

N. 00857/2015REG.PROV.COLL.  
N. 01320/2014 REG.RIC.  
N. 01480/2014 REG.RIC.



**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 1320 del 2014, proposto dal Comune di San Ferdinando di Puglia, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabiano Amati, con domicilio eletto presso Giovanni Antonio Rampino in Roma, viale di Villa Pamphili 33;

***contro***

Links Management & Technology s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina 26;

sul ricorso numero di registro generale 1480 del 2014, proposto dalla Links Management & Technology s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone 78;

***contro***

Comune di San Ferdinando di Puglia, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabiano Amati, con domicilio eletto presso Giovanni Antonio Rampino in Roma, viale di Villa Pamphili 33;

*per la riforma*

quanto ad entrambi gli appelli:

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE II, n. 1534/2013, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto del servizio per la valorizzazione del patrimonio culturale ambientale della “Puglia imperiale”.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione delle parti rispettivamente appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2015 il Consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Aldo Loiodice, su delega dell'avvocato Fabiano Amati, e Saverio Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Links Management & Technology s.p.a. impugnava davanti al TAR Puglia – sede di Bari, la deliberazione giunta del 16 gennaio 2013 n. 15, con cui il Comune di San Ferdinando di Puglia aveva annullato in autotutela la procedura di affidamento del servizio di valorizzazione del patrimonio culturale ambientale e di *tourist automation* per l'itinerario turistico - culturale normanno – svevo - angioino (indetta con determinazione dirigenziale n. 401 del 27 luglio 2010), nella quale la ricorrente era stata dichiarata aggiudicataria definitiva in raggruppamento temporaneo con Telecom Italia s.p.a. (con determinazione n. 293 dell'1 settembre 2011).

2. Il TAR adito respingeva la domanda di annullamento, giudicando l'atto di autotutela legittimamente fondato sul presupposto della sopravvenuta mancanza di copertura finanziaria del contratto posto a gara.

Accoglieva tuttavia la domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale contestualmente azionata dalla società ricorrente.

Il giudice di primo grado riteneva infatti colpevolmente violato dall'amministrazione il dovere di comportarsi secondo buona fede sancito dall'art. 1337 cod. civ., perché, pur consapevole sin dall'indizione della gara dell'incerta copertura di spesa, la stessa aveva nondimeno portato a compimento la procedura di affidamento del contratto e autorizzato l'aggiudicataria ad anticiparne l'esecuzione (con nota del responsabile unico del procedimento n. 77405 del 7 dicembre 2011).

Condannava pertanto il Comune di San Ferdinando di Puglia al risarcimento dei danni, che quantificava nella misura del 75% della fornitura, come attestata dall'amministrazione nel primo stato di avanzamento, a fronte del quale l'aggiudicataria aveva emesso fattura per l'importo di € 325.778,96, liquidata dall'amministrazione (con nota del responsabile unico n. 3473 del 2 marzo 2012), e rimasta nondimeno insoluta, e dunque per una somma pari ad € 244.334,22, oltre Iva ed interessi legali dalla data della sentenza.

3. Il Comune e la società ricorrente hanno proposto separati appelli.

Il primo contesta la condanna al risarcimento pronunciata in proprio danno ed in subordine la giurisdizione amministrativa su tale domanda.

La seconda si duole del rigetto dell'azione impugnatoria e, in via gradata, della mancata quantificazione del danno per l'intera somma fatturata e liquidata dall'amministrazione.

## DIRITTO

1. Trattandosi di appelli proposti nei confronti della medesima sentenza, ne va disposta la riunione ex art. 96 cod. proc. amm..

2. Assume carattere prioritario l'esame del primo motivo dell'appello della Links Management & Technology, in cui è riproposta l'impugnazione della deliberazione giuntale del 16 gennaio 2013 n. 15, di annullamento in autotutela della procedura di affidamento del servizio che la stessa società appellante si era aggiudicata.

3. Confermando la delibazione sommaria espressa da questa Sezione nell'ordinanza cautelare n. 2039 del 16 maggio 2014, il motivo deve essere respinto, così potendosi prescindere dall'eccezione di improcedibilità dell'appello della società sollevata al riguardo dal Comune.

4. Infatti, la delibera impugnata si fonda sul presupposto della mancanza di copertura finanziaria del contratto aggiudicato, debitamente esternato e non efficacemente contraddetto dalla Links Management & Technology con il presente appello.

5. Deve premettersi al riguardo che la procedura in contestazione era stata originariamente inclusa tra quelle finanziate nell'ambito di programma operativo (POR) Puglia 2000 – 2006 del fondo europeo di sviluppo rurale (FESR), e precisamente nella misura 6.2. Più precisamente, il progetto di digitalizzazione e diffusione del patrimonio culturale ed ambientale della "Puglia imperiale" (PIS 12) era stato finanziato con determinazione regionale n. 427 del 23 novembre 2007, per l'importo massimo di € 1.808.100,00, a fronte del quale veniva erogato al Comune di San Ferdinando di Puglia un anticipo di € 542.430,00 (determinazione regionale n. 357 del 22 settembre 2008).

Tuttavia, come puntualmente evidenziato dal giudice di primo grado, il finanziamento era condizionato alla conclusione delle procedure di affidamento entro il termine del 30 giugno 2009, come prorogato dalla Regione.

6. Risulta poi dalla documentazione versata agli atti di causa, di cui dà conto anche la società appellante, che già una prima procedura di affidamento, indetta contestualmente all'erogazione della prima tranche del

finanziamento, era stata annullata per incertezze in ordine al mantenimento della provvista fino alla relativa conclusione. Emerge del pari dall'esame della documentazione versata agli atti di causa che il Comune di San Ferdinando di Puglia ha successivamente perseguito la via della "ricollocazione" del progetto in un altro finanziamento, ottenendo dalla Regione una risposta non risolutiva. Quest'ultima ha infatti significato di non potere assicurare il mantenimento del finanziamento originario e che lo stesso non era stato ricollocato nei progetti finanziabili con le c.d. risorse liberate, di cui alla deliberazione di giunta regionale n. 1719 del 2 agosto 2011 (cfr. le risposte della regione al Comune fornite attraverso l'e-mail del 17 novembre 2010 e la nota 28 novembre 2011 prot. AOO/158-12372, entrambe citate dal TAR).

7. A fronte di tali incontroverse emergenze probatorie non può innanzitutto essere condiviso l'assunto della Links Management & Technology secondo cui la copertura finanziaria del contratto di cui alla procedura ad essa aggiudicata era assicurata dalla determinazione regionale n. 427 del 23 novembre 2007, mai revocata.

In realtà per tale finanziamento era comunque scaduto il termine di efficacia, per cui nessuna formale revoca della provvista era necessaria.

Del pari, questa carenza non era stata supplita attraverso le c.d. risorse liberate, posto che – come chiarito dalla Regione nelle citate comunicazioni – il progetto di digitalizzazione e diffusione del patrimonio culturale ed ambientale della "Puglia imperiale" - PIS 12 non era inizialmente compreso tra i progetti finanziati attraverso questa nuova provvista.

8. In contrario non può essere richiamata la deliberazione n. 2218 del 31 ottobre 2012, il cui allegato elenco ha integrato quello della citata delibera n. 1719 del 2 agosto 2011, tra l'altro includendo anche quello oggetto del presente giudizio.

Decisiva è la circostanza, già valorizzata dal giudice di primo grado, che con tali provvedimenti la Regione ha comunque individuato come termine ultimo il 30 luglio 2010 per assumere un'obbligazione giuridicamente vincolante.

Ebbene, nel caso di specie è pacifico che a tale momento non era intervenuta alcuna stipula del contratto, da cui consegue appunto l'assunzione dell'obbligo giuridicamente vincolante nei confronti dell'appaltatore, attraverso l'iscrizione del relativo impegno di spesa a valere sullo stanziamento a monte, né tanto meno l'aggiudicazione, ma solo la pubblicazione del bando di gara.

Inoltre, non induce a diversa conclusione il fatto che la Regione avesse erogato un acconto di € 542.430,00, giacché l'anticipo in questione trae comunque la propria causa nel finanziamento integrale, senza il quale non sarebbe stata coperta l'intera spesa riveniente dal contratto (nel caso di specie aggiudicato per un importo di € 1.169.000,00).

9. A questo punto deve essere esaminato l'appello del Comune di San Ferdinando di Puglia, perché diretto a contestare nell'*an* la condanna risarcitoria pronunciata dal giudice di primo grado.

Con una prima censura, l'amministrazione assume che il risarcimento liquidato attiene ad un titolo estraneo alla fattispecie della responsabilità precontrattuale ritenuta dal TAR, costituendo l'equivalente di prestazioni di fornitura di materiale informatico ed esecuzione dei servizi di supporto oggetto del contratto posto a gara ed illegittimamente autorizzate dal responsabile unico in assenza della necessaria copertura finanziaria.

Con una seconda doglianza, svolta in via subordinata, il Comune di San Ferdinando di Puglia ripropone l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, evidenziando che il credito azionato dall'aggiudicataria si sostanzia in una pretesa diretta nei confronti del predetto responsabile ai sensi dell'art. 191, comma 4, t.u.e.l., conoscibile dal giudice ordinario.

10. Così precisato il contenuto dell'appello in esame, a dispetto della graduazione svolta dal Comune, assume carattere prioritario l'esame del motivo (secondo) nel quale questo contesta la giurisdizione del giudice amministrativo adito dalla controparte.

Come infatti questa Sezione ha di recente affermato (sentenza 12 novembre 2013, n. 5421), il principio dispositivo, cui pure il processo amministrativo è informato, e che tra l'altro si esplica nella possibilità per la parte di graduare le domande, trova un limite allorché nell'ambito di queste venga posta in discussione la giurisdizione. La relativa questione, infatti, sollecita l'accertamento in ordine all'esistenza di un presupposto processuale avente carattere necessariamente pregiudiziale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, comma 4, cod. proc. amm. e 276, comma 2, cod. proc. civ., giacché ogni statuizione del giudice adito postula che questo sia munito della necessaria *potestas iudicandi* sulla domanda e che, in caso contrario, sulla stessa possa decidere, il giudice che ne sia effettivamente munito, mediante *translatio iudicii* (in questo senso: Ad. plen. 3 giugno 2011, n. 10).

11. Tanto premesso, il motivo è infondato.

La responsabilità fatta valere nel presente giudizio trae infatti origine dallo svolgimento di una procedura di affidamento di pubblici servizi svolta da un soggetto pubblico pacificamente soggetto alle norme di evidenza pubblica. L'ipotesi in questione si colloca quindi nel titolo di giurisdizione esclusiva previsto nell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm., nel quale sono «*incluse*» le controverse risarcitorie.

Si tratta più precisamente dell'azione di condanna per responsabilità precontrattuale, ricondotta alla giurisdizione amministrativa in materia di procedure ad evidenza pubblica dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, anche laddove l'affidamento sull'esito favorevole della gara risulti frustrato dall'adozione di atti di ritiro legittimi (in particolare: Ad. plen. n. 6 del 5 settembre 2005, resa nel vigore dell'ora abrogato art. 6

1. n. 205/2000; da ultimo, nello stesso senso: Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674).

12. Come infatti si evince chiaramente dalla narrativa del ricorso di primo grado, la Links Management & Technology ha domandato, per la denegata ipotesi di legittimo annullamento in autotutela della gara, il ristoro per equivalente delle spese inutilmente sostenute, consistite nelle prestazioni fornite in virtù dell'autorizzazione all'esecuzione anticipata di cui alla nota del r.u.p. in data 7 dicembre 2011, n. di prot. 77405, in vista della stipula del contratto, poi non avvenuta per effetto dell'atto impugnato nel presente giudizio. La società ha dunque azionato una pretesa non già conseguente al mancato pagamento del corrispettivo per le prestazioni eseguite in via anticipata rispetto alla conclusione del contratto, ma derivante dalla violazione del canone di buona fede sancito dall'art. 1337 cod. civ., che in virtù della giurisprudenza poc'anzi richiamata è ritenuta ormai applicabile anche nei confronti della pubblica amministrazione quando aggiudica contratti secondo i moduli dell'evidenza pubblica.

Emerge dunque da questa notazione che la *causa petendi* si correla alla mancata conclusione del contratto, il cui perfezionamento non può farsi discendere dall'avvenuta aggiudicazione definitiva, come fatto palese dall'art. 11, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, ma solo dalla successiva stipula del contratto, nelle forme previste a pena di nullità dal successivo comma 13 della medesima disposizione.

13. La *causa petendi* in questione è poi incompatibile con l'ipotesi della responsabilità da inadempimento, nella quale invece l'amministrazione pretende di collocare la domanda risarcitoria contro di lei proposta.

Infatti, il successivo comma 9 del citato art. 11 del codice dei contratti pubblici, richiamato nell'autorizzazione all'esecuzione anticipata, nel prevedere per l'ipotesi in cui a ciò non segua la stipula che l'aggiudicatario «ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate»,

deve appunto essere ricondotto al paradigma generale dell'art. 1337 cod. civ..

Ciò si evince in particolare dal fatto che il rimedio previsto è appunto limitato al ristoro per equivalente della spesa inerente alla prestazione eseguita in via anticipata, escluso qualsiasi utile di impresa (invece riconosciuto in via forfetaria per il caso di recesso dal contratto d'appalto dall'art. 134 d.lgs. n. 163/2006).

Pertanto, contrariamente a quanto sostiene il Comune appellante, nel chiedere a titolo di risarcimento danni l'equivalente della prestazione eseguita in via anticipata, la società non ha fatto altro che specificare, assolvendo all'onere su di essa gravante ai sensi dell'art. 2697, comma 1, cod. civ., il danno risarcibile e la misura dello stesso, correttamente inquadrandolo in un titolo di responsabilità riconducibile ad una fase antecedente alla stipula del contratto e fondato proprio sul fatto che quest'ultima è mancata.

14. Quanto alle conseguenze in punto giurisdizione derivanti da tale inquadramento, un simile comportamento non può che essere conosciuto dal giudice amministrativo nell'ambito della citata ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo, traendo lo stesso origine da atti compiuti dall'amministrazione nell'esercizio di poteri autoritativi, quali pacificamente sono quelli compiuti nella fase dell'evidenza pubblica, ancorché risultati conformi alle norme di azione concernenti quest'ultima tipologia di attività.

Si tratta in altri termini di comportamenti "amministrativi", ovvero correlati al potere pubblico, così come precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 11 maggio 2006, n. 191, che giustificano dal punto di vista costituzionale la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come parimenti chiarito dalla Corte nella sentenza 6 luglio 2004, n. 204, a causa dell'intreccio di posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo.

La tesi del Comune di San Ferdinando di Puglia condurrebbe invece a tradire la finalità di concentrazione delle tutele costituente il fondamento costituzionale della giurisdizione esclusiva, scindendo la cognizione di una pretesa sostanzialmente unitaria tra due distinti ordini giurisdizionali: quella di annullamento dell'atto di autotutela, sulla cui devoluzione agli organi di giustizia amministrativa non vi è contestazione da parte dell'ente locale, da quella risarcitoria consequenziale.

15. Il rigetto del motivo dell'appello dell'amministrazione sulla giurisdizione conduce alla stessa conclusione anche per l'ulteriore motivo (il primo), nel quale, traslando dal piano della giurisdizione a quello del merito i medesimi assunti, il Comune di San Ferdinando di Puglia ritiene che il credito azionato avrebbe non già natura risarcitoria, ma consisterebbe nella pretesa all'adempimento del corrispettivo per le prestazioni in questione, di cui dovrebbe rispondere il funzionario responsabile ai sensi del citato art. 191, comma 4, d.lgs. n. 267/2000 (t.u.e.l.).

16. Peraltro, nel motivo in esame il Comune contesta anche la condanna risarcitoria emessa dal TAR sotto il profilo della mancata deduzione e prova da parte della società in ordine alle spese inutilmente sostenute per partecipare alla gara, vale a dire al danno emergente risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, negando che in questa ipotesi rientri l'esecuzione anticipata di prestazioni del futuro appalto.

17. Sennonché anche questa censura è infondata.

In base al sopra citato art. 11, comma 9, cod. contratti pubblici, deve infatti ritenersi che l'esecuzione anticipata del servizio costituisce la spesa inutilmente sostenuta che l'amministrazione deve ristorare all'aggiudicataria se a ciò non segua la stipula del contratto d'appalto. E' del resto indiscutibile che l'esecuzione di una prestazione economicamente valutabile senza l'ottenimento del relativo corrispettivo si traduce in un costo inutilmente sopportato dall'impresa.

18. Inoltre, diversamente da quanto assume il Comune, non viene in rilievo nel presente giudizio l'ipotesi di responsabilità a carico del «*funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura*» in assenza di copertura della spesa ai sensi dell'art. 191, comma 4, t.u.e.l..

L'ipotesi contemplata da quest'ultima disposizione concerne appunto le domande fondate sul presupposto logico-giuridico della venuta ad esistenza di un'obbligazione contrattuale, come si evince dal fatto che la stessa si riferisce al «*rappporto obbligatorio*», specificando ulteriormente che quest'ultimo «*intercorre ai fini della controprestazione*» con il funzionario o dipendente responsabili dell'acquisizione in difetto di copertura finanziaria. Obbligazione contrattuale che, tuttavia, la costante giurisprudenza della Cassazione esclude, riconducendo la responsabilità del funzionario o del dipendente nella fattispecie dell'arricchimento senza causa ex art. 2041 cod. civ., per la parte eccedente quella eventualmente riconosciuta dall'amministrazione utile ai sensi dell'art. 194, comma 1, lett. e), t.u.e.l. (da ultimo: Sez. I, 7 marzo 2008, n. 7966).

19. Ma nel caso oggetto del presente giudizio – giova ribadire – la Links Management & Technology non ha azionato questa *causa petendi*, avendo la stessa inteso invece stigmatizzare il comportamento complessivamente tenuto dal Comune nella conduzione della procedura di affidamento del contratto d'appalto che si era aggiudicata definitivamente, senza infine conseguire quest'ultimo.

Per tutte queste ragioni l'appello del Comune di San Ferdinando di Puglia deve essere respinto.

20. Residua a questo punto l'esame del secondo motivo dell'appello della Links Management & Technology, in cui quest'ultima contesta la quantificazione del danno operata dal TAR.

21. Anche questo motivo va respinto e così l'appello della società nel suo complesso.

La pretesa di quest'ultima di ottenere la condanna dell'amministrazione al pagamento dell'intera somma di € 325.778,96 non può essere accolta perché in essa si presuppone l'intervenuta stipula del contratto e dunque l'esistenza di un obbligo da quest'ultimo discendente ma rimasto inadempito.

Come visto in precedenza, invece, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, *sub specie* di danno emergente, è limitata al rimborso delle spese inutilmente sostenute per partecipare alla gara.

Va allora precisato che queste ultime non possono coprire l'intera somma fatturata, giacché deve presumersi che essa incorpori l'utile d'impresa sulle prestazioni eseguite, il quale in tanto può essere dovuto in quanto queste siano assistite da un valido ed efficace titolo contrattuale.

22. Occorre sul punto dare atto che in discussione il difensore della società ha evidenziato che la fattura in questione espone i soli costi sostenuti per la parte della fornitura eseguita, insistendo per la refusione dell'intero importo.

23. Tuttavia, in un giudizio a cognizione piena la circostanza non può ritenersi provata, e dunque superare la presunzione semplice di cui sopra, in base ad un documento proveniente dalla parte interessata. Il ristoro deve quindi essere limitato al presumibile costo delle prestazioni in questione, in relazione al quale il TAR ha proceduto con metodo di quantificazione forfetaria, ex art. 1226 cod. civ., scontando percentualmente l'importo della fattura del 25%. Inoltre, in assenza di ulteriori contestazioni specifiche sul punto, tale criterio deve essere confermato, donde appunto il rigetto dell'appello della Links Management & Technology.

Sul punto deve ancora soggiungersi che non può essere utilizzata a questo scopo la consulenza di parte prodotta solo in questo giudizio dalla società, in violazione del divieto contenuto nell'art. 104, comma 2, cod. proc. amm.

24. La reciproca soccombenza discendente dal rigetto di entrambi gli appelli giustifica la compensazione integrale delle spese del presente grado

di giudizio tra le due parti litiganti.

25. Si ravvisano infine gli estremi per trasmettere la presente sentenza alla Procura regionale della Corte dei conti per la Puglia, per le valutazioni di sua competenza in ordine all'incauta condotta tenuta dal r.u.p. nella presente vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando su entrambi gli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li respinge e compensa le spese tra le parti appellanti.

Dispone la trasmissione della presente sentenza alla Procura della Corte dei conti per la Regione Puglia.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 23/02/2015**

**IL SEGRETARIO**

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

