



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1104 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Pa.Gio. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Caserta, via Ricciardi n. 15;

contro

Mostra D'Oltremare S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

risarcimento d'anni ex art. 30 c.p.a.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da PA.GIO. COSTRUZIONI S.R.L. il 14\6\2019 :

AVVERSO E PER L'ANNULLAMENTO

Del verbale del Consiglio di Amministrazione n. 5 del 30.04.2019 della Mostra d'Oltremare S.p.A. di approvazione del verbale n. 4 del 28/03/2019 di revoca dell'aggiudicazione definitiva a carico della Pa.gio. Costruzioni s.r.l. comunicato a mezzo pec alla ricorrente in data 09 maggio 2019.

Del verbale del Consiglio di Amministrazione n. 4 del 30.04.2019 della Mostra d'Oltremare S.p.A. comunicato in uno al verbale n. 5 del 30.04.2019 a mezzo pec dal Responsabile del procedimento arch. Iole Lianza in data 09 maggio 2019 avente ad oggetto “Revoca dell'aggiudicazione definitiva” e di riservarsi di agire in sede giudiziaria nei confronti della Regione Campania che non ha assicurato la continuità del finanziamento.

Del verbale del Consiglio di Amministrazione n. 5 del 30.04.2019 della Mostra d'Oltremare S.p.A. di approvazione del verbale n. 4 del 28/03/2019 di revoca dell'aggiudicazione definitiva a carico della Pa.gio. Costruzioni s.r.l. comunicato a mezzo pec alla ricorrente in data 09 maggio 2019 nella parte in cui alcun indennizzo ha previsto a titolo di ristoro nei confronti della ricorrente.

Del verbale del Consiglio di Amministrazione n. 4 del 30.04.2019 della Mostra d'Oltremare S.p.A. comunicato in uno al verbale n. 5 del 30.04.2019 a mezzo pec dal Responsabile del procedimento arch. Iole Lianza in data 09 maggio 2019 avente ad oggetto “Revoca dell'aggiudicazione definitiva” e di riservarsi di agire in sede giudiziaria nei confronti della Regione Campania che non ha assicurato la continuità del finanziamento, nella parte in cui alcun indennizzo ha previsto a titolo di ristoro nei confronti della ricorrente.

Di ogni altro atto ad esso preordinato, connesso, consequenziale e conseguente.

NONCHE' PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI

In ragione dei provvedimenti adottati ut supra dalla Mostra d'Oltremare S.p.A. e lesivi della sfera giuridica del ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mostra D'Oltremare S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2019 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente espone di essere risultata aggiudicataria della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di lavori avente ad oggetto "Riqualficazione degli ingressi alla Mostra d'Oltremare di Napoli - viale Kennedy e via Terracina", con scadenza il 01.04.2016 da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'importo complessivo dell'appalto era fissato in € 2.290.000,00, di cui € 2.235.233,71 per importo lavori soggetto a ribasso ed € 54.766,29 oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso. In data 17.11.2016, con provvedimento n. 105 del 17.11.2016, Mostra d'Oltremare s.p.a. disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di "Riqualficazione degli ingressi alla Mostra d'Oltremare di Napoli - viale Kennedy e via Terracina" in favore della odierna ricorrente. Precisa la stessa che l'aggiudicazione definitiva in proprio favore è stata confermata dalla pronuncia n. 2384/17, passata in giudicato, del Tar Campania Napoli sezione I del 03/05/2017, emessa su ricorso proposto da altri partecipanti alla gara.

L'intervento veniva finanziato con fondi POR FESR 2007/2013 come da delibera della Regione Campania n. 11 del 12 Agosto 2014.

Tuttavia la Mostra d'Oltremare , dopo la conclusione della procedura di gara, non addiveniva alla sottoscrizione del contratto e ignorava i reiterati solleciti della ricorrente ,che evidenziava di aver fatto affidamento sulla serietà della volontà della Mostra d'Oltremare di concludere la procedura

di affidamento dell'appalto, e di aver sostenuto ingenti spese per la partecipazione alla gara e di aver rinunciato ad altre commesse pubbliche.

A seguito di diffida della ricorrente del 23.1.2019 , in data 15.2.2019 la Mostra d'Oltremare comunicava l'avvio del procedimento per la revoca dell'aggiudicazione definitiva con la motivazione della preannunciata mancanza di copertura finanziaria dell'opera, decretata dalla Regione Campania.

La Regione Campania, anch'essa diffidata dalla ricorrente in data 22.01.2019 contestualmente alla Mostra d'Oltremare S.p.A. a risarcire la Pa.gio Costruzioni s.r.l. per mancata sottoscrizione del contratto di appalto per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nelle trattative, con nota prot. n. 64749, in data 30.01.2019, indirizzata al Presidente della Mostra d'oltremare S.p.A. esponeva che era confermata l'assenza dei presupposti per consentire l'adozione degli atti di ammissione al finanziamento , stante le riscontrate e più volte comunicate problematiche sulle verifiche e validazioni dei progetti in parola posti a base di gara, risultate affetti da vizi non sanabili.

L'impresa, con il ricorso principale, ha chiesto il risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale ,lamentando che dopo 21 mesi e segnatamente in data 15/02/2019, la Mostra d'Oltremare S.p.A. ha attivato i poteri in autotutela per procedere alla revoca dell'aggiudicazione definitiva senza alcuna chiara e specifica motivazione circa le ragioni legittimanti , senza fornire adeguate argomentazioni circa le sopravvenute ragioni impeditive , ma limitandosi a riferire che la Regione Campania avrebbe comunicato che “non sussistevano i presupposti per il finanziamento dell'appalto in oggetto.”.

Assume sussistente la colpa grave della Mostra d'Oltremare S.p.A. non solo per aver posto un progetto a base di gara con vizi insanabili, ma per non aver ottenuto, in ordine a tale progetto, alcuna validazione dalla stessa Regione Campania.

Circa la quantificazione dei danni la ricorrente richiede risarcirsi sia il danno emergente subito , sia il lucro cessante , quantificato da allegata perizia contabile come segue:

1) Mancato guadagno a seguito della non esecuzione dei lavori aggiudicati con provvedimento di assegnazione n.105 del 17.11.2016 alla società Pagio.

2) Spese sostenute per partecipazione alla gara, per la redazione del progetto e dell'offerta tecnica.

3) Danno Curriculare determinato dal fatto che se avesse potuto eseguire i lavori, previsti dal provvedimento di assegnazione n.105 del 17/11/2016, avrebbe potuto ottenere qualificazioni SOA sia in OG2 che in OG11 con classifica III (valevole fino ad un importo di € 1.033.000,00), che gli avrebbe consentito di partecipare successivamente a gare in OG2 e OG11 con classifica III, senza ricorrere all'ausilio dell'avvalimento.

4) Perdita di chance dovuta al fatto che ha dovuto rinunciare, nell'arco di tempo dall'aggiudicazione all'attualità , a numerose proposte di lavori in sub-appalto .

Il tutto oltre gli interessi di legge, l'IVA (ove dovuta) e la rivalutazione monetaria fino al soddisfo

Si è costituita in giudizio la Mostra d'Oltremare contestando la fondatezza della domanda.

Con motivi aggiunti depositati il 14 giugno 2019 la ricorrente è insorta contro i provvedimenti della Mostra d'Oltremare che hanno proceduto alla revoca dell'aggiudicazione, enunciando il proprio interesse ad impugnare la revoca dell'aggiudicazione definitiva non ai fini dell'ottenimento della gara, allo stato impossibile, stante la perdita del finanziamento , ma solo quale atto conclusivo del procedimento ,da cui emerge la lesione della propria posizione giuridica .

Insiste nella domanda risarcitoria proposta anche con i motivi aggiunti, ribadendo la responsabilità della Mostra d'Oltremare S.p.A. nel corso delle

trattative intraprese , in quanto la sopravvenuta carenza di risorse finanziarie non sarebbe imputabile a circostanze eccezionali o estranee alla propria sfera di controllo, ma ad un comportamento definito come una lunga, estenuante ed incapace attività di gestione tecnica e amministrativa della Mostra d'Oltremare S.p.A. con la Regione Campania. Sussisterebbe pertanto un comportamento scorretto dell'Amministrazione resistente che per lungo tempo ha lasciato che il privato – aggiudicatario facesse incolpevolmente affidamento sul buon esito della procedura.

Sottolinea la sussistenza indiscutibile del nesso di causalità fra le attività illegittime poste in essere da Mostra d'Oltremare S.p.A. e la lesione dei propri interessi , in quanto a seguito del procedimento illegittimo non aveva potuto avviare i lavori in relazione ad un appalto di notevole importanza.

Anche rispetto ai motivi aggiunti si costituiva la Mostra d'Oltremare sostenendone l'infondatezza.

Dopo lo scambio di memoria e memorie di replica, alla pubblica udienza del 26.11.2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La presente controversia verte sulla sussistenza della responsabilità precontrattuale connessa alla revoca della aggiudicazione in favore della odierna ricorrente, relativamente alla gara in epigrafe , disposta dalla resistente Mostra d'Oltremare; revoca determinata dalla non ammissione a finanziamento decretata dalla Regione Campania in riferimento all'intervento per lavori di Riqualficazione degli ingressi alla Mostra d'Oltremare di Napoli - viale Kennedy e via Terracina”.

Va premesso che la delibera regionale di non ammissione a finanziamento per il detto intervento, gravata in via autonoma dalla Mostra d'Oltremare S.p.A., ha dato luogo ad un giudizio dinanzi a questo TAR, introitato in decisione alla stessa udienza pubblica del presente ricorso, e definito con

pronuncia di reiezione del gravame (sentenza TAR Napoli sez. III n . 725 del 17.2.2020).

In quanto atto presupposto della revoca dell'aggiudicazione , il detto provvedimento di diniego, pur non compreso nel fuoco delle censure di parte ricorrente in quanto tale, ma unicamente come presupposto costitutivo della responsabilità della controparte, va comunque esaminato, ai fini della verifica della sua legittimità .

Valga solo rilevare in questa sede che il diniego di ammissione a finanziamento, basato sulla carenza documentale non sanabile rappresentata dalla mancata produzione degli atti di verifica e validazione del progetto esecutivo, è andato esente dai dedotti vizi, per i motivi che possono ritenersi qui sinteticamente richiamati mediante rinvio alla indicata pronuncia, statuendo la richiamata sentenza (resa nel giudizio in cui l'atto è stato impugnato in via principale e ai fini demolitori) , che lo smarrimento dei verbali originali denunciato dalla Mostra d'Oltremare non poteva consentire che la procedura andasse conclusa prescindendo dagli stessi; e che la ricostruzione documentale proposta dalla Mostra d'Oltremare non potesse essere considerata , per le caratteristiche intrinseche di quanto riprodotto, equivalente all'originale in senso formale e sostanziale.

Pertanto, nel presente giudizio , richiamata la accertata legittimità del diniego di ammissione finanziamento, la responsabilità invocata da parte ricorrente a carico della stazione appaltante non è configurabile come derivante da attività provvedimento illegittima, in ragione della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 quinquies, rispetto alla revoca della aggiudicazione, verificandosi una tra le ipotesi tipiche e tassative ivi enunciate e cioè quella sub c) : mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento. La modifica della situazione di fatto è proprio la fattispecie integrata dalla non ammissione a finanziamento dell'intervento, e non prevedibile al momento

della aggiudicazione, in ragione dello stato della procedura di finanziamento non ancora conclusa .

La determinazione di non far luogo alla stipula del contratto nella ipotesi di mancanza dei fondi è intervenuta dopo le prime interlocuzioni con la Regione, in cui era stata ripetutamente richiesta la trasmissione di documentazione integrativa, con rilievi che si sono da ultimo appuntati, nel corso del 2018, nella mancanza del verbale di verifica e validazione del progetto dei lavori; e segnatamente all'esito della determinazione regionale conclusiva del procedimento con il diniego di ammissione a finanziamento.

La ricorrente chiede che , con riferimento a tali circostanze, sia accertata e dichiarata la responsabilità precontrattuale della Mostra d'Oltremare , per il comportamento complessivamente tenuto nel corso delle trattative e della procedura di evidenza pubblica , ai sensi dell'art. 1337 codice civile.

La domanda è meritevole di accoglimento

La natura giuridica della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 codice civile - pur dibattuta tra chi ritiene trattarsi di illecito aquiliano (2043 c.c.) e chi la riporta a quello contrattuale (1218 c.c.) e da ultimo ricondotta dalla Suprema Corte ad ipotesi di responsabilità cd. da contatto sociale qualificato - è posta a tutela dell'interesse negativo a non essere coinvolti in trattative inutili, a differenza di quanto accade nella responsabilità contrattuale (1218 c.c.) che sanziona la lesione dell'interesse positivo ad ottenere la prestazione dovuta.

Sotto il profilo della integrazione della fattispecie di responsabilità , occorre specificare in qual modo il lamentato comportamento della Mostra d'Oltremare S.p.A. integra gli estremi della violazione della disposizione di cui all'art. 1337 c.c.

Secondo consolidati principi giurisprudenziali sussiste una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. che, omettendo di stipulare un contratto con un soggetto già individuato come affidatario, attraverso il

completamento della procedura di evidenza pubblica giunto sino a proclamare l'impresa aggiudicataria, disponga poi la revoca (sia pur legittima) , avendo ingenerato nella controparte il legittimo affidamento relativo alla futura conclusione del contratto .

In tal caso si configura in capo alla P.A. una responsabilità precontrattuale per la lesione dell'altrui libertà negoziale, realizzata attraverso un comportamento doloso o colposo, ovvero mediante l'inosservanza del precetto di comportamento secondo buona fede. La responsabilità deriva dalla condotta amministrativa, se non nella fase delle trattative, comunque in una fase precedente alla conclusione del contratto, che si ricollega a un comportamento scorretto tenuto da una parte negoziale, ai danni dell'altra (cfr.: T.a.r. Lazio Roma II, 9.7.2018, n. 7628, Cons. Stato, sez. VI, n. 633 del 2013 e sez. IV, n. 744 del 2014).

Con riferimento alla pubblica amministrazione, sono ormai superate le posizioni che nutrivano dubbi sull'astratta configurabilità di una sua colpa in contraendo nell'esercizio dell'attività contrattuale , rilevandosi che i pubblici poteri sono tenuti non solo al rispetto dei principi costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e buon andamento (art. 97 Cost.) nell'espletamento della propria azione, ma anche all'osservanza della clausola di buona fede nei rapporti instaurati con il privato, al fine di tutelarne il legittimo affidamento.

Il principio di buona fede è posto a presidio non solo dell'aspettativa della conclusione del contratto ma prima ancora, della correttezza e lealtà delle trattative poiché costituisce la misura dei poteri legittimamente esercitabili dalle parti, sia che operi come principio "atipico", sia che risulti specificato da obblighi di protezione, non solo nei rapporti tra individui ma anche con organizzazioni complesse, quali la pubblica amministrazione, che rispettano procedure predeterminate. Ne consegue la configurabilità di una responsabilità di tipo pre-contrattuale per violazione di norme imperative che pongono "regole di condotta", da osservarsi durante l'intero

svolgimento della procedura di evidenza pubblica: le regole 'di validità' e 'di condotta' operano in quest'ottica su piani distinti, non essendo necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale, mentre l'inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità delle procedure di affidamento.

L'applicabilità dei principi e delle regole privatistiche sulla responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.) al rapporto tra pubblica amministrazione e privato si colloca nel processo di progressiva erosione dell'area di privilegio della p.a. e di attrazione di quest'ultima alla disciplina di diritto comune, nei limiti della compatibilità: in assenza di disciplina speciale ed in coerenza con l'istanza di uguaglianza, la soluzione viene ricercata nel diritto comune, con gli adattamenti necessari per rispettare la peculiarità dell'agire contrattuale della p.a..

Si tratta quindi di una responsabilità non da provvedimento ma da comportamento, in quanto l'art. 1337 c.c. pone in capo alla p.a. obblighi analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali. In proposito la Suprema Corte ha rilevato che la stessa va inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. (cfr Cass. Sez. I , 12.7.2016 n. 14188).

L'applicazione dei consolidati principi giurisprudenziali alla fattispecie in esame conduce a configurare la responsabilità della Mostra d'Oltremare in ragione del comportamento tenuto nella serie procedimentale , che ha condotto alla negativa conclusione della procedura di ammissione a finanziamento, cui era indiscutibilmente condizionata la esecuzione dell'appalto.

La negativa determinazione regionale, ancorché sopravvenuta e non prevedibile rispetto al momento della indizione della procedura di gara ed alla aggiudicazione in favore della odierna ricorrente, era tuttavia evitabile, attraverso la adozione di un comportamento improntato alla ordinaria diligenza della stazione appaltante.

Va rilevato come il diniego di ammissione a finanziamento dell'intervento sia derivato da carenze documentali ascrivibili alla Mostra d'Oltremare, che non ha prodotto il verbale di verifica e validazione del progetto esecutivo, legittimamente richiesto dalla Regione al fine della ammissione al finanziamento, come statuito dalla sopra richiamata sentenza di questa Sezione del 17.2.2020 n. 725, per cui la sussistenza di una ipotesi di responsabilità precontrattuale della Mostra d'Oltremare viene integrata dalla violazione del comportamento , esigibile secondo buona fede, di adeguata custodia e conservazione di documenti essenziali per il buon esito della procedura, nella specie conseguibile attraverso l'adozione della comune diligenza .

In tema, va fatta applicazione dei principi enunciati dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (pronuncia n. 4/2018) , ed in particolare della considerazione in base alla quale gli obblighi di comportamento richiamati si impongono in qualunque momento della procedura :” La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.”

Invero, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una «trattativa» in senso tecnico giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative; anche nello svolgimento

dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.

In materia vige il principio della reciproca autonomia e differenziazione tra illegittimità dell'atto amministrativo e illiceità del comportamento dell'amministrazione. Tale principio è stato cristallizzato dall'Adunanza Plenaria del 5 settembre 2005, n. 6, che ha rilevato come la violazione delle norme di correttezza ex art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune assume significato e rilevanza solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributivi degli effetti vantaggiosi siano venuti meno, e tali effetti si siano trasformati in affidamenti rimasti senza seguito. La revoca dell'aggiudicazione vale a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti. Tuttavia resta il fatto, definito nella citata pronuncia della Plenaria, "incancellabile" degli affidamenti suscitati dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (affidamenti perdurati fino a quando alla parte non è stata comunicata la revoca degli atti stessi).

Un comportamento che, nella fattispecie in esame come in quella valutata dalla Adunanza plenaria, appare violativo degli obblighi di legge, ove si consideri che gli affidamenti radicati nell'impresa si sono lasciati perdurare al di là del tempo strettamente indispensabile, non offrendosi rapide notizie sulla criticità della procedura di non ammissione a finanziamento.

Sotto il profilo concreto della pretesa risarcitoria va rilevato che si tratta di risarcimento da lesione di interesse negativo per la responsabilità da comportamento illecito .

Mette conto evidenziare inoltre , ai fini della perimetrazione in particolare degli oneri probatori della parte e del quantum di danno risarcibile , che nella presente fattispecie si verte in ipotesi di responsabilità precontrattuale cd pura.

Si distingue invero , in ambito di responsabilità precontrattuale della P.A, due ipotesi.

La prima è quella relativa alla “responsabilità precontrattuale c.d. “spuria”, che si configura in caso di illegittimità degli atti amministrativi di una procedura ad evidenza pubblica; in tal caso, la fonte del danno cagionato al privato non risiede nella violazione della regola della buona fede precontrattuale, ma nella violazione di specifiche regole pubblicistiche. La p.a. sarà responsabile in base ad un provvedimento illegittimo, da cui scaturisce un illecito aquiliano, ex art. 2043 in quanto il provvedimento sarà concepito come un fatto illecito causativo di un danno ingiusto.

La seconda ipotesi è quella della cd. “responsabilità precontrattuale pura”, ovvero riconducibile al modello civilistico di cui all’art. 1337 c.c., qualora l’Amministrazione, con un proprio comportamento contrario a buona fede, lede il legittimo affidamento riposto dal privato nella conclusione del contratto, incidendo negativamente sul suo diritto all’autodeterminazione in ambito negoziale e, quindi, violando una posizione di diritto soggettivo; in tal caso la pubblica amministrazione risponderà secondo il regime della responsabilità da inadempimento.

La configurabilità di tale fattispecie ricorre tipicamente laddove , come nel caso in esame, l’amministrazione incida con atto di autotutela su di una gara già culminata nell’atto di aggiudicazione e il privato aggiudicatario avanzi una richiesta risarcitoria che fa leva sulla scorrettezza della stazione appaltante; di conseguenza il risarcimento può riguardare il solo “interesse

negativo” , rappresentato dalle spese sostenute per partecipare alla procedura e mancati profitti da occasioni perdute a causa dell’impegno profuso nella partecipazione alla gara.

Tale è la situazione venutasi a creare nel caso di specie, per atto di ritiro legittimo sul piano amministrativo, in cui la responsabilità da contatto sociale qualificato è stata integrata dalla mancanza della idonea diligenza della stazione appaltante, successiva alla conclusione della procedura di evidenza pubblica, non avendo custodito il verbale di verifica e validazione del progetto dei lavori, e non essendo stata in grado di riprodurre validamente il contenuto, sì da giungere a subire il diniego di ammissione a finanziamento per effetto di tale carenza formale-sostanziale. A ciò deve aggiungersi la mancanza di adeguata tempestività nel comunicare alla impresa la sussistenza delle criticità della procedura di ammissione a finanziamento.

E’ appena il caso di rilevare, in termini di giurisdizione, che , in tema di responsabilità precontrattuale pura come quella in esame, la causa petendi è un diritto soggettivo , ma vertendosi in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con la conseguenza che anche le questioni relative alla responsabilità precontrattuale pura sono attratte nella giurisdizione amministrativa.

Ai fini della sussistenza degli elementi integranti la fattispecie di responsabilità , il privato oltre alla propria buona fede soggettiva (ovvero l’ affidamento incolpevole circa l’esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), deve dimostrare : a) che l’affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall’indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche

soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

Applicando tali principi al caso in esame, va rilevato come in primo luogo può configurarsi un affidamento incolpevole della ricorrente, fondato sulla legittimità della serie procedimentale posta in essere. In particolare, non si tratta tanto della serie procedimentale preordinata alla fase della evidenza pubblica, sulla quale non vi è stato alcun rilievo (e peraltro si sono conclusi positivamente anche i contenziosi azionati da altre imprese partecipanti alla gara) : viene piuttosto in rilievo la fattispecie del comportamento poco diligente successivo alla conclusione della procedura di individuazione del contraente, dal momento che la stipula del contratto era espressamente condizionata all' erogazione del finanziamento; e che alla ammissione a finanziamento non si è addivenuti per carenze della procedura tesa alla ammissione ai fondi comunitari, imputabili alla Mostra d'Oltremare.

Tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza è, anche soggettivamente, imputabile alla Mostra d'Oltremare S.p.A, quantomeno in termini di colpa. Non vi è dubbio che la mancata produzione di un documento determinante, quale il verbale di verifica e validazione del progetto, e la gestione in termini inefficaci finanche del tentativo di ricostruzione dello stesso, sono da ravvisarsi quale condotta violativa della minima diligenza esigibile in proposito.

In particolare, per il profilo dell'elemento soggettivo, mette conto evidenziare che prima della sentenza con cui la Suprema Corte nel 2016 ha qualificato la responsabilità precontrattuale come contrattuale da contatto sociale qualificato, non vi era alcuna differenza tra la responsabilità

precontrattuale pura (di cui agli artt. artt. 1337 e 1338 c.c.) e spuria della p.a. (ex art. 2043 c.c.), atteso che entrambe venivano ricondotte alla responsabilità extracontrattuale, rispondendo secondo il relativo regime, anche se con una sostanziale differenza costituita dal fatto che per quest'ultima si applicava il modello della responsabilità soggettiva presunta per effetto della illegittimità del provvedimento amministrativo, mentre per la prima occorreva la prova della colpa dell'amministrazione . A seguito della pronuncia delle SS.UU. , la responsabilità precontrattuale spuria resta una responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. da provvedimento illegittimo, mentre la responsabilità precontrattuale pura diventa una responsabilità da contatto sociale qualificato e, dunque, una responsabilità da inadempimento di un obbligo di protezione e di informazione, sussumibile nel regime di cui all'art. 1218 c.c.: pertanto il privato è sollevato dall'onere della prova dell'elemento soggettivo in base al regime proprio della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c.. Peraltro nel presente giudizio il privato ha assolto il proprio onere di allegazione della violazione della diligenza e buona fede, restando a carico dell'amministrazione la prova del fatto inevitabile, che nella specie è mancato.

Quanto agli altri elementi costitutivi dell'obbligo in questione, la ricorrente ha provato il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), ma quanto al danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate conseguenze pregiudizievoli) deve osservarsi quanto segue . La ricorrente ha richiesto in primo luogo il rimborso delle spese di partecipazione alla gara.

Sotto tale aspetto, viene in rilievo la lesione del diritto del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 7 marzo 2016, n. 2966; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444), e pertanto va affermata la risarcibilità di tali spese.

In particolare, per effetto della revoca della aggiudicazione , sia pur legittima, si verte in ipotesi di responsabilità precontrattuale e quindi proprio di lesione dell'interesse del concorrente a non essere coinvolto in trattative inutili. La precipua voce di danno ristorabile in applicazione dell'art 1337 c.c, è quella relativa alle spese sopportate per le trattative (cui nella specie va equiparata la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica revocata, e non seguita dalla stipula del contratto in favore della legittima aggiudicataria).

Parte ricorrente ha dichiarato che tale voce sia quantificabile in 27.000,00, così come di seguito dettagliato:

- a) € 15.000,00 per la preparazione del progetto e dell'offerta tecnica;
- b) € 10.000,00 per la difesa in giudizio TAR Napoli;
- c) € 2.000,00 per le spese amministrative.

Si tratta di voci certe ed incontestate nell'an, ma non documentate nel quantum, non avendo esibito agli atti di causa i documenti giustificativi e probatori di tali spese, per cui non è possibile procedere nel presente giudizio alla quantificazione concreta ,se non nei termini di seguito specificati.

Va altresì esaminata la richiesta del risarcimento del lucro cessante, sotto specie di mancato conseguimento dell'utile di impresa, e di danno curricolare: la natura della responsabilità precontrattuale esclude in radice la possibilità di reintegrare tale voce di danno, essendo la responsabilità limitata al mero interesse contrattuale negativo. In proposito è assolutamente pacifico in giurisprudenza che a titolo di responsabilità precontrattuale non va riconosciuto il mancato utile derivante dall'esecuzione del contratto: se il danno è causato dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede (art. 1337 c.c.) – ipotesi che si configura generalmente come nella specie nella fase successiva all'aggiudicazione – il danno da risarcire è riferito all'interesse negativo”. Inoltre, è ammesso il ristoro della perdita di chance , ma per le sole occasioni di guadagno

alternative cui l'operatore leso avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'Amministrazione, mentre non è ammesso il ristoro della chance intesa come pura e semplice possibilità di conseguire i guadagni connessi all'esecuzione del contratto non stipulato (cfr.: Cons. Stato V, 28.1.2019, n. 697).

Sulla perdita di chance contrattuale alternativa, intesa quali altre occasioni favorevoli di guadagno, il Collegio osserva quanto segue.

La Pagio assume di avere dovuto rinunciare nell'arco di tempo dall'aggiudicazione ad oggi numerose proposte di lavori in sub-appalto da cui sarebbe derivato un vantaggio patrimoniale.

L'importo complessivo di tale danno viene indicato in € 197.128,10.

Non è sufficiente tuttavia che tali cifre siano meramente enunciate nella perizia contabile in atti, né sono idonei sotto il profilo probatorio gli allegati 12 e 13 alla produzione del 15 ottobre 2019 ore 10.32 ,costituenti meri scambi di e- mail con ditte che genericamente propongono un subappalto presso vari cantieri, cui la ricorrente risponde con una rinuncia in previsione dello sblocco della situazione del cantiere Mostra d'Oltremare (la prima del 28.11.2017 della ditta VEDIL e la seconda del 16.11.2017 della ditta Guarino, quest'ultima senza indicazione precisa dell'appalto principale cui sarebbe stato da riferire il subappalto).

In contrario, era necessario provare in maniera dettagliata la natura di tali trattative, con indicazione della titolarità delle ditte proponenti di un appalto in essere , e che le stesse erano giunte ad uno stato affidante idoneo a farle configurare come occasioni di guadagno mancate e non mere proposte. La ricorrente pertanto non ha provato adeguatamente in proposito la perdita di possibilità di guadagno alternative cui avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'Amministrazione, in particolare non avendo neppure provato di nona vere sufficienti risorse umane e mezzi da distarre per l'affidamento di ulteriori appalti, di guisa

che il risarcimento del danno da perdita di chance alternative deve essere escluso.

Anche in tema di danni da responsabilità precontrattuale va fatta invero applicazione, con i dovuti adattamenti, dei principi enunciati dalla Adunanza plenaria nella pronuncia n. 2/2017, a mente della quale il danneggiato deve "offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.". .

Ne consegue che, per il ristoro delle occasioni di guadagno mancate in attesa del contratto non concluso, la richiedente deve fornire rigorosamente la prova di tali occasioni mancate, non potendo genericamente ricorrere ad una deduzione vaga ed indimostrata.

Non può riconoscersi neppure il danno curriculare ,asseritamene determinato dal fatto che se avesse potuto eseguire i lavori, avrebbe potuto ottenere qualificazioni SOA sia in OG2 che in OG11 con classifica III (valevole fino ad un importo di € 1.033.000,00), il che avrebbe consentito di partecipare successivamente a gare in OG2 e OG11 con classifica III, senza ricorrere all'ausilio dell'avvalimento. A tal fine si indica che lo stesso va quantificato, in via presuntiva, nel 5% del valore del "mancato fatturato", ($€ 1.992.244,52 : 100 \times 5 = € 99.612,23$) - cfr relazione tecnica di parte DS consulting depositata unitamente al ricorso.

In proposito va rilevato che si esclude in linea generale la risarcibilità in via precontrattuale del danno curricolare, ossia quello consistente nella impossibilità di far valere in future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito, trattandosi di un interesse contrattuale positivo derivante dalla mancata esecuzione dell'appalto e non dalla inutilità della trattativa. Va dato atto dell'orientamento di una parte della giurisprudenza, che lo riconosce nell'ipotesi in cui non si tratti di rottura di trattative generiche, ma laddove si era già addivenuti alla sicura individuazione del contraente, con la aggiudicazione definitiva, in presenza di un contenuto contrattuale già compiutamente definito, per il tramite del bando di gara e dell'offerta della aggiudicataria (CdS sez. V 2.5.2017 n. 1979). Il Collegio non condivide tuttavia tale opzione interpretativa, atteso che il danno curricolare, pur in presenza di una individuazione del contraente mediante la procedura di evidenza pubblica, rappresenta un interesse derivante dalla mancata esecuzione dell'appalto, costituendo una specificazione del danno per perdita di chance derivante dalla mancata esecuzione del contratto non concluso, ovvero una forma di lucro cessante, e non può comportare eccezione alla regola generale della ristorabilità del solo interesse negativo ex art. 1337 c.c. .

Conclusivamente, nel caso di responsabilità precontrattuale, i danni - se si esclude, come nel caso di specie, la perdita di occasioni di guadagno alternative- devono essere limitati al solo interesse negativo, ravvisabile, per le procedure ad evidenza pubblica, nelle spese inutilmente sopportate per partecipare alla gara, nelle spese di pianificazione, programmazione e progettazione e in tutte le altre spese inutilmente sostenute prima e dopo l'aggiudicazione, in ragione dell'affidamento nella conclusione del contratto, ivi comprese le spese di ammortamento di attrezzature e macchinari acquistati o locati per la realizzazione delle opere appaltate (cfr.: Cons. Stato V, 28.1.2019, n. 697).

Nei suesposti limiti, va riconosciuto alla ricorrente un risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale, che è stato adeguatamente dedotto e provato solo relativamente alle spese per la partecipazione alla gara, e di quelle per sostenere i contenziosi conseguenti alle impugnative delle ditte non aggiudicatarie, ma non di altre voci di danno, al riguardo rilevandosi come l'impresa non ha neppure dedotto di avere acquistato o locato macchinari per la realizzazione delle opere appaltate. Né è stata provata la perdita di altre favorevoli occasioni di guadagno in attesa della stipula del contratto con la stazione appaltante, per cui il lucro cessante- sotto tale limitata voce riconoscibile in caso di responsabilità precontrattuale- non può ritenersi provato.

Poiché le spese sono state solo enunciate nella consulenza di parte sopra richiamata, ma non documentate, non si ravvisano i presupposti per far luogo alla quantificazione nella presente sede.

Avvalendosi della facoltà ex art. 34, comma 4, c.p.a., stante la mancata opposizione delle parti, il Collegio stabilisce di affidare alla proposta di Mostra d' Oltremare S.p.A. , a favore della ricorrente creditrice ed all'eventuale successivo accordo delle parti, la quantificazione del danno, sulla base dei criteri che qui di seguenti si riassumono:

- 1) dev'essere attribuito alla società ricorrente, a titolo risarcitorio, un importo pari a tutte le spese, documentate o da documentare a cura della ricorrente stessa, relative alla partecipazione alla gara, alle progettazioni, programmazioni e pianificazioni eseguite e ad ogni attività comunque presupposta; nonché delle spese relative ai giudizi per la contestazione della aggiudicazione intentati da parte delle imprese successivamente graduate, nei limiti in cui parte ricorrente provi fatturazioni per onorari professionali superiori a quanto liquidato in sentenza in proprio favore ;
- 2) sugli importi risarcitori saranno applicati gli interessi legali dalla maturazione (data di esborso effettivo di ciascuna somma) al soddisfo.

Si assegna alla parte ricorrente un termine di 30 giorni, a far data dalla comunicazione o, se precedente, dalla notifica della presente sentenza, affinché fornisca alle parti intimate la documentazione delle spese effettuate di cui chiedi il rimborso a titolo risarcitorio. Nella detta documentazione dovrà essere compresa copia delle fatturazioni emesse e dei titoli di pagamento recanti le date di effettiva erogazione delle somme. Nel successivo termine di 90 giorni, Mostra d'Oltremare S.p.A. effettuerà una proposta risarcitoria, in applicazione dei suindicati criteri. Nell'ulteriore termine di 90 giorni, le parti dovranno concludere l'accordo risarcitorio, ex art. 34, comma 4, c.p.a.

Decorso inutilmente detto periodo la parte creditrice potrà far luogo al ricorso per ottemperanza come previsto dall'art. 34 co 4.c.p.a.

In conclusione, il ricorso ed i connessi motivi aggiunti vanno accolti nei termini sopra specificati.

Le spese di lite seguono la soccombenza, e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie per quanto di ragione la domanda risarcitoria, connessa alla responsabilità precontrattuale della resistente Mostra d'Oltremare S.p.A e per l'effetto condanna la stessa al risarcimento in favore della ricorrente dei danni limitati all'interesse contrattuale negativo, con le modalità e nei limiti indicati in motivazione.

Condanna altresì la resistente Mostra d'Oltremare S.p.A. al rimborso delle spese di lite in favore della ricorrente liquidate in complessivi Euro 2000,00 oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Vincenzo Cernese, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO