



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4145 del 2009, proposto da:
Capobianco Siniscalco Clementina, in qualità di erede di Siniscalco Falco,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Tucci ed Enzo Augusto, con domicilio
eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Mazzini 73, sc. B, int. 2;

contro

Comune di Foggia, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Paparella, con
domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01285/2008, resa tra le
parti, concernente affidamento appalto progetto e direzione lavori impianto di
termodistruzione rsu – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Tucci, anche su delega dell'avv. Enzo Augusto e Francesco Paparella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio è originato dalla domanda formulata dall'ing. Falco Siniscalco nei confronti del Comune di Foggia, di risarcimento danni da perdita della *chance* di aggiudicarsi il contratto per la redazione del progetto esecutivo e prestazioni specialistiche e connesse, nonché direzione lavori, relativi ad un impianto di termodistruzione di rifiuti solidi urbani ed assimilabili, con produzione di energia, di cui alla licitazione privata indetta dall'amministrazione convenuta con bando pubblicato il 19 ottobre 1996.

2. L'ing. Siniscalco, classificatosi secondo, impugnava davanti al TAR Puglia – sede di Bari l'aggiudicazione in favore dell'associazione liberi professionisti ing. Pennacchia, ottenendone l'annullamento con sentenza n. 545 del 24 luglio 1997, confermata da questa Sezione con decisione n. 4964 del 20 settembre 2001.

La separata azione risarcitoria è stata tuttavia respinta dal medesimo Tribunale amministrativo con la sentenza appellata.

Il Giudice di primo grado ha reputato scusabile l'errore in cui era incorsa l'amministrazione aggiudicatrice, consistito nel non essersi avveduta che l'associazione aggiudicataria aveva inserito nella propria offerta, tra le spese per prestazioni specialistiche accessorie, una serie di prestazioni che in base alla legge professionale n. 143/1949 (*"Approvazione della tariffa professionale degli ingegneri ed architetti"*) andavano invece incluse tra gli onorari, così da ottenere una riduzione di quest'ultimo tale da farlo apparire il più vantaggioso.

Il TAR adito ha poi giudicato incolpevole il ritardo con il quale il Comune aveva riscontrato le diffide dell'odierno ricorrente volte ad eseguire il giudicato, fino alla revoca della procedura di gara, disposta in seguito alla perdita del finanziamento regionale (delibera di giunta comunale in data 9 ottobre 2001). Ciò in ragione, in primo luogo, della situazione di incertezza determinatasi in seguito alla statuizione di annullamento dell'aggiudicazione, avendo l'associazione controinteressata proposto dapprima appello, con istanza di sospensione della sentenza, e quindi un'ulteriore impugnativa, anch'essa corredata da istanza cautelare, davanti al medesimo TAR e volta a contestare l'ammissione alla gara di Siniscalco; ed in secondo luogo del carattere autoesecutivo dell'annullamento dell'aggiudicazione da quest'ultimo ottenuta.

3. Nel presente appello lo stesso deduce che:

- il TAR ha falsamente applicato le regole in materia di colpa della pubblica amministrazione derivante da attività provvedimento illegittima, essendo nel caso di specie l'elemento soggettivo in questione ampiamente comprovato dalla evidente difformità dell'offerta prima classificata rispetto alla lettera di invito, circostanza di cui si era avveduta la stessa stazione appaltante (nella delibera di approvazione degli atti di gara ed aggiudicazione, n. 750 del 14 maggio 1997), che ciò nondimeno aveva disposto l'aggiudicazione in favore della stessa;
- lo stesso Giudice di primo grado è incorso in una non corretta valutazione delle risultanze di prova, non valorizzando il fatto che una prima diffida era già stata inoltrata al Comune di Foggia nel novembre 1997, all'indomani della statuizione giudiziale di annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, a fronte della quale l'amministrazione, ottenuta dalla Regione Puglia diniego di proroga e conferma del termine fino al 31 marzo 1998 per il completamento della procedura di affidamento necessaria ad ottenere l'erogazione del finanziamento a

copertura delle spese del contratto di progettazione, non dava seguito attraverso l'aggiudicazione in proprio favore, pur disponendo dei tempi all'uopo necessari.

Tutto ciò premesso, insiste nella domanda risarcitoria già svolta in primo grado, suddivisa nelle seguenti voci:

- a titolo di danno emergente, € 100.659,53, quale equivalente del compenso per prestazioni professionali svolte per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara e l'approntamento dei relativi progetti (importo di cui alla parcella vidimata depositata in atti, suddiviso in € 94.738,38 per onorari ed il resto per rimborso spese forfetarie al 5%); in subordine, si chiede la somma che verrà ritenuta, se del caso a mezzo apposita Ctu, di giustizia;

- a titolo di lucro cessante, l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto, assumendosi nel caso di specie che sussisterebbero i presupposti per quantificare posta risarcitoria in misura superiore a quella forfetariamente ricavabile applicando il 10% del valore dell'appalto ex art. 345 l. n. 2248/1865, all. F, proponendosi nel caso di specie, le seguenti somme: € 344.600,32 per utile netto per l'attività di direzione lavori; € 162.000,00 per mancato impiego dei progettisti, indicati nell'offerta presentata in gara, che sarebbero stati impiegati nell'attività di progettazione;

- danno curriculare pari ad € 816.740,61, o, in via subordinata, pari al 10% della base d'asta e dunque € 89.506,61, o ancora, in via ulteriormente subordinata, alla somma ritenuta di giustizia;

- danno da ritardo, forfetariamente quantificato in € 25.000,00.

3.1 Il Comune di Foggia si è costituito in resistenza.

Stante il decesso nelle more dell'appellante, si è costituita in prosecuzione l'erede Clementina Capobianco.

All'udienza del 23 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. L'appello merita accoglimento nei termini di seguito esposti:

- il Collegio reputa innanzitutto che il TAR abbia male valutato le risultanze di prova, dalle quali emerge in modo chiaro la colpa d'apparato necessaria ad integrare l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043 cod. civ. allorché tale fattispecie di responsabilità per fatto illecito viene applicata all'attività provvedimentale della pubblica amministrazione;

- in fatto, giova osservare come non sia contestata, essendo ricavabile dalla pronuncia di questa Sezione n. 4964 del 20 settembre 2001 che ha definito il giudizio di annullamento, la palese violazione della legge di gara in cui l'amministrazione odierna appellata è incorsa nell'aggiudicare all'associazione liberi professionisti ing. Pennacchia il contratto, benché quest'ultimo avesse richiesto un compenso complessivo pari a lire 3.260.000.000, contro l'ammontare di lire 1.733.089.650 di cui all'offerta dell'ing. Siniscalco;

- nella citata pronuncia la Sezione ha colto l'illegittimità della mancata esclusione della prima, a dispetto di espressa comminatoria contenuta nella lettera d'invito, consumatasi *"in palese difformità da quanto previsto nella lettera di invito"*, a causa del fatto che *"una parte dell'onorario è stata inclusa, in via indiretta, sulle spese accessorie e conglobate"*; circostanza che pure era stata rilevata nella delibera n. 750/1997 di aggiudicazione definitiva.

Non emerge in alcun modo, quindi, un profilo di scusabilità dell'errore in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante.

4.1 L'appellante ha poi ragione a dolersi dell'ingiustificato ritardo con cui l'amministrazione ha eseguito la sentenza di annullamento di primo grado.

Innanzitutto non è condivisibile quanto sostenuto dal TAR a proposito del valore del giudicato di annullamento ottenuto dall'odierno appellante, e cioè che, stante il suo carattere autoesecutivo, lo stesso deve considerarsi di per sé soddisfacente dell'interesse azionato.

E' agevole replicare in contrario che l'interesse sotteso all'impugnativa colà svolta è di tipo pretensivo, come tale necessitante per la sua integrale e piena soddisfazione di una conforme attività esecutiva da parte del Comune di Foggia soccombente, consistente nel caso di specie nell'adozione di un provvedimento di aggiudicazione a favore di Siniscalco, in quanto secondo graduato.

4.2. Va poi osservato che, quand'anche volesse apprezzarsi la questione della responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice sotto il profilo della colpa aquiliana (in contrario si ricorda quanto stabilito dalla Corte di Giustizia Ue nella sentenza 30 settembre 2010, in C-314/09), non vi è dubbio che il Comune di Foggia sia colpevole per il comportamento tenuto e precisamente:

- per non avere dapprima riscontrato la diffida ad adempiere in data 25 novembre 1997, notificatagli dall'ing. Siniscalco dopo il rigetto dell'istanza cautelare connessa alla separata impugnativa proposta dall'associazione controinteressata;
- quindi, per avere lasciato spirare il termine del 31 marzo 1998 per ottenere il finanziamento regionale senza avere in alcun modo riattivato il procedimento di gara, attraverso appunto l'aggiudicazione del contratto in favore di quest'ultimo.

A questo specifico riguardo, sono inconferenti le considerazioni espresse dal TAR in relazione allo sviluppo del contenzioso, visto che a quella data la statuizione demolitoria dell'aggiudicazione in favore della controinteressata non è stata (né lo sarà poi) sospesa o riformata.

Ciò avuto riguardo agli inequivoci disposti dei commi 1 e 2 dell'art. 33 l.n. 1034/1971, in allora vigente, che statuivano, rispettivamente, il carattere esecutivo delle sentenze di primo grado, e l'assenza di effetto sospensivo dell'appello.

Di fronte a tale insuperabile dato normativo, risulta evidentemente sfornita di qualsiasi fondatezza la difesa con cui l'amministrazione appellante protesta di non essere colpevole, fondata su un supposto atteggiamento di prudenza e di attesa dell'esito del contenzioso sulla gara.

In realtà, lungi dal potersi configurare nel caso di specie un'inerzia scusabile, il Comune di Foggia ha pervicacemente resistito alla legittima pretesa dell'ing. Siniscalco, fino al giudicato intervenuto nel settembre 2001, vanificando l'esito di quest'ultimo con la revoca della gara, disposta solo il mese successivo, adducendo al riguardo la perdita del finanziamento regionale, laddove il termine di scadenza per questo era ormai ampiamente spirato. Un simile contegno rende evidente la preordinazione con cui l'amministrazione ha inevaso la legittima pretesa altrui, attendendo strumentalmente l'esito del giudizio d'appello per poi comunicare un motivo ostativo all'esecuzione del giudicato già noto più di due anni prima.

4.3 Va ancora soggiunto, con riguardo alle difese di parte appellata, che è inconferente il richiamo al principio della pregiudizialità amministrativa, quale causa di esclusione del risarcimento del danno, che si pretende di applicare alla fattispecie oggetto del presente giudizio in ragione del fatto che l'ing. Siniscalco non ha impugnato la delibera di revoca della gara.

In contrario è agevole osservare che:

- la pregiudizialità amministrativa è stata superata dal codice del processo amministrativo e dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011, n. 3), con valenza ricognitiva anche per il passato;
- si è affermato in detta pronuncia che l'omessa impugnazione di un atto lesivo può rilevare unicamente ai fini del riconoscimento o della quantificazione del danno, quale comportamento (rispettivamente) determinante o meramente concausale del pregiudizio subito, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 cod. civ.;
- ciò precisato, nel caso di specie nessun rilievo, nemmeno concausale, assume l'omessa impugnazione di detta delibera di revoca, visto che la stessa è motivata per assenza di copertura finanziaria del contratto, causa che, come del resto deduce lo stesso Comune di Foggia, legittima di per sé sola l'esercizio di detto potere di autotutela.

5. Può dunque scendersi all'identificazione delle poste risarcibili ed alla loro quantificazione.

5.1 Innanzitutto, contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, nulla spetta a titolo di danno emergente, quantificato in € 100.659,53, quale compenso per prestazioni professionali svolte per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, di cui alla predetta parcella vidimata prodotta in giudizio.

Al contrario, essa va sottratta dal *quantum* risarcibile.

Giova in proposito ricordare che il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione qui fatto valere è funzionale al ristoro dell'interesse positivo, che consiste nel mancato conseguimento delle utilità economiche che l'ing. Siniscalco avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto posto a gara.

Per contro, le spese sostenute per partecipare a quest'ultima costituiscono poste risarcibili nell'ambito del c.d. interesse negativo, azionabile in ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice (ad es. in caso di illegittima revoca dell'aggiudicazione o ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto).

In altri termini, poiché nel caso di specie si verte in ipotesi di danno da mancata aggiudicazione, risarcibile per equivalente unicamente con riguardo al risultato netto patrimoniale che il soggetto danneggiato avrebbe conseguito per effetto dell'aggiudicazione illegittimamente negatagli, nella determinazione del risultato netto patrimoniale occorre conseguentemente detrarre le spese di partecipazione dal concorrente, poiché queste sarebbero state definitivamente a carico dello stesso anche in caso di aggiudicazione.

Ad opinare in contrario si giungerebbe infatti ad arricchire il danneggiato, in palese violazione della funzione reintegratoria del rimedio risarcitorio.

5.2 Tanto precisato, trattandosi di professionista, occorre avere riguardo al compenso offerto in sede di gara per le prestazioni di progettazione e direzione lavori.

Chiaramente esso costituisce solo la base di partenza per il calcolo del margine netto, ottenibile attraverso la deduzione dei costi necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di contratto; costi che lo stesso appellante individua correttamente nelle spese da sostenere nell'espletamento dell'incarico e nelle imposte.

Il quale appellante quantifica forfetariamente nel 30% dell'onorario i primi e nel 45% di ciò che residua le seconde.

Il Collegio reputa congrua quest'ultima percentuale e la prima eccessivamente sottostimata, apparendo maggiormente aderente alle notorie condizioni di normale operatività dei professionisti una quantificazione di dette spese nella percentuale del 60%. Del resto, la stessa parte appellante non ha mancato di osservare che per lo svolgimento dell'incarico era stata prevista la partecipazione di ben 14 ingegneri ed 1 dottore in giurisprudenza (pag. 21 dell'atto di appello).

5.3 Il danno da ritardo non spetta.

Come poc'anzi detto, l'illegittimo comportamento tenuto dall'amministrazione viene infatti ristorato per equivalente ed in via integrale attraverso il riconoscimento del risultato netto derivante dal contratto, il quale rappresenta il bene della vita sottostante all'interesse legittimo fatto valere dall'ing. Siniscalco, cosicché ogni profilo di doglianza per il ritardo con cui l'amministrazione si è determinata è in esso necessariamente assorbito.

Va ancora soggiunto che la fattispecie qui in decisione è anteriore alla fattispecie risarcitoria di danno da ritardo "mero" introdotta dalla l.n. 69/2009 (*"Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"*), attraverso l'art. 2-bis l.n. 241/1990, mentre, in contrario con quanto opina

l'odierna parte appellante, non giova richiamare il meccanismo indennitario automatico di cui all'art. 17, comma 1, lett. f), della legge n. 59/1997 (*“Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa”*), visto che la stessa non ha mai trovato attuazione.

6. Tirando le fila del discorso, dal compenso presentato in sede di gara, convertito in divisa corrente in € 895.066,10, vanno sottratte le spese per la formulazione dell'offerta, quantificate dalla stessa parte appellante in € 100.659,53, così ottenendosi l'ammontare di € 794.406,57.

Da quest'ultimo importo vanno sottratte le spese, nella percentuale sopra stabilita, e dall'importo in tal modo ottenuto, pari ad € 317.762,63 va dedotta l'imposizione fiscale, per un risultato netto dopo le imposte di € 174.769,44, cui parte appellante ha diritto a titolo risarcitorio, previa riduzione di 2/3, in quanto partecipante alla gara nell'ambito un raggruppamento di 3 progettisti (in termini si richiama la recente pronuncia di questa Sezione, 5 giugno 2012, n. 3314), e dunque per un totale finale di € 57.673,91.

Per quanto concerne il danno da mancata referenza dovuto alla perdita del contratto, si ritiene congruo ai sensi del combinato disposto degli artt. 2056 e 1226 cod. civ. la somma di € 8.950,66, pari all'1% del compenso lordo offerto in gara.

7. In conclusione, l'appello va accolto nei termini sopra esposti e, in accoglimento del ricorso di primo grado, il Comune di Foggia condannato a pagare le somme poc'anzi stabilite.

Trattandosi di debito di valore sulla sorte capitale competono la rivalutazione, secondo l'indice Istat dei prezzi al consumo di famiglie di operai ed impiegati tempo per tempo vigente, nonché gli interessi legali sulla somma annualmente rivalutata. Per quanto concerne la decorrenza di tali accessori, questa va stabilita in via convenzionale nel momento in cui il defunto progettista avrebbe ottenuto il

pagamento delle proprie prestazioni; momento individuabile nel caso di specie, tenuto conto della natura dell'attività (comprendente attività di direzione lavori di un impianto di termodistruzione di rifiuti) e della usuale tempistica di pagamento delle pubbliche amministrazioni, in due anni dall'aggiudicazione.

In punto spese del doppio grado di giudizio, liquidate in dispositivo, non si ravvisano ragioni per derogare al criterio della soccombenza.

Infine, visto quanto detto sopra a proposito del contegno tenuto dall'amministrazione resistente, si ritiene doveroso trasmettere, a cura della Segreteria, la presente pronuncia alla competente Procura regionale della Corte dei conti, per le determinazioni di sua competenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, condanna il Comune di Foggia a risarcire a Clementina Capobianco la somma stabilita in motivazione.

Condanna l'amministrazione comunale resistente a rifondere a parte appellante le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in € 10.000,00, oltre agli accessori di legge.

Dispone la trasmissione della presente sentenza alla Procura regionale della Corte dei conti per la regione Puglia, mandando alla Segreteria per l'incombente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2013

IL SEGRETARIO

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