una mera modalità liquidatoria, cui è consentito al giudice di far ricorso col limite costituito dall'impossibilità di calcolare gli interessi sulle somme integralmente rivalutate dalla data dell'illecito; non gli è invece inibito di riconoscere interessi calcolati con modalità convenzionali ovvero di non riconoscerli affatto. (*ex multis* Cass. III sez. 26.2.2004 n. 3871).

Nel caso in esame, a giudizio del Collegio – tenendo conto degli indici di svalutazione e del tasso medio di remuneratività del denaro nel periodo rilevante nonché del fatto che nella specie nessun interesse positivo è stato riconosciuto – il criterio equitativamente preferibile è quello di calcolare gli interessi sull'importo non attualizzato dalla data dell'aggiudicazione alla pubblicazione della sentenza, e successivamente a quest'ultima data, sull'importo attualizzato e fino al saldo.

L'appello va quindi in parte accolto, dovendosi riconoscere alla Impresa De Lieto, in riforma della sentenza gravata, la spettanza di interessi e rivalutazione con le decorrenze sopra esposte nonché la somma di euro 39.900,05 in conto capitale.

La complessità delle questioni trattate consente di ravvisare la sussistenza di giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie in parte, e per l'effetto riforma la sentenza impugnata nei limiti di cui in motivazione .

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì *13 luglio 2007* dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei signori:

Giovanni VACIRCA	Presidente
Costantino SALVATORE	Consigliere
Anna LEONI	Consigliere
Salvatore CACACE	Consigliere
Sandro AURELI	Consigliere,est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Sandro Aureli	Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

II 04/10/2007

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott. Antonio Serrao

