



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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2085 del 2020, proposto dalla società Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elisa La Porta, Claudio Borello e Paola Cannata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Tec.Mo Edilizia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio 'fisico' presso il suo studio in Milano, Bastioni di Porta Volta, 10;

nei confronti

Massucco S.r.l., Consorzio Stabile Aurora Scarl, ciascuna in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per l'accertamento

dell'inadempimento di Tec.Mo Edilizia S.r.l. ovvero dell'illiceità ed antiggiuridicità del rifiuto della stessa di concludere il contratto d'appalto relativo alla procedura negoziata "TOLAV042 17 SS.SS. 231 706 702. Lavori

di O.M. per il ripristino dei danni da incidenti, servizio di reperibilità ed interventi di emergenza sulle SS.SS. del C.M. 3 Nucleo 8” e “*TOLAV48 17 SS.SS. NN.20 21 705 705 DIR Lavori di manutenzione non programmabile e servizio di pronto intervento sulle S.S. del CM 3 Nucleo 6*”, a seguito delle aggiudicazioni di cui ai verbali del 5 dicembre 2017, disposte da ANAS SPA;
e per la condanna della società resistente al risarcimento dei danni subiti dalla parte ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tec.Mo Edilizia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 la relazione della dott.ssa Katiuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. ANAS S.p.a. indiceva una procedura negoziata denominata TOLAV 042-17 per l'affidamento dei «*Lavori di O.M. per il ripristino dei danni da incidenti, servizio di reperibilità ed interventi di emergenza sulle SS.SS. del CM 3 Nucleo 8*» sulle S.S. 231 – 706 e 702, con un importo a base d'asta di €. 240.500,00, di cui €. 9.500,00 per oneri relativi alla sicurezza, e criterio di aggiudicazione al minor prezzo.

Con lettera d'invito del 20 novembre 2017 ANAS avvisava i destinatari che «*l'ultima offerta compilata e sottoscritta dal concorrente prima della chiusura della Richiesta on line vale come proposta irrevocabile ed impegnativa*».

La società Tecmo.Edilizia in data 29 novembre 2017 partecipava alla gara, offrendo un ribasso del 28,355%. Con nota del 14 dicembre 2017 ANAS aggiudicava i lavori alla suddetta società, per un importo di €. 181.806,225, di cui €. 172.306,225 per lavori ed €. 9.500,00 per oneri di sicurezza.

2. Con propria successiva nota del 17 gennaio 2018 Tecmo.Edilizia comunicava ad ANAS l'indisponibilità a procedere alla sottoscrizione del contratto, segnalando che *«la scrivente è di fatto impossibilitata, anche per ragioni logistiche avendo la società sede nella Regione Campania, nel poter garantire lo svolgimento del servizio h. 24, così come richiesto dalla lex specialis»* che *«la ditta individuata per coadiuvare la scrivente nell'esecuzione del servizio, purtroppo, del tutto inaspettatamente, ha comunicato anch'essa l'indisponibilità allo svolgimento di tale servizio costringendo, anche per tale ragione la società TECMO EDLIZIA SRL a rinunciare all'efficacia dell'aggiudicazione»*.

ANAS prendeva atto della rinuncia con propria nota del 26 gennaio 2018, evidenziando la contrarietà della condotta dell'aggiudicataria ai principi di buona fede ed affidamento, per avere Tecmo.Edilizia S.r.l. partecipato alla gara pur non essendo in grado di eseguire l'appalto. La stazione appaltante revocava pertanto l'aggiudicazione inefficace del 14 dicembre 2017 e stabiliva inoltre: di procedere alla segnalazione della vicenda ad ANAC; di escutere la garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 93 co. 6 D.lgs. 50/2016, prestata mediante polizza fideiussoria, salvo il maggior danno; lo scorrimento della graduatoria e l'aggiudicazione dell'appalto al concorrente successivo (Massucco S.r.l.), per l'importo da quest'ultimo offerto e pari a €. 196.803,80 (comprensivi di €. 9.500,00 a titolo di oneri per la sicurezza), con un conseguente maggior costo di €. 14.997,585.

ANAS incamerava dunque la cauzione provvisoria versata da Tecmo.Edilizia, pari a €. 2.500,00. In tal modo, il maggior costo cui la società rimaneva effettivamente esposta ammontava ad €. 12.497,585.

3. ANAS indiceva un'ulteriore procedura negoziata, denominata TOLAV48-17, per l'affidamento dei *«Lavori manutenzione non programmabile e servizio di pronto intervento sulle S.S. del CM 3 Nucleo 6»* sulle S.S. 20 – 21 – 705 – 705 DIR, con un importo a base d'asta di €. 250.000,00, di cui €. 9.500,00 per oneri relativi alla sicurezza, e criterio di aggiudicazione al minor prezzo.

Con lettera d'invito del 20 novembre 2017 ANAS avvisava i destinatari che *«l'ultima offerta compilata e sottoscritta dal concorrente prima della chiusura della Richiesta on line vale come proposta irrevocabile ed impegnativa»*.

La società Tecmo.Edilizia partecipava alla gara il 29 novembre 2017, offrendo un ribasso del 27,979%. Con nota del 14 dicembre 2017 ANAS aggiudicava i lavori alla suddetta società, per un importo di €. 182.710,505, di cui €. 173.210,05 per lavori ed €. 9.500,00 per oneri di sicurezza.

4. Con propria successiva nota del 17 gennaio 2018 Tecmo.Edilizia comunicava ad ANAS l'indisponibilità a procedere alla sottoscrizione del contratto, segnalando che *«la scrivente è di fatto impossibilitata, anche per ragioni logistiche avendo la società sede nella Regione Campania, nel poter garantire lo svolgimento del servizio h. 24, così come richiesto dalla lex specialis»* e che *«la ditta individuata per coadiuvare la scrivente nell'esecuzione del servizio, purtroppo, del tutto inaspettatamente, ha comunicato anch'essa l'indisponibilità allo svolgimento di tale servizio costringendo, anche per tale ragione la società TECMO EDLIZIA SRL a rinunciare all'efficacia dell'aggiudicazione»*.

ANAS prendeva atto della rinuncia con nota del 26 gennaio 2018, evidenziando la contrarietà ai principi di buona fede ed affidamento della condotta dell'aggiudicataria, per avere Tecmo.Edilizia partecipato alla gara pur non essendo in grado di eseguire l'appalto. La stazione appaltante disponeva dunque la revoca dell'aggiudicazione inefficace del 14 dicembre 2017, e stabiliva inoltre: di segnalare la vicenda all'ANAC; di procedere all'escussione della garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 93 co. 6 D.lgs. 50/2016 prestata mediante polizza fideiussoria, salvo il maggior danno; di avviare una nuova procedura negoziata. Tale ulteriore gara si concludeva con aggiudicazione delle medesime prestazioni oggetto della prima procedura (circostanza non contestata dalla resistente) al Consorzio Stabile Aurora, per l'importo da quest'ultimo offerto e pari a €. 196.803,80 (comprensivi di €. 9.500,00 a titolo di oneri per la sicurezza), con un conseguente maggior costo di €. 14.093,305.

ANAS incamerava la cauzione provvisoria, pari a €. 2.500,00, restando così esposta a un maggior costo pari a €. 11.593,30.

5. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, ANAS chiedeva la condanna della Tecmo.Edilizia al risarcimento del maggior danno subito rispetto alla cauzione incamerata con riferimento alle due procedure sopra descritte, in relazione all'ingiustificato rifiuto alla stipula da parte della società convenuta. Il danno richiesto era quantificato nella complessiva somma di €. 12.497,59 per la prima procedura, ed €. 11.593,30 per la seconda, e così per un totale di €. 24.090,89 oltre rivalutazione e interessi, o nella diversa somma ritenuta equitativamente.

La società convenuta si costituiva in giudizio resistendo al ricorso con difese di mero stile.

All'udienza pubblica del 27 gennaio 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio che, sebbene la relativa eccezione non sia stata sollevata dalla parte resistente, si renda necessario svolgere alcune considerazioni preliminari sulla giurisdizione del giudice amministrativo nella presente controversia.

1.1. La causa decidenda riguarda il rifiuto alla stipula del contratto da parte della società affidataria di una procedura di evidenza pubblica ex D. Lgs. 50/2016 (Tecmo.Edilizia S.r.l.); tale condotta si colloca, nell'ambito della procedura selettiva, in epoca successiva all'aggiudicazione della gara, ma antecedente alla stipula. Nel giudizio, ANAS fa valere un diritto soggettivo (la libertà negoziale della stazione appaltante, e il diritto di quest'ultima alla conclusione del contratto, situazioni giuridiche soggettive incise dal rifiuto della parte resistente). Conseguentemente, il T.A.R. potrà ritenersi titolare del potere di conoscere della controversia, solo ove la stessa risulti assoggettata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 103 della Costituzione).

La disposizione normativa di riferimento è costituita dall'art. 133 comma 1 lettera 'e' c.p.a., che prevede: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: [...] e) le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; [...]».

L'art. 133, dunque, prevede la giurisdizione esclusiva del G.A. per le controversie (anche di carattere risarcitorio) riguardanti procedure di affidamento.

La questione che qui occorre dirimere è costituita dall'individuazione del momento conclusivo della procedura di affidamento, ovvero della fase oltre la quale non sussiste più la giurisdizione esclusiva del G.A., e torna a riespandersi l'ordinario criterio di riparto fissato dall'art. 103 della Costituzione, con conseguente giurisdizione del G.O. sulle controversie che abbiano ad oggetto diritti soggettivi.

Sul punto si fronteggiano due tesi.

Secondo la prospettazione seguita dalla Corte di Cassazione in una recente pronuncia a Sezioni Unite (resa con riferimento al quadro normativo di cui al previgente D. Lgs. 163/2006) l'aggiudicazione della gara segna il momento conclusivo della procedura selettiva, e il confine invalicabile (*salva la declaratoria di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione stessa*) della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: «[...]nella vigenza del codice del processo amministrativo, ed in relazione a vicende riconducibili alla disciplina dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, il riparto di giurisdizione deve ritenersi articolato nel modo seguente: a) era ed è disciplinato con la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 cod. proc. amm., sulle controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolti dai

soggetti colà indicati, da intendersi comprensive della fase procedimentale dall'inizio della procedura sino al suo esito con l'efficacia del suo provvedimento conclusivo, cioè con l'aggiudicazione definitiva [...]; b) era ed è regolato, invece, quanto alla situazione successiva all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto, ivi compresa la sua anticipata esecuzione, secondo il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo di modo che si configurava la giurisdizione del giudice amministrativo solo in presenza di una controversia inerente all'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere astratto previsto dalla legge, mentre, al di fuori di tal caso (e, dunque, in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere di quel genere), la situazione era di diritto comune e, dunque, si configurava la giurisdizione del giudice ordinario; [...]» (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 ottobre 2018, n. 24411; cfr. in termini adesivi: TAR Puglia, Bari, I, 8 marzo 2021 n. 420).

A tale impostazione si contrappone una diversa concezione, che estende la giurisdizione esclusiva anche al segmento procedimentale successivo all'aggiudicazione, fino all'intervenuta sottoscrizione del contratto. Tale seconda tesi è stata sostenuta in recenti pronunce del giudice amministrativo di primo e secondo grado, e in numerosi pregressi interventi della Corte di Cassazione: «*sin dall'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, è prevalso un modello ricostruttivo della fase compresa fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, considerata a valenza "pubblicistica", in termini tali da ricomprendere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie risarcitorie da responsabilità, appunto, precontrattuale (da ultimo, si veda, in tal senso, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454, che richiama altri precedenti che fecero quell'affermazione, reputata espressione di un "vasto orientamento delle Sezioni Unite in materia di appalti pubblici": Cass. S.U. 27 febbraio 2007, n. 4425 e id., 4 febbraio 2009, n. 2634, tra le altre). [...]* La giurisprudenza del Consiglio di Stato interpreta l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm. riferendo l'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva a tutte le fasi della procedura di gara ad evidenza pubblica comprendendovi quella successiva all'aggiudicazione, prima della stipulazione del contratto, [...] con conseguente

giurisdizione amministrativa in tema di escussione della cauzione provvisoria ed eventuale risarcimento dei danni derivati alla pubblica amministrazione, in qualità di stazione appaltante, dalla mancata stipulazione del contratto imputabile all'aggiudicatario "decaduto" (cfr. Cons. Stato, III, 31 agosto 2016, n. 3755 e, di recente, id., II, 31 dicembre 2020, n. 8546) [...]» (Consiglio di Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7217; cfr: II, 31 dicembre 2020, n. 8546; TAR Toscana, Firenze, 1° giugno 2020, n. 664).

Ritiene il Collegio che tale seconda prospettazione sia da preferire, e ciò anche in relazione alla disciplina della fase compresa tra l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto recata dall'art. 32 del D. Lgs. 50/2016. La disposizione *de qua*, invero, non consente di individuare una cesura netta tra la fase che precede l'aggiudicazione e quella successiva all'adozione di tale atto, ma antecedente alla stipula del contratto. Nel descrivere l'incedere della procedura selettiva, la norma citata individua una fase "intermedia" (*post* aggiudicazione ed *ante* stipula) che viene regolamentata con evidenti rinvii alla normativa pubblicistica, e che è popolata da numerosi atti o comportamenti espressivi di un potere autoritativo dell'Amministrazione. L'art. 32 comma 6 cit., in particolare, puntualizza che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, e introduce così un necessario distacco temporale tra l'atto conclusivo della gara e la stipula del contratto, la cui indefettibilità è confermata dal comma 10, afferente allo *stand still*. Il successivo comma 7 colloca in tale ambito temporale la verifica, da parte della P.A., della sussistenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario (al cui positivo esito è condizionata l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione). Nel medesimo *spatium temporis* può altresì verificarsi, in virtù del primo periodo del comma 8, l'eventuale esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante, assoggettati alla legge sul procedimento amministrativo (L. 241/1990).

Tale fase intermedia, non espressamente contemplata dalla disposizione processuale di cui all'art. 133 comma 1 lettera 'e' c.p.a., in ragione della natura pubblicistica ed autoritativa dei poteri di controllo ed autotutela in essa

esercitati dalla P.A., non può che essere ricompresa, ai fini dell'applicazione della citata lettera 'e', nell'ambito della procedura selettiva, e ricondotta dunque, anch'essa, alla giurisdizione esclusiva del G.A.: «[...] *la (necessaria) dilazione imposta [...] tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto (cfr. art. 32, commi 10 ss. d. lgs. n. 50/2016), non sottrae la relativa subfase alla fase pubblicistica (e, di conserva, alla giurisdizione amministrativa), trattandosi di fase ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante (cfr. art. 30, comma 8 d. lgs. cit.)*» (Consiglio di Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5498).

In virtù di quanto precede, il Collegio ritiene dunque sussistente, nella causa decidenda, la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo adito: «*In sintesi, così come il giudice amministrativo conosce dei provvedimenti amministrativi successivi all'aggiudicazione, costituenti un proseguimento della fase pubblicistica della procedura (adottati in funzione di revisione o di riesame in autotutela ovvero di verifica della correttezza dell'aggiudicazione e dell'affidabilità dell'aggiudicatario funzionale alla stipulazione del contratto), la sua giurisdizione esclusiva include le controversie risarcitorie (attinenti indifferentemente alla lesione di diritti soggettivi o di interessi legittimi), la cui instaurazione trova fondamento e ragion d'essere nell'adozione o nella caducazione di detti atti*» (Consiglio di Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7217).

2. Tanto precisato in ordine alla conoscibilità della controversia da parte di questo TAR, può ora procedersi allo scrutinio nel merito del ricorso.

2.1. Il rifiuto di stipulare opposto da Tecmo.Edilizia S.r.l. ad ANAS, del tutto privo di giustificazioni idonee a rendere legittima la condotta della ditta (ben essendo noto *ab origine* alla società il luogo ove le prestazioni avrebbero dovuto essere eseguite, e non avendo alcuna rilevanza giustificativa i rapporti interni tra la società offerente e i propri collaboratori), integra una condotta colposa lesiva dei canoni comportamentali della correttezza e della buona fede, oltre che della libertà negoziale della stazione appaltante, e del diritto di quest'ultima di addivenire alla stipula del contratto alle condizioni definite dall'esito della gara (art. 32 comma 8, art. 93 comma 6 del D. Lgs. 50/2016).

Da tale illecito sorge l'obbligo risarcitorio in capo all'originario soggetto aggiudicatario, al quale la lesione dei diritti di ANAS è, per quanto sopra, imputabile.

2.2. La responsabilità della società convenuta, scaturendo dalla violazione di norme comportamentali e vincoli che attengono alla fase antecedente alla stipula di un negozio, deve essere qualificata come precontrattuale.

Orbene, in caso di responsabilità precontrattuale, il danno risarcibile è limitato al cd. interesse negativo, ovvero al maggior costo sostenuto dalla parte cui non è imputabile il mancato perfezionamento del negozio.

Nel caso di specie, l'interesse negativo veniva correttamente quantificato da ANAS nella maggior somma derivante dall'aggiudicazione al nuovo contraente, rispetto alla spesa risultante dall'offerta della prima aggiudicataria Tecmo.Edilizia S.r.l., al netto della cauzione incamerata (*si vedano in tal senso: Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2634; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; Consiglio di Stato, III, 31 agosto 2016, n. 3755*).

Come comprovato dalla ricorrente, tale somma ammonta, per la prima gara, a €. 12.497,59, e per la seconda (alla quale si ritiene applicabile lo stesso criterio di quantificazione, sebbene l'aggiudicatario finale sia stato selezionato all'esito di una nuova procedura, e ciò anche in relazione alla carenza di qualsivoglia contestazione in proposito da parte della resistente) a €. 11.593,30, per un importo totale di €. 24.090,89.

2.3. Per mero scrupolo di completezza, si evidenzia come non possa essere d'ostacolo all'accoglimento della domanda l'avvenuta escussione, ad opera della P.A., della cauzione presentata dalla resistente.

La giurisprudenza ha infatti chiarito che la cauzione prevista nelle procedure selettive del contraente della P.A. non ha natura di clausola penale (che avrebbe comportato la non risarcibilità del maggior danno, in difetto di specifica previsione, *ex art. 1382 c.c.*), bensì di caparra confirmatoria, con conseguente diritto della parte pregiudicata ad ottenere il risarcimento del maggior danno subito. In tali termini: «*In proposito la sentenza di primo grado*

condivide il principio (già richiamato dalla sentenza n. 3755/2016) che la stazione appaltante può agire per ottenere il risarcimento del danno effettivo per il caso di mancato stipula del contratto imputabile all'aggiudicatario, quando esso ecceda l'importo della cauzione provvisoria. [...] il detto principio è stato già affermato in giurisprudenza da Cass. S.U. 4 febbraio 2009, n. 2634 (la quale, nel vigore dell'art. 30 della legge n. 109 del 1994 - ha configurato la cauzione provvisoria o la garanzia fideiussoria in sua sostituzione, non come clausola penale, bensì come caparra confirmatoria, che consente al beneficiario non solo di incamerare immediatamente le somme oggetto della cauzione, ma anche di agire per il risarcimento del maggior danno), nonché da Cons. Stato, IV, 22 dicembre 2014, n. 6302, sia pure con affermazione incidentale» (Consiglio di Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7217).

2.4. L'importo spettante ad ANAS a titolo di risarcimento del danno, pari a €. 24.090,89, dovrà essere maggiorato di rivalutazione ed interessi dal giorno del rifiuto alla stipula, al deposito della presente sentenza, e di interessi legali dall'intervento della sentenza al soddisfo.

3. Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza, e vengono pertanto poste a carico della società resistente, che sarà tenuta a rifonderle ad ANAS S.p.a.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie come da motivazione e, per l'effetto, condanna la Tecmo.Edilizia S.r.l. alla corresponsione, in favore della ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, della somma di €. 24.090,89, maggiorata di rivalutazione ed interessi dal giorno del rifiuto (17 gennaio 2018) al deposito della presente sentenza, e di interessi legali dall'intervento della sentenza al soddisfo.

Condanna altresì la Tecmo.Edilizia S.r.l. alla refusione, in favore di ANAS S.p.a., delle spese processuali, che si liquidano nella misura di €. 1.500,00 (*millecinquecento/00*), oltre accessori di legge e in aggiunta all'integrale rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022

con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO