

**MANCATA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO PER
SOPRAVVENIENZE NEGATIVE:NULLA È DOVUTO QUALE
RISARCIMENTO DEL DANNO, VANNO INVECE RESTITUITI
L'EVENTUALE IMPORTO RICHIESTO A TITOLO DI ESCUSSIONE
DELLA CAUZIONE PROVVISORIA, LA SOMMA VERSATA A TITOLO
DI CAUZIONE DEFINITIVA E DI QUELLA VERSATA A TITOLO DI
RIMBORSO SPESE**

Poiché l'impresa, quindi, era stata avvertita (dalla lex specialis di gara) che la conclusione del contratto definitivo era subordinata alla condizione sospensiva del finanziamento regionale, si possono comunque far risalire in capo all'IACP responsabilità, in termini di dolo o colpa, anche se la mancata conclusione del contratto era ascrivibile alla circostanza che, nonostante solleciti e diffide da parte dell'Istituto, il comune non aveva provveduto alla rimozione degli ostacoli all'edificazione esistenti sull'area assegnata. E' corretto legittimo il pensiero secondo il quale perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato. vanno restituiti l'eventuale importo richiesto a titolo di escussione della cauzione provvisoria, la somma versata a titolo di cauzione definitiva e di quella versata a titolo di rimborso spese?

Il Consiglio di Stato ritiene la Sezione che esattamente il Tar abbia rilevato che la condotta serbata dall'amministrazione appellata sfugga a qualsivoglia giudizio di riprovevolezza. E ciò sotto tre distinti profili. Il primo di essi, attiene alla clausola, contenuta nella lettera invito, dalla quale si ricava che l'approvazione dell'IACP costituiva condizione per la stipula del contratto e, di converso, che la mancata approvazione impediva l'insorgere di qualsivoglia pretesa risarcitoria: ma anche prescindendo dalla clausola in esame, ed in disparte l'ampiezza della medesima (non limitata, come si sostiene erroneamente nel ricorso in appello all'unico evento relativo al mancato finanziamento delle opere da parte della Regione), ugualmente non sussisterebbe alcuna responsabilità dell'amministrazione appellata, in ossequio ai principi generali in tema di sussumibilità della condotta nel paradigma di cui all'art. 2043 cc. la omessa stipula conseguì causalmente ad una condotta di Enti diversi, e ad essa fu eziologicamente ricollegabile: non è dato individuare un collegamento, sotto il profilo causale "puro" che la renda riconducibile alla sfera giuridica dell'amministrazione appellata. Ciò perché, sotto il profilo causale, la Sezione condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale "per poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che leghi il fatto come descritto al danno. Per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli art. 40 e 41 c.p.: sulla base della teoria della condicio sine qua non, la condotta risulta causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato; il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. " _ Sebbene per quanto si è dianzi affermato non sia stata ritenuta ravvisabile alcuna condotta colposa dell'amministrazione è parimenti esatto rilevare che neppure alcun addebito può muoversi all'impresa appellante. _ Ne consegue il diritto di quest'ultima, (erroneamente non riconosciuto dai primi Giudici)

ad ottenere la ripetizione della somma eventualmente incamerata dall'amministrazione a titolo di cauzione e di quella che l'appellata amministrazione avrebbe trattenuto a titolo di rimborso spese di gara e di contratto._ Dette somme, maggiorate degli interessi come per legge, devono essere restituite all'appellante

Merita di essere segnalata la decisione numero 4309 del 10 settembre 2008 emessa dal Consiglio di Stato, inviata per la pubblicazione in data 18 settembre 2008

Quanto alla più ampia questione relativa al *petitum* risarcitorio, ed alla ravvisabilità in capo all'amministrazione appellata di una responsabilità a titolo di colpa, la Sezione dissente dalla ricostruzione prospettata nel ricorso in appello.

Invero il punto dal quale è necessario trarre le mosse è rappresentato dalla considerazione che l'art. 2043 CC (felicitemente definita "grundnorm" del sistema protettivo delle posizioni giuridiche attive individuali) è norma immediatamente precettiva: discende da ciò in via immediata la necessità di affermare che al soggetto ingiustamente leso pertenga la tutela risarcitoria anche a fronte di condotte rese dall'amministrazione in violazione di posizioni soggettive di interesse legittimo.

Nel caso di specie, secondo l'insegnamento della giurisprudenza civilistica (si veda Cassazione civile, sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629 secondo la quale "la posizione dell'imprenditore che abbia fatto legittimo affidamento nella aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che ne ignorasse, senza sua colpa, una causa di invalidità è specificamente presa in considerazione dall'art. 1338 c.c. Con la conseguenza che in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità contrattuale prevista dalla norma per avere generato nell'impresa dal momento dell'aggiudicazione, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto; nonché per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione, e quello di astenersi dalla stipulazione del negozio che doveva sapere invalido rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione.) potrebbe astrattamente ricorrere una ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale: essa costituisce species di quella regolata ex art. 2043 cc, ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili.

La Sezione ha sul punto affermato che nel processo amministrativo la tutela risarcitoria, oramai accessibile in via generale dopo la l. n. 205 del 2000, può essere assicurata attraverso la reintegrazione in forma specifica, o attraverso il risarcimento per equivalente, ma questa modalità ha carattere sussidiario rispetto alla prima, che più puntualmente risponde al principio della effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività provvedimentoale o materiale della p.a., perciò il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto solo in quanto il ricorrente abbia espressamente limitato la propria domanda a detta modalità risarcitoria.(Consiglio Stato, sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6960).

Perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, tuttavia, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato.

Quanto a tale aspetto, la Sezione, in passato, ha avuto modo di evidenziare il ridotto onere dimostrativo che grava in subiecta materia sul privato, atteso che "fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della p.a., tra cui quella in esame, all'interno della responsabilità extracontrattuale, non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto

illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. (Consiglio Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

Ritiene la Sezione che esattamente il Tar abbia rilevato che la condotta serbata dall'amministrazione appellata sfugga a qualsivoglia giudizio di riprovevolezza.

E ciò sotto tre distinti profili.

Il primo di essi, attiene alla clausola, contenuta nella lettera invito, dalla quale si ricava che l'approvazione dell'IACP costituiva condizione per la stipula del contratto e, di converso, che la mancata approvazione impediva l'insorgere di qualsivoglia pretesa risarcitoria (si veda, sia pur con riferimento a differente fattispecie, Consiglio Stato, sez. V, 24 marzo 2001, n. 1702, in tema di legittimità delle clausole condizionanti apposte all'atto amministrativo).

Ma anche prescindendo dalla clausola in esame, ed in disparte l'ampiezza della medesima (non limitata, come si sostiene erroneamente nel ricorso in appello all'unico evento relativo al mancato finanziamento delle opere da parte della Regione), ugualmente non sussisterebbe alcuna responsabilità dell'amministrazione appellata, in ossequio ai principi generali in tema di sussumibilità della condotta nel paradigma di cui all'art. 2043 cc.

Ciò perché, sotto il profilo causale, la Sezione condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale

“per poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che legghi il fatto come descritto al danno. Per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli art. 40 e 41 c.p.: sulla base della teoria della condicio sine qua non, la condotta risulta causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato; il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. “ (Consiglio Stato, sez. V, 08 marzo 2006, n. 1228).

Nel caso in questione la omessa stipula conseguì causalmente ad una condotta di Enti diversi, e ad essa fu eziologicamente ricollegabile: non è dato individuare un collegamento, sotto il profilo causale “puro” che la renda riconducibile alla sfera giuridica dell'amministrazione appellata.

Il collegamento, per il vero, è in astratto ipotizzato dall'appellante avuto riguardo al “mancato sollecito” da parte dello IACP, e/o comunque alla condotta acquiescente di quest'ultima resa con riferimento alle condotte delle amministrazioni comunali.

Il mezzo non è persuasivo.

La Sezione non ignora che dottrina e giurisprudenza hanno in passato elaborato il principio per cui il potere dell'amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto incontra un limite insuperabile nei principi di buona fede e correttezza alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la p.a. e nella tutela dell'affidamento ingenerato. Da quanto precede deve ritenersi sussistente la colpa dell'amministrazione che addivene alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale.

Tale ipotesi, tuttavia, non ricorre nel caso de quo, laddove (in disparte, lo si ripete, l'ampia formulazione della clausola della lettera-invito, ricomprensiva dell'evento in questione) le amministrazioni comunali che non emisero il nulla-osta richiesto non rientravano nella sfera di controllo/vigilanza dell'ente interessato: impregiudicate le ragioni (il tema non rientra tra quelli devoluti alla cognizione della Sezione) per cui ciò avvenne, non si vede quale sia la "rimproverabilità" ascrivibile alla condotta dello Iacp.

Il petitum risarcitorio deve pertanto essere disatteso.

Su un punto (connesso a quello sinora esaminato, ma distinto, atteso che piuttosto che di "risarcimento" deve discorrersi di "ripetizione") però, il gravame merita accoglimento.

Quanto all'appalto per lavori da effettuarsi nel comune di Campagna, l'amministrazione appellata ha sollecitato (infondatamente, per quanto ci si appresta a rilevare di seguito) la emissione di una pronuncia di improcedibilità del gravame, a cagione della circostanza che alla ditta appellante è stata offerto da parte dello Iacp di addivenire alla stipulazione del contratto di appalto (si veda pag.3 della memoria depositata in atti).

Senonchè, la stessa appellata Iacp ha lealmente evidenziato che (soltanto) "successivamente alla sentenza di primo grado si sono verificate le condizioni per addivenire alla esecuzione dei lavori ed alla stipula del contratto".

E che in data 12.2.2003 è stata dall'appellata inviata una nota all'impresa appellante con la quale la si invitava alla stipula del contratto (nota riscontrata negativamente dall'impresa Figo).

Orbene, tale evento, assai tardivo, ed addirittura temporalmente successivo alla sentenza di primo grado, non rientra nel paradigma normativo del Decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 106, (art. 4: "la stipulazione del contratto di appalto deve avere luogo entro 30 giorni dalla data del deliberamento nel caso di gara o della comunicazione all'impresa dell'accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata o di appalto concorso. L'emanazione del decreto di approvazione deve avvenire entro 60 giorni dalla data di stipulazione del contratto.") e non consente l'emissione di alcuna declaratoria di improcedibilità, in parte qua, del gravame.

La costante giurisprudenza di legittimità, peraltro, ha sul punto ritenuto che "in tema di appalto di opere pubbliche, qualora, dopo la aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto non segua nel termine di trenta giorni, per fatto imputabile alla amministrazione appaltante, trova applicazione analogica il comma 4 dell'art. 4 del capitolato generale approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, che disciplina espressamente l'ipotesi in cui, avutasi la stipulazione del contratto nel termine di trenta giorni, ne tarda però l'approvazione per oltre sessanta giorni." (Cassazione civile, sez. I, 01 marzo 1989, n. 1101, ma si veda anche, Cassazione civile, sez. I, 03 ottobre 1983, n. 5751, laddove si è affermato che

“l'art. 4, comma 4, del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, ove prevede il diritto dell'aggiudicatario di svincolarsi da ogni impegno per il caso di mancata approvazione del contratto nel termine di sessanta giorni, comporta che tale diritto dell'aggiudicatario debba essere, a maggior ragione, riconosciuto nel caso di mancata stipulazione del contratto medesimo entro quel termine. “).

L'odierna appellante, nel 2003, aveva già convenuto innanzi al Tar l'amministrazione ed era già stata resa sentenza di primo grado: la nota in oggetto non può determinare alcuna improcedibilità del gravame.

Di più.

Sebbene per quanto si è dianzi affermato non sia stata ritenuta ravvisabile alcuna condotta colposa dell'amministrazione è parimenti esatto rilevare che neppure alcun addebito può muoversi all'impresa appellante.

Ne consegue il diritto di quest'ultima, (erroneamente non riconosciuto dai primi Giudici) ad ottenere la ripetizione della somma eventualmente incamerata dall'amministrazione a titolo di cauzione e di quella che l'appellata amministrazione avrebbe trattenuto a titolo di rimborso spese di gara e di contratto.

Dette somme, maggiorate degli interessi come per legge, devono essere restituite all'appellante.

Alla stregua delle superiori considerazioni il ricorso in appello deve essere parzialmente accolto (con esclusivo riferimento al doveroso obbligo di restituzione delle somme incamerate con riguardo all'appalto da eseguirsi nel territorio del comune di Campagna) con parziale riforma della appellata sentenza (che deve essere per il resto integralmente confermata), laddove tale obbligo di restituzione non è stato previsto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali sostenute dalle parti in relazione alla particolarità della situazione di fatto sottesa alla controversia.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.4309/2008

Reg.Dec.

N. 2324 Reg.Ric.

ANNO 2003

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

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 2324/2003 proposto dalla impresa ALFA Giuseppe, in persona del titolare, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Palma, ed elettivamente domiciliato in Roma presso lo studio degli avv.ti Vincenzo GRECO e Antonio Palma alla via V. Traiano, 1/A presso lo studio Schettini;

contro

l'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di Salerno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Di Lieto ed elettivamente domiciliato in Salerno presso la dr.ssa Santina MURANO in Via Pelagio, 10 e dall'avv. Fulvio Fenucci ed elettivamente domiciliata in Roma, viale Angelico, 38 presso l'avv. L. Napolitano;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania Sede di Salerno Sezione I n. 1979/2002

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata amministrazione IACP di Salerno e la memoria da essa depositata;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 Giugno 2008, relatore il Consigliere Cons. Fabio Taormina ed uditi, altresì, l'avvocato SARRO per delega dell'avv. Palma e l'avv. Anzisi per delega dell'avv. Di Lieto;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

Con due distinti ricorsi di primo grado, riuniti, era stato chiesto dalla impresa odierna appellante, l'accertamento:

(ricorso n. 950/01) del proprio diritto al risarcimento dei danni subiti per la mancata stipula del contratto definitivo in seguito all'aggiudicazione della licitazione privata per l'esecuzione di tutte le opere e la fornitura di tutti i materiali occorrenti per la costruzione di due alloggi ERP nel comune di Sarno;

(ricorso n. 951/01): del proprio diritto al risarcimento dei danni subiti per la mancata stipula del contratto definitivo in seguito all'aggiudicazione della licitazione privata per l'esecuzione di tutte le opere e la fornitura di tutti i materiali occorrenti per la costruzione di tre fabbricati ERP nel comune di Campagna;

L'odierna appellante aveva premesso di essere risultata aggiudicataria delle sopracitate licitazioni private, e di essere stata invitata a presentare tutta la documentazione prevista dall'IACP, che poi però non aveva fornito nessuna spiegazione circa la mancata stipula del contratto definitivo.

Aveva dedotto i seguenti motivi di censura: violazione dell'art. 4 del DPR. n. 1063/62 e dell'art. 97 Cost. ed eccesso di potere per difetto di motivazione e dei presupposti dell'azione amministrativa, in quanto la mancata stipulazione del contratto definitivo sarebbe dipesa da circostanze imputabili alla volontà dell'IACP, pertanto sussistevano i presupposti per chiedere il riconoscimento della tutela risarcitoria.

Con la sentenza in epigrafe, riuniti i due ricorsi, i primi Giudici hanno respinto nel merito le doglianze dell'odierna appellante prescindendo dalla eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione sollevata dalla odierna appellata, rilevando la infondatezza dei ricorsi.

Si è rilevato da parte dei primi Giudici, in particolare, che in entrambi i casi la lettera di invito aveva precisato che "l'aggiudicazione verrà effettuata in via provvisoria e sarà immediatamente impegnativa per l'impresa; l'aggiudicazione definitiva è subordinata all'avvenuta emissione del decreto di finanziamento da parte della Regione Campania ed alla approvazione del consiglio di amministrazione dell'Istituto. Qualora non intervenga l'approvazione, l'impresa aggiudicataria non avrà diritto a richieste o azioni per risarcimento di danni o per compensi in genere".

L'impresa, quindi, era stata avvertita che la conclusione del contratto definitivo era subordinata alla condizione sospensiva del finanziamento regionale.

Era in ogni caso assorbente l'ulteriore considerazione che, contrariamente all'assunto dell'appellante, nessuna responsabilità, in termini di dolo o colpa, poteva farsi risalire all'IACP, in quanto la mancata conclusione del contratto era ascrivibile alla circostanza che, nonostante solleciti e diffide da parte dell'Istituto, il comune di Campagna non aveva provveduto alla rimozione degli ostacoli all'edificazione esistenti sull'area assegnata.

Il comune di Sarno, invece, non aveva rilasciato il nulla osta definitivo sulla disponibilità ed idoneità del suolo interessato ai lavori.

Alla luce di tali sopravvenienze negative, espressamente menzionate in una clausola corrodante la lettera-invito, l'IACP non aveva potuto far altro che procedere alla revoca dell'aggiudicazione definitiva.

L'appellante società ha censurato la predetta sentenza chiedendone l'annullamento in quanto viziata da errore ed illegittima (ribadendo e puntualizzando le proprie doglianze con una articolata memoria conclusiva).

Sotto il profilo processuale, ha evidenziato che sussisteva, in subiecta materia, la giurisdizione del Giudice amministrativo, ex art. 33 del d.lvo n. 80/1998, e che la riunione dei ricorsi era stata erroneamente disposta dal Tar non ricorrendo alcuna ipotesi di connessione.

La clausola ritenuta dal Tar scriminante rispetto alla condotta dell'amministrazione concerneva unicamente responsabilità dell'Ente Regionale, sovraordinato all'appellata IACP, e non poteva essere intesa quale "liberatoria tombale" anche con riguardo alle inadempienze (nel caso in oggetto verificatesi) ascrivibili ad altri enti (nella specie, le amministrazioni comunali); l'appellata amministrazione si era limitata ad inviare lettere di sollecito alle amministrazioni comunali inadempienti: versava pertanto, quantomeno, in colpa.

Il danno cagionato all'impresa, di cui era palese la buona fede ex artt.1337 ed 1338 cc, era contra jus e doveva essere risarcito, quantomeno ex art. 2041 cc.

Peraltro, quanto all'appalto per lavori da eseguirsi presso il territorio del Comune di Campagna, era stato preteso dall'appellata amministrazione il versamento della **cauzione** definitiva ed il pagamento di una somma a titolo di rimborso spese, che non trovava alcuna ragione d'essere: né, quanto a quest'ultimo appalto, poteva affermarsi -come erroneamente sostenuto dallo IACP nella propria memoria di costituzione- alcuna causa di improcedibilità del ricorso, atteso che l'amministrazione ebbe ad invitare l'appellante a stipulare il contratto d'appalto soltanto numerosi anni dopo l'aggiudicazione.

L'appellata amministrazione si è costituita in giudizio depositando una articolata memoria e chiedendo la declaratoria di inammissibilità, ovvero il rigetto del gravame.

Il Giudice amministrativo era carente di giurisdizione in ordine alle vicende concernenti la stipula (o la omessa stipula del contratto); in ogni caso, era palese la infondatezza del ricorso in appello, sol che si consideri che le lettere d'invito subordinavano, espressamente, la stipula dei contratti (e, a monte, la stessa efficacia dell'aggiudicazione) al rilascio del nulla-osta comunale sulla disponibilità dei suoli.

La carenza di tale elemento non era imputabile all'amministrazione appellata (e peraltro, quanto ai lavori relativi al Comune di Campagna, detto elemento era positivamente sopravvenuto, e parte appellante aveva comunicato di non volersene avvalere, rinunciando alla stipula del contratto cui era stata invitata).

Nessun profilo di responsabilità, pertanto, come esattamente rilevato dai primi giudici, poteva sussistere in capo all'IACP della Provincia di Salerno.

La sentenza appellata, corretta ed immune da emende, doveva essere confermata.

DIRITTO

L'appello deve essere parzialmente accolto, nei termini di cui alla motivazione che segue, e, conseguentemente, la sentenza deve essere parzialmente riformata.

Preliminarmente rispetto all'esame del merito delle doglianze dedotte dall'appellante devono essere esaminate le censure di natura processuale dalle parti devolute all'attenzione della Sezione. Esse sono infondate.

Sussiste senz'altro, avuto riguardo alla causa petendi ed al petitum risarcitorio avanzato dall'appellante originaria ricorrente in primo grado la giurisdizione del plesso amministrativo, in armonia con il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "l'art. 6 l. 21 luglio 2000 n. 205, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo unicamente le controversie relative «a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale». Ne consegue che esulano da tale giurisdizione e rientrano in quella del giudice ordinario tutte le liti afferenti ad una fase successiva alla stipula di un contratto di appalto, in quanto investono diritti soggettivi e comunque vicende nelle quali non assumono alcuna incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a.”([Consiglio Stato , sez. V, 11 gennaio 2006, n. 39](#)).

Quale logico corollario di tale premessa la giurisprudenza ha condivisibilmente affermato che “rientra nella giurisdizione del g.a. la controversia nella quale la società fa valere la sua pretesa diretta a stipulare ed eseguire il contratto mirando ad ottenere una sentenza sostitutiva in luogo del

contratto con un meccanismo che riprodurrebbe nel settore dei contratti della p.a. l'esecuzione dell'obbligo a contrarre disciplinata nei rapporti interprivati dall'art. 2932 c.c.; ciò in quanto si è in una fase anteriore alla stipula del contratto e alla sua esecuzione, fase regolata da principi di diritto pubblico e in cui l'interesse generale sotteso alla disciplina dei contratti degli enti pubblici e i relativi poteri riconosciuti agli enti stessi tra i quali è compreso proprio quello di non procedere alla stipula ove sussistano interessi pubblici pregiudicati dalla esecuzione del contratto già aggiudicato, non consentono la configurazione di pretese fondate su diritti soggettivi perfetti ma solo posizioni di interesse legittimo al corretto uso di tali poteri.”([Consiglio Stato , sez. V, 10 maggio 2005, n. 2344](#))

Nel caso di specie, non soltanto i contratti non vennero stipulati (né mai lo furono, ed anzi, la controversia attiene proprio a tale accadimento storico), ma l'amministrazione ritenne di non potere addivenire alla stipulazione dei medesimi a cagione della omessa emissione da parte di altra amministrazione di provvedimenti che dei contratti costituivano antecedente logico-giuridico (rectius: presupposto condizionante).

Sussiste senz'altro la giurisdizione del GA in subiecta materia (a prescindere dalla circostanza che non venne chiesta l'emissione di sentenza ex art. 2932 cc, ma la mera attribuzione di tutela risarcitoria).

Ad abundantiam può sul punto rilevarsi che la costante giurisprudenza amministrativa ha costantemente ritenuto che anche in caso di esercizio del potere di annullamento in autotutela dei provvedimenti relativi ad un contratto già in fase di esecuzione, sussiste la giurisdizione del g.a., in quanto appartiene a tale giurisdizione la risoluzione di tutte le controversie relative alla fase successiva alla stipula del contratto, ivi comprese quelle relative ad un provvedimento di sostanziale risoluzione del contratto medesimo, tranne nelle ipotesi in cui si faccia questione di inadempienze contrattuali, nel qual solo caso, infatti, vertendosi in materia di posizioni paritetiche, la giurisdizione apparterebbe al g.o.

Nel caso di specie, ovviamente, non si verte in alcuna fattispecie di inadempimento astrattamente ascrivibile all'appellante e temporalmente successivo alla stipula del contratto: ne consegue che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo e che deve essere disattesa la contraria tesi prospettata dall'appellata amministrazione.

Quanto alla eccezione processuale avanzata dalla società appellante ed afferente alla erroneità della disposta riunione per carenza dell'elemento della connessione, deve rilevarsi che essa è certamente priva di pregio nel merito, stante la palese connessione oggettiva -e parziale identità- tra le questioni fattuali e giuridiche in ordine alle quali è stata resa le sentenze in epigrafe (si veda, sul punto, ex multis, [Consiglio Stato , sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3415](#), laddove si è condivisibilmente affermato che, addirittura, “possono essere riuniti e definiti con un'unica decisione gli appelli rivolti avverso sentenze diverse, ove comportanti la soluzione di identiche questioni sollevate nei riguardi dei medesimi provvedimenti impugnati in primo grado”).

Sotto altro profilo, la condivisibile giurisprudenza amministrativa ha costantemente ritenuto che “la riunione dei ricorsi per ragioni di connessione prevista dall'art. 52 r.d. 17 agosto 1907 n. 642 presuppone esclusivamente che ricorrano motivi di economia processuale, discrezionalmente apprezzabili dal giudice, che rendono opportuna la decisione contemporanea di più controversie.” (Consiglio Stato, sez. V, 17 gennaio 1994, n. 30), spingendosi ad affermare che “la riunione dei ricorsi costituisce una valutazione discrezionale del giudice insindacabile in appello.” (Consiglio Stato, sez. V, 6 luglio 1992, n. 628).

La censura in oggetto deve quindi certamente essere disattesa perché infondata nel merito, ai limiti della inammissibilità.

Nel merito, sono infondate e devono essere respinte le doglianze postulanti la responsabilità colposa dell'appellata amministrazione ed il conseguente petitum risarcitorio.

Merita invece accoglimento, come meglio sarà chiarito nel prosieguo della presente esposizione, la doglianza relativa alla restituzione (esclusivamente con riferimento all'appalto da eseguirsi presso il Comune di Campagna) in favore dell'appellante della somma versata a titolo di **cauzione** definitiva e di quella versata a titolo di rimborso spese.

Quanto alla più ampia questione relativa al petitum risarcitorio, ed alla ravvisabilità in capo all'amministrazione appellata di una responsabilità a titolo di colpa, la Sezione dissente dalla ricostruzione prospettata nel ricorso in appello.

Invero il punto dal quale è necessario trarre le mosse è rappresentato dalla considerazione che l'art. 2043 CC (felicitemente definita "grundnorm" del sistema protettivo delle posizioni giuridiche attive individuali) è norma immediatamente precettiva: discende da ciò in via immediata la necessità di affermare che al soggetto ingiustamente leso pertenga la tutela risarcitoria anche a fronte di condotte rese dall'amministrazione in violazione di posizioni soggettive di interesse legittimo.

Nel caso di specie, secondo l'insegnamento della giurisprudenza civilistica (si veda [Cassazione civile, sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629](#) secondo la quale "la posizione dell'imprenditore che abbia fatto legittimo affidamento nella aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che ne ignorasse, senza sua colpa, una causa di invalidità è specificamente presa in considerazione dall'art. 1338 c.c. Con la conseguenza che in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità contrattuale prevista dalla norma per avere generato nell'impresa dal momento dell'aggiudicazione, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto; nonché per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione, e quello di astenersi dalla stipulazione del negozio che doveva sapere invalido rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione.) potrebbe astrattamente ricorrere una ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale: essa costituisce species di quella regolata ex art. 2043 cc, ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili.

La Sezione ha sul punto affermato che nel processo amministrativo la tutela risarcitoria, oramai accessibile in via generale dopo la l. n. 205 del 2000, può essere assicurata attraverso la reintegrazione in forma specifica, o attraverso il risarcimento per equivalente, ma questa modalità ha carattere sussidiario rispetto alla prima, che più puntualmente risponde al principio della effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività provvedimento o materiale della p.a., perciò il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto solo in quanto il ricorrente abbia espressamente limitato la propria domanda a detta modalità risarcitoria. ([Consiglio Stato, sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6960](#)).

Perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, tuttavia, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato.

Quanto a tale aspetto, la Sezione, in passato, ha avuto modo di evidenziare il ridotto onere dimostrativo che grava in subiecta materia sul privato, atteso che “fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della p.a., tra cui quella in esame, all'interno della responsabilità extracontrattuale, non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. ([Consiglio Stato , sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981](#)).

Ritiene la Sezione che esattamente il Tar abbia rilevato che la condotta serbata dall'amministrazione appellata sfugga a qualsivoglia giudizio di riprovevolezza.

E ciò sotto tre distinti profili.

Il primo di essi, attiene alla clausola, contenuta nella lettera invito, dalla quale si ricava che l'approvazione dell'IACP costituiva condizione per la stipula del contratto e, di converso, che la mancata approvazione impediva l'insorgere di qualsivoglia pretesa risarcitoria (si veda, sia pur con riferimento a differente fattispecie, Consiglio Stato , sez. V, 24 marzo 2001, n. 1702, in tema di legittimità delle clausole condizionanti apposte all'atto amministrativo).

Ma anche prescindendo dalla clausola in esame, ed in disparte l'ampiezza della medesima (non limitata, come si sostiene erroneamente nel ricorso in appello all'unico evento relativo al mancato finanziamento delle opere da parte della Regione), ugualmente non sussisterebbe alcuna responsabilità dell'amministrazione appellata, in ossequio ai principi generali in tema di sussumibilità della condotta nel paradigma di cui all'art. 2043 cc.

Ciò perché, sotto il profilo causale, la Sezione condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale

“per poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che leghi il fatto come descritto al danno. Per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli art. 40 e 41 c.p.: sulla base della teoria della condicio sine qua non, la condotta risulta causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato; il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. “ ([Consiglio Stato , sez. V, 08 marzo 2006, n. 1228](#)).

Nel caso in questione la omessa stipula conseguì causalmente ad una condotta di Enti diversi, e ad essa fu eziologicamente ricollegabile: non è dato individuare un collegamento, sotto il profilo causale “puro” che la renda riconducibile alla sfera giuridica dell’amministrazione appellata.

Il collegamento, per il vero, è in astratto ipotizzato dall’appellante avuto riguardo al “mancato sollecito” da parte dello IACP, e/o comunque alla condotta acquiescente di quest’ultima resa con riferimento alle condotte delle amministrazioni comunali.

Il mezzo non è persuasivo.

La Sezione non ignora che dottrina e giurisprudenza hanno in passato elaborato il principio per cui il potere dell’amministrazione di non dare corso all’aggiudicazione con la stipula del contratto incontra un limite insuperabile nei principi di buona fede e correttezza alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la p.a. e nella tutela dell’affidamento ingenerato. Da quanto precede deve ritenersi sussistente la colpa dell’amministrazione che addivene alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell’omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale.

Tale ipotesi, tuttavia, non ricorre nel caso de quo, laddove (in disparte, lo si ripete, l’ampia formulazione della clausola della lettera-invito, ricomprensiva dell’evento in questione) le amministrazioni comunali che non emisero il nulla-osta richiesto non rientravano nella sfera di controllo/vigilanza dell’ente interessato: impregiudicate le ragioni (il tema non rientra tra quelli devoluti alla cognizione della Sezione) per cui ciò avvenne, non si vede quale sia la “rimproverabilità” ascrivibile alla condotta dello IACP.

Il petitum risarcitorio deve pertanto essere disatteso.

Su un punto (connesso a quello sinora esaminato, ma distinto, atteso che piuttosto che di “risarcimento” deve discorrersi di “ripetizione”) però, il gravame merita accoglimento.

Quanto all’appalto per lavori da effettuarsi nel comune di Campagna, l’amministrazione appellata ha sollecitato (infondatamente, per quanto ci si appresta a rilevare di seguito) la emissione di una pronuncia di improcedibilità del gravame, a cagione della circostanza che alla ditta appellante è stata offerto da parte dello IACP di addivenire alla stipulazione del contratto di appalto (si veda pag.3 della memoria depositata in atti).

Senonchè, la stessa appellata IACP ha lealmente evidenziato che (soltanto) “successivamente alla sentenza di primo grado si sono verificate le condizioni per addivenire alla esecuzione dei lavori ed alla stipula del contratto”.

E che in data 12.2.2003 è stata dall’appellata inviata una nota all’impresa appellante con la quale la si invitava alla stipula del contratto (nota riscontrata negativamente dall’impresa Figo).

Orbene, tale evento, assai tardivo, ed addirittura temporalmente successivo alla sentenza di primo grado, non rientra nel paradigma normativo del Decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 106, (art. 4: “la stipulazione del contratto di appalto deve avere luogo entro 30 giorni dalla data del deliberamento nel caso di gara o della comunicazione all’impresa dell’accettazione dell’offerta nel caso di trattativa privata o di appalto concorso. L’emanazione del decreto di

approvazione deve avvenire entro 60 giorni dalla data di stipulazione del contratto.”) e non consente l’emissione di alcuna declaratoria di improcedibilità, in parte qua, del gravame.

La costante giurisprudenza di legittimità, peraltro, ha sul punto ritenuto che “in tema di appalto di opere pubbliche, qualora, dopo la aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto non segua nel termine di trenta giorni, per fatto imputabile alla amministrazione appaltante, trova applicazione analogica il comma 4 dell’art. 4 del capitolato generale approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, che disciplina espressamente l’ipotesi in cui, avutasi la stipulazione del contratto nel termine di trenta giorni, ne tarda però l’approvazione per oltre sessanta giorni.” ([Cassazione civile, sez. I, 01 marzo 1989, n. 1101](#), ma si veda anche, Cassazione civile, sez. I, 03 ottobre 1983, n. 5751, laddove si è affermato che “l’art. 4, comma 4, del capitolato generale d’appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, ove prevede il diritto dell’aggiudicatario di svincolarsi da ogni impegno per il caso di mancata approvazione del contratto nel termine di sessanta giorni, comporta che tale diritto dell’aggiudicatario debba essere, a maggior ragione, riconosciuto nel caso di mancata stipulazione del contratto medesimo entro quel termine. “).

L’odierna appellante, nel 2003, aveva già convenuto innanzi al Tar l’amministrazione ed era già stata resa sentenza di primo grado: la nota in oggetto non può determinare alcuna improcedibilità del gravame.

Di più.

Sebbene per quanto si è dianzi affermato non sia stata ritenuta ravvisabile alcuna condotta colposa dell’amministrazione è parimenti esatto rilevare che neppure alcun addebito può muoversi all’impresa appellante.

Ne consegue il diritto di quest’ultima, (erroneamente non riconosciuto dai primi Giudici) ad ottenere la ripetizione della somma eventualmente incamerata dall’amministrazione a titolo di **cauzione** e di quella che l’appellata amministrazione avrebbe trattenuto a titolo di rimborso spese di gara e di contratto.

Dette somme, maggiorate degli interessi come per legge, devono essere restituite all’appellante.

Alla stregua delle superiori considerazioni il ricorso in appello deve essere parzialmente accolto (con esclusivo riferimento al doveroso obbligo di restituzione delle somme incamerate con riguardo all’appalto da eseguirsi nel territorio del comune di Campagna) con parziale riforma della appellata sentenza (che deve essere per il resto integralmente confermata), laddove tale obbligo di restituzione non è stato previsto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali sostenute dalle parti in relazione alla particolarità della situazione di fatto sottesa alla controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe lo accoglie parzialmente, nei termini di cui alla motivazione, e, per l’effetto riforma parzialmente l’appellata sentenza e condanna l’amministrazione appellata alla restituzione delle somme incamerate con riguardo all’appalto da eseguirsi nel territorio del comune di Campagna, maggiorate degli interessi come per legge.

Spese compensate .

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

Così deciso in Roma, il 6 giugno 2008, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone Presidente

Paolo Buonvino Consigliere

Domenico Cafini Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere

Fabio Taormina Consigliere Rel.

Presidente

Claudio Varrone

Consigliere Segretario

Fabio Taormina Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il....10/09/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 2324/2003

CA