

Pubblicato il 11/02/2022

N. 00326/2022 REG.PROV.COLL.
N. 02086/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2086 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

Roads & Ecology di Garramone Maria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dagli avvocati Nicolò Palmieri e Giovanna Mevoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

New Group Infrastrutture S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'accertamento

dell'inadempimento di Roads & Ecology ovvero dell'illiceità ed antigiuridicità del rifiuto della stessa di concludere il contratto d'appalto relativo alla procedura negoziata "TOLAV046 17 SS. n. 33/II 337 357 659. Lavori di O.M. per il ripristino dei danni da incidenti, servizio di reperibilità ed interventi di emergenza

sulle SS.SS. del C.M. 2 Nucleo 5”, a seguito dell'aggiudicazione di cui al verbale del 5 dicembre 2017, disposta da ANAS;
e per la conseguente condanna al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roads & Ecology di Garramone Maria;

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. Mediante nota del 17 ottobre 2017 ANAS indiceva una procedura negoziata 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 C.C. 2 Nucleo 5*» sulle S.S. 33/II – 337 – 357 - 659, con un importo a base d'asta di €. 250.000,00, di cui €. 4.000,00 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 ditta Roads & Ecology partecipava alla gara in data 4 dicembre 2017, offrendo un ribasso del 20,67 %. Con nota del 14 dicembre 2017 ANAS aggiudicava i lavori alla suddetta società, per un importo di €. 199.151,80, di cui €. 195.151,80 per lavori ed €. 4.000,00 per oneri di sicurezza. ANAS in tale occasione precisava che: «*ai sensi dell'art. 32 comma 7 D. Lgs. 50/2016, l'aggiudicazione diverrà efficace ad esito positivo delle verifiche sul possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, già avviate da questo Ufficio*».

2. Con propria successiva nota del 23 dicembre 2017 Roads & Ecology comunicava ad ANAS di aver ceduto ad altra impresa il ramo di azienda, chiedendo alla stazione appaltante di aggiudicare la gara alla ditta seconda classificata.

ANAS con nota del 17 gennaio 2018 prendeva atto della comunicazione di Roads & Ecology, e annullava l'aggiudicazione procedendo ai sensi dell'art. 93 comma 6 D. Lgs. 50/2016 ad escutere la garanzia provvisoria di €. 2.500,00.

La stazione appaltante aggiudicava la gara all'impresa seconda classificata, New Group Infrastrutture S.r.l., per l'importo da quest'ultima offerto e pari a €. 208.194,76 (comprensivi di €. 4.000,00 a titolo di oneri per la sicurezza), con un conseguente maggior costo di €. 9.042,96. Al netto della cauzione provvisoria incamerata (pari a €. 2.500,00), il maggior costo cui la società rimaneva effettivamente esposta ammontava a €. 6.542,96.

3. Con l'atto introduttivo del presente giudizio ANAS instava per la condanna della Roads & Ecology al risarcimento del maggior danno subito rispetto alla cauzione incamerata, con riferimento all'ingiustificato rifiuto alla stipula da parte della società convenuta, per la complessiva somma di €. 6.542,96 oltre rivalutazione e interessi, o per la diversa somma ritenuta equitativamente.

La società convenuta si costituiva in giudizio chiedendo la reiezione della domanda e sollevando, in sede preliminare, eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di giurisdizione del G.A., di decadenza di ANAS dall'esercizio dell'azione risarcitoria, e di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso per violazione dell'art. 119 c.p.a.

La parte ricorrente rilevava l'inammissibilità e chiedeva l'estromissione dal fascicolo di causa della memoria *ex art.* 73 c.p.a. di Roads & Ecology, in quanto depositata dalla parte resistente alle ore 17,15 del giorno di scadenza (27 dicembre 2021), e dunque oltre il termine perentorio delle ore 12,00.

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

DIRITTO

1. In via preliminare deve essere decisa la questione della tempestività del deposito della memoria conclusiva della parte resistente, avvenuto oltre le ore 12,00 dell'ultimo giorno utile (27 dicembre 2021).

Ritiene il Collegio che dirimente nel senso della tardività sia il disposto di legge (art. 4, comma 4, disp. att. c.p.a.) che considera il deposito effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile come "*effettuato il giorno successivo*" (in tal senso, Sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1137).

Nondimeno, in presenza di oggettive incertezze giurisprudenziali e a fronte del dubbio sollevato dalla resistente stessa in ordine all'eventuale assoggettamento della controversia al rito accelerato di cui all'art. 119 c.p.a., può concedersi alla Roads & Ecology, nel caso di specie, il beneficio (che il Giudice può disporre anche *ex officio* ai sensi dell'art. 37 c.p.a.) della rimessione in termini per errore scusabile.

2. Il Collegio prende ora in esame l'eccezione di carenza di giurisdizione sollevata dalla ditta resistente, che si ritiene infondata per le considerazioni di seguito esposte.

2.1. La causa decidenda riguarda il rifiuto alla stipula del contratto da parte della ditta affidataria di una procedura di evidenza pubblica *ex D. Lgs. 50/2016* (Roads & Ecology); 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, 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 (essenzialmente ai fini del c.d. stand still, preordinato al consolidamento della scelta del contraente, a fronte della possibile proposizione di ricorsi giurisdizionali) 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 decedenda, 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).*

3. Occorre ora scrutinare l'ulteriore eccezione preliminare sollevata da Roads & Ecology, riguardante la dedotta decadenza nella quale sarebbe incorsa la stazione appaltante, rispetto ai termini per la proposizione dell'azione risarcitoria di cui all'art. 30 c.p.a.

Ancora una volta l'eccezione non è fondata.

La causa, come precisato al precedente punto 1, verte invero su diritti soggettivi (tale è il diritto di ANAS alla stipula del contratto), conseguentemente il relativo atto introduttivo non può ritenersi assoggettato ad alcuno dei termini di decadenza introdotti dall'art. 30 c.p.a., che riguardano i soli ricorsi con i quali si chiede il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo.

In tal senso è attestata la costante giurisprudenza: *«non si applica il termine di decadenza di centoventi giorni di cui al comma 3 (decorrente dal giorno del fatto o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo), né quello di cui al comma 5 (decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza), dato che: - il primo testualmente riguarda “la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi”, i quali fanno capo ai privati nei confronti della pubblica amministrazione, ma non viceversa; - il secondo riguarda l’azione di annullamento di un provvedimento amministrativo, esercitata, sempre dal privato, in un giudizio concluso con sentenza di accoglimento; [...]. È da condividere l’affermazione della sentenza appellata secondo cui il meccanismo dell’art. 30, commi 3 e 5, cod. proc. amm. è “strettamente tarato sulla lesione dell’interesse legittimo del privato e ... risulterebbe praticamente di impossibile applicazione alla fattispecie che ci occupa [...] Essendo questa un’azione di condanna al risarcimento di danni per lesione di diritti soggettivi in materia di giurisdizione esclusiva, non è soggetta a termine di decadenza, ma soltanto all’ordinario termine di prescrizione quinquennale decorrente dalla data del fatto lesivo (nel caso di specie, l’annullamento dell’aggiudicazione [...])»* (Consiglio di Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7217; TAR Toscana, Firenze, I, 1° giugno 2020, n. 664).

Anche nel caso che qui ci occupa, la domanda proposta dalla ricorrente riguarda il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi della stazione appaltante, causato dalla condotta (rifiuto alla stipula) della ditta aggiudicataria, di cui il G.A., ai sensi dell’art. 30 comma 6 c.p.a., conosce in sede di giurisdizione esclusiva. L’azione non può dunque ritenersi assoggettata a termini decadenziali di sorta, ma soggiace unicamente al termine quinquennale di prescrizione, che nel caso di specie non risultava decorso al tempo della proposizione del ricorso.

L’iniziativa processuale di ANAS è dunque tempestiva, ricevibile e ammissibile.

4. Secondo Roads & Ecology ANAS S.p.a. sarebbe incorsa altresì nell’inosservanza dei termini processuali di cui all’art. 119 c.p.a., con conseguente inammissibilità del ricorso introduttivo.

Anche tale ulteriore eccezione preliminare risulta priva di fondamento.

L'art.119 c.p.a., nell'individuare le cause che formano oggetto del processo accelerato ivi disciplinato, prevede, per quanto qui rileva, che: «1. *Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture[...]; [...]*».

Orbene, il tenore letterale della norma riportata, che fa espresso riferimento a controversie relative a «*provvedimenti*», riguarda unicamente le cause che, nell'ambito delle procedure di affidamento, vertono su azioni di annullamento, non anche alle controversie di carattere esclusivamente risarcitorio, come quella oggetto del presente giudizio. Oltre che dal dato letterale, la suddetta conclusione è del resto confortata da un'interpretazione di carattere sistematico e teleologico della norma. Invero, nelle cause risarcitorie non sussistono quelle esigenze di particolare celerità che hanno indotto il legislatore, per alcune materie, ad accelerare lo svolgimento dell'attività processuale.

In tal senso è costante la posizione della giurisprudenza: «*La controversia in questione non riguarda la procedura di affidamento [...] ma attiene esclusivamente all'azione risarcitoria proposta dalla ricorrente: ciò comporta l'inapplicabilità a questo giudizio del rito abbreviato di cui all'art. 119, comma 1, lettera a), c.p.a., mancando la ratio per la quale il legislatore ha ritenuto di favorire, in deroga ai termini processuali ordinari, una più rapida tutela degli interessi pubblici in ambiti individuati (cfr. Cons. Stato, Sez. IV 30/12/2016 n. 5551)*» (Consiglio di Stato, III, 26 marzo 2018, n. 1882; cfr.: id., Adunanza Plenaria, 30 luglio 2007, n. 9; id., sez. IV, 7 aprile 2014, nr. 1605; id., sez. IV, 30 dicembre 2016, n. 5551).

5. Tanto precisato in ordine all'ammissibilità del ricorso, conviene passare alla valutazione dello stesso nel merito.

5.1. Il rifiuto di stipulare opposto da Roads & Ecology ad ANAS è del tutto privo di giustificazioni idonee a rendere legittima la condotta della ditta.

Roads & Ecology, a seguito dell'aggiudicazione, era tenuta alla stipula, e aveva contratto un vincolo in tal senso nei confronti di ANAS S.p.a. (art. 32 comma 8, art. 93 comma 6 del D. Lgs. 50/2016). La ditta resistente afferma che l'avvenuto perfezionamento di una cessione di ramo d'azienda, siccome contemplata espressamente dall'art. 106 D. Lgs. 50/2016, costituirebbe legittima giustificazione, e fattispecie idonea ad escludere la cogenza dell'obbligazione.

Orbene, tale ricostruzione non può essere seguita. Innanzi tutto, occorre evidenziare come la previsione dell'art. 106 del Codice dei Contratti pubblici riguardi la fase, estranea alla presente causa, di modifica del contratto già in vigore tra le parti. La disposizione invocata da parte resistente non può dunque trovare applicazione nella fattispecie decedenda.

Inoltre, la piena legittimità (per vero mai contestata da ANAS) delle operazioni di riorganizzazione aziendale, eventualmente poste in essere dall'aggiudicatario, non esclude che, nel contempo, dette operazioni non costituiscono causa di estinzione delle obbligazioni sussistenti in capo a chi le pone in essere. Tale conclusione trova conferma nella stessa giurisprudenza citata dalla parte ricorrente, che ha ritenuto applicabile, anche nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'art. 51 del previgente D. Lgs. 163/2006 e i principi ad esso sottesi: *«Sul piano normativo, la possibilità di subentro risultava disciplinata dall'art. 51 del d.lgs. 163/2006, che, - pur in presenza di un divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quello risultante dall'offerta, affermato dall'art. 37, comma 9, ed oggi riproposto dall'art. 48, comma 9, dl d.lgs. 50/2016 - con riferimento alle "vicende soggettive dell'offerente e dell'aggiudicatario" prevedeva che l'affittuario di un'azienda o di un ramo d'azienda subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara. La disposizione non è stata riprodotta nel nuovo codice dei contratti, che, all'art. 106, contempla espressamente soltanto la modifica del contraente. Ciononostante, il principio da essa affermato, dell'ammissibilità di modifiche soggettive dei concorrenti anche*

nella fase di aggiudicazione dell'appalto, può ritenersi tuttora applicabile. In tal senso, la delibera dell'ANAC n. 244 del 8 marzo 2017, che sottolinea la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali repute opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015)» (Consiglio di Stato, III, 18 settembre 2019, n. 6216).

Il condivisibile principio di diritto affermato dal Giudice di appello, tuttavia, non può tornare utile alla prospettazione della parte ricorrente, non essendo stato in alcun modo affermato che la cessione del ramo d'azienda liberi l'offerente dai vincoli derivanti dalla precedente partecipazione alla gara. L'art. 51 D. Lgs. 163/2006 invero, lungi dall'affrancare dagli obblighi assunti il cedente il ramo d'azienda, si limitava a prevedere la prosecuzione della procedura selettiva in capo al cessionario, previa verifica dei requisiti in capo a quest'ultimo: *«Ai sensi dell'art. 51, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, qualora i candidati o concorrenti consorziati cedano o affittino l'azienda o un ramo d'azienda, il cessionario o l'affittuario sono ammessi alla gara previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, per cui l'operatività della norma postula la comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuto contratto di fitto o cessione del ramo di azienda e l'avvenuta comprova dei requisiti»* (TAR Marche, Ancona, I, 22 settembre 2017, n. 723).

Applicando tale ricostruzione ermeneutica alla fattispecie di Roads & Ecology, si deduce che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto comunicare alla stazione appaltante l'avvenuta cessione, e consentire ad ANAS di procedere alla verifica dei requisiti in capo al cessionario (Roads S.r.l.), il quale, al positivo esito di tale fase, sarebbe stato ammesso a sottoscrivere il contratto con la stazione appaltante.

Rimane dunque confermata l'irrilevanza giustificativa della vicenda della cessione rispetto al rifiuto di osservare gli obblighi derivanti dalla presentazione dell'offerta e dalla successiva aggiudicazione. Quanto sopra,

peraltro, vale a maggior ragione nel caso in esame, laddove tra la data di presentazione dell'offerta (4 dicembre 2017) e il perfezionamento della cessione (7 dicembre 2017) intercorrevano tre soli giorni, ciò che rende evidente come, secondo *l'id quod plerumque accidit*, Roads & Ecology al tempo della partecipazione alla gara fosse già pienamente consapevole dell'imminente trasformazione che l'avrebbe riguardata.

5.2. In definitiva, il rifiuto di stipulare di Roads & Ecology 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.

5.3. 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 Roads & Ecology, 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 a €. 6.542,96.

5.4. Contrariamente a quanto sostenuto dalla ditta resistente, si evidenzia come non possa essere d'ostacolo all'accoglimento della domanda risarcitoria

l'avvenuta escussione, ad opera di ANAS S.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 mancata 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).

5.5. L'importo spettante ad ANAS a titolo di risarcimento del danno, pari a €. 6.542,96, 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.

6. 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 ditta individuale

Roads & Ecology di Garramone Maria alla corresponsione, in favore della ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, della somma di €. 6.542,96, maggiorata di rivalutazione ed interessi dal giorno del rifiuto (23 dicembre 2017) al deposito della presente sentenza, e di interessi legali dall'intervento della sentenza al soddisfo.

Condanna altresì la ditta individuale Roads & Ecology di Garramone Maria 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