



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6080 del 2020, proposto da AVR s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Marotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giancarlo Caracuzzo in Roma, via di Villa Pepoli, 4;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 00803/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2023 il Cons. Alberto Urso e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con delibera del Consiglio comunale dell'11 marzo 2013 il Comune di Caserta - all'epoca in stato di dissesto dichiarato giusta delibera consiliare del 24 novembre 2011 - indicava procedura di gara per l'affidamento del servizio integrato per la gestione e manutenzione del patrimonio infrastrutturale stradale.

Il servizio, a seguito di contenzioso definito giusta sentenza di questo Consiglio di Stato n. 347 del 2015, veniva aggiudicato alla AVR s.p.a. con d.d. del 24 marzo 2015, seguita da consegna anticipata per motivi d'urgenza.

2. A seguito di alcune vicende intermedie - costituite da una dichiarazione di recesso dall'affidamento resa dal Comune il 18 maggio 2016 e successivamente annullata dallo stesso - con determinazione del 9 novembre 2016 il Comune revocava in autotutela la procedura di gara e la conseguente aggiudicazione in ragione del proprio stato di dissesto e dei conseguenti limiti di spesa previsti.

3. La AVR proponeva ricorso domandando il risarcimento del danno conseguente agli atti e comportamenti tenuti dall'amministrazione anteriormente all'adottata revoca, a fronte della condotta negligente e contraria a buona fede nell'indizione e gestione della procedura (pervenendo infine anche alla consegna in via d'urgenza alla stessa AVR) pur essendo il Comune consapevole del proprio stato di crisi finanziaria.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza del Comune di Caserta, a seguito di ordinanza istruttoria volta all'acquisizione di informazioni sulle vicende di un contratto di transazione *inter partes* del 16 ottobre 2017 prodotto dal Comune, nonché sullo stadio della procedura di riequilibrio finanziario frattanto attivata dallo stesso Comune, accoglieva la domanda risarcitoria riconoscendo la responsabilità

precontrattuale dell'amministrazione, e rimandava alla stessa la formulazione *ex art.* 34, comma 4, Cod. proc. amm. di una proposta per il risarcimento del danno emergente subito dalla ricorrente.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello la AVR deducendo *error in iudicando* con riferimento al secondo motivo di ricorso: sulla qualificazione della natura della responsabilità del Comune di Caserta e sulla determinazione del danno risarcibile.

6. Resiste al gravame il Comune di Caserta, chiedendone la reiezione.

7. All'udienza pubblica del 9 febbraio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente dichiarata inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune, il quale afferma che spetta al giudice ordinario la cognizione della domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale: come noto, la giurisdizione è contestabile in appello solo se il suo difetto «è *dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione*» (art. 9 Cod. proc. amm.), sicché non è ammissibile una mera eccezione difensiva al riguardo in difetto di specifico gravame sul punto.

2. Con unico motivo di gravame, variamente articolato, l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nell'escludere la natura contrattuale della responsabilità dell'amministrazione, la quale discende invero da un contatto sociale qualificato e impone conseguentemente il risarcimento del danno sia da interesse negativo che da interesse positivo.

In tale prospettiva, la specifica e qualificata relazione sussistente tra l'amministrazione e il cittadino nella dimensione procedimentale determina l'insorgere di obbligazioni *ex art.* 1173 Cod. civ. la cui violazione non può che dar luogo a responsabilità di natura contrattuale.

Alla luce di ciò, andrebbe riconosciuto alla AVR, a fronte della responsabilità (contrattuale) della stazione appaltante nei termini suindicati, anche l'interesse

positivo, e in specie il risarcimento del danno per mancato guadagno, quantificabile nel 10% delle opere ineseuite, pari a €600.000,00.

Sotto altro profilo, in relazione al risarcimento del danno riconosciuto dalla sentenza di primo grado, l'appellante "*ribadisce*" e "*ripropone*" la quantificazione puntuale per le spese di partecipazione alla gara sostenute (pari a €43.633,20) e di messa in opera del servizio (per €835.881,85).

Si duole inoltre del mancato riconoscimento delle spese per precedenti contenziosi volti al conseguimento dell'aggiudicazione, riconducibili a una condotta illegittima dell'amministrazione in nesso di causalità con la spesa sopportata, considerato in specie che, se il Comune non avesse bandito una gara priva delle relative coperture finanziarie, AVR non avrebbe avviato il contenzioso per l'aggiudicazione della stessa, né affrontato le corrispondenti spese.

Ancora, l'appellante deduce l'erroneità della statuizione della sentenza che prevede la decurtazione delle somme corrisposte dal Comune in forza della transazione stipulata fra le parti, somme che non trovano neppure parzialmente la propria ragione causale nella pretesa risarcitoria azionata dalla AVR, riguardando piuttosto il pagamento di fatture scadute per lavorazioni effettuate e canoni pregressi rimaste insolute; inoltre, la transazione si sarebbe nella specie risolta di diritto in ragione dell'inadempimento del Comune.

Conseguentemente, l'appellante censura anche l'erronea compensazione integrale delle spese di lite, disposta dal giudice di primo grado per effetto del richiamo al mancato deposito del detto atto transattivo da parte della ricorrente.

Parimenti erronea sarebbe la sentenza nella parte in cui esclude la risarcibilità del danno derivante dalla perdita di ulteriori occasioni di guadagno in conseguenza della condotta del Comune, considerato che il danno da perdita di *chance* può essere riconosciuto anche su base deduttiva, facendo applicazione del canone del "più probabile che non".

Conclusivamente, l'appellante chiede il riconoscimento di un danno complessivo pari a € 1.599.717,96 e, in subordine, pari a € 1.252.917,96 a fronte di una

qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità, con riduzione del mancato utile alla misura del 3% del valore della base d'asta.

2.1. Il motivo non è fondato, seppur a fronte delle precisazioni motivazionali di seguito indicate.

2.1.1. Viene fatta valere dall'appellante la responsabilità da comportamento dell'amministrazione in relazione all'aver bandito e portato avanti una procedura di gara senza adeguate cautele a fronte della propria situazione finanziaria, e ingenerando in capo all'operatore un affidamento circa il buon esito e la possibilità di eseguire la prestazione messa a bando.

Ne consegue che si è in presenza senz'altro di una responsabilità di natura *precontrattuale*, perché inerente alla libertà di autodeterminazione della controparte a fronte del dovere di correttezza gravante in capo all'amministrazione (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in cui si pone in risalto il legame che al riguardo “*si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale*”; cfr. anche Id., 29 novembre 2021, n. 21; già Id., 5 settembre 2005, n. 6; V, 11 gennaio 2021, n. 368).

In tale contesto, risulta decentrato ai fini delle domande dell'appellante il richiamo al contatto sociale qualificato, di suo non conducente nella specie per poter fondare un diverso titolo di responsabilità o comunque un differente *danno risarcibile* invocabile dalla AVR, atteso che - quale che sia la fonte dei (certamente sussistenti) obblighi di condotta secondo buona fede *ex art. 1337 Cod. civ. in capo all'amministrazione* (cfr. in termini generali, oggi, anche l'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990) - a fronte del tipo di comportamento censurato (e conseguente lesione provocata) la responsabilità che ne consegue in capo al Comune di Caserta non può che essere di natura *precontrattuale* (*i.e.*, per condotta contraria a buona fede e diligenza in relazione alla indizione e gestione della procedura di gara), e il danno risarcibile resta in ogni caso quello del solo interesse negativo, a non essere coinvolti cioè in trattative inutili e infruttuose (cfr. Cons. Stato, V, 15 giugno 2022,

n. 4901; Id., Ad. plen. n. 21 del 2021, cit.; III, 2 aprile 2019, n. 2181).

Al riguardo, non può assumere alcun rilievo il danno da mancato conseguimento dell'utile correlato all'affidamento, espressivo dell'interesse *positivo* (i.e., all'affidamento, non già al mancato coinvolgimento nelle attività per conseguirlo), che è anzi logicamente incompatibile con la censura della condotta antigiuridica e negligente tenuta dall'amministrazione in relazione alla gestione della gara (condotta da cui non può che discendere un danno patito per essere stati coinvolti in una siffatta gara, *in primis* per le spese di procedura inutilmente sopportate), interesse (positivo) che nella specie avrebbe potuto essere (diversamente) coltivato con (necessaria) censura del provvedimento di revoca, da cui è conseguito il venir meno dell'affidamento; in tale prospettiva, difetta in radice il nesso causale tra il danno da interesse positivo e la condotta censurata della stazione appaltante, concernente la negligente e inadeguata indizione e gestione della gara, seppure eventualmente nel quadro di un contatto qualificato.

Né assume rilievo, in senso opposto, l'intervenuta consegna anticipata del servizio, che non vale di suo a immutare la natura (precontrattuale) della specifica responsabilità (e il corrispondente danno risarcibile) incentrata sul comportamento di negligente (e contraria agli obblighi di buona fede) indizione e gestione della gara da parte della stazione appaltante, profilo cui non può ricollegarsi un danno da mancata esecuzione della commessa.

2.1.2. In tale contesto, anche le censure volte al riconoscimento delle spese relative al contenzioso e alla liquidazione del danno secondo la determinazione fattane dalla ricorrente non sono suscettibili di favorevole apprezzamento.

Quanto a quest'ultimo profilo, è inammissibile la mera riproposizione della quantificazione dei danni in relazione alle voci risarcitorie coincidenti con quelle riconosciute dal giudice di primo grado, atteso che quest'ultimo ha specificamente statuito in termini di accoglimento della domanda *ex art. 34*, comma 4, Cod. proc. amm., determinando anche i *criteri* per la quantificazione del danno (fra cui l'acquisizione delle fatture, la verifica di rispondenza con le scritture contabili,

etc.), profili non specificamente e motivatamente gravati dalla AVR come tali, non potendo rilevare a tal fine la mera riproposizione della quantificazione proposta in primo grado.

Va poi confermato, in relazione all'altro profilo, il mancato riconoscimento delle spese relative al contenzioso affrontato dall'appellante ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, non solo perché trattasi di voce - afferente alle spese legali - di suo rimessa *ex art.* 91 Cod. proc. civ. al governo del giudice investito della controversia (cfr. Cons. Stato, n. 4901 del 2022, cit.), ma anche, in ogni caso, in quanto avente un distinto e autonomo fondamento causale costituito dall'illegittimità del provvedimento originario.

2.1.3. Anche le doglianze volte a colpire la disposta decurtazione dal *quantum* risarcitorio delle somme corrisposte dal Comune a titolo transattivo sono da respingere, seppur con le precisazioni motivazionali che seguono.

Emerge dall'esame del contratto di transazione prodotto in atti come questo abbia a oggetto proprio la definizione bonaria del contenzioso dinanzi al Tar (r.g. n. 1249 del 2017) oggi qui pendente in grado d'appello.

Allo stesso modo, è pacifico fra le parti l'intervenuto pagamento da parte del Comune (senza alcuna restituzione dalla beneficiaria AVR) di somme in forza di detto contratto transattivo: in tale contesto, le doglianze sollevate dall'AVR non valgono a escludere che tali somme, aventi causa proprio nella definizione transattiva (eventualmente cd. "mista", *ex art.* 1965, comma 2, Cod. civ.) del contenzioso - al di là dunque del diverso titolo originario delle somme dedotte e attratte nell'ambito della transazione - vadano decurtate (successivamente alla quantificazione del danno vero e proprio sulla base dei criteri stabiliti dal giudice di primo grado) nella determinazione dell'importo finale che l'amministrazione è chiamata a corrispondere all'AVR, salve le distinte pretese e doglianze che in relazione alla detta transazione l'AVR ritenesse di avanzare nelle competenti sedi, e considerato peraltro, in termini generali, che quest'ultima non può arricchirsi né

avvantaggiarsi di molteplici pagamenti in relazione alla medesima causale (cfr. ad es. il riconoscimento, nella sentenza, anche del risarcimento per “*spese sostenute per l’allestimento e la messa in opera del servizio di cui l’Amministrazione ha chiesto l’anticipata esecuzione*”).

2.1.4. Parimenti infondate sono le doglianze relative alla disposta compensazione delle spese di lite.

Secondo consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, la statuizione del primo giudice sulle spese e sugli onorari di giudizio costituisce espressione di un ampio potere discrezionale, anche ai fini della loro compensazione (se del caso pure per il riconoscimento sul piano equitativo dei giusti motivi per farvi luogo) come tale insindacabile in sede di appello, fatta eccezione per l’ipotesi di condanna della parte totalmente vittoriosa, oppure per il caso che la statuizione sia manifestamente irrazionale o si riferisca al pagamento di somme palesemente inadeguate (*inter multis*, cfr., per l’affermazione del principio e sua declinazione nelle diverse fattispecie, Cons. Stato, V, 7 febbraio 2023, n. 1298; III, 10 ottobre 2022, n. 8665; 5 settembre 2022, n. 7739; 11 luglio 2022, n. 5802; 6 maggio 2022, n. 3565; 11 aprile 2022, n. 2685; IV, 15 luglio 2022, n. 6036; 17 gennaio 2022, n. 278; VI, 20 gennaio 2022, n. 362; 1 marzo 2021, n. 1720; II, 30 novembre 2021, n. 7962; IV, 17 ottobre 2017, n. 4795; 10 gennaio 2014, n. 46; cfr., al riguardo, anche i principi affermati da C. cost., 19 aprile 2018, n. 77).

Nel caso di specie, la compensazione è motivata “*anche*” alla luce del mancato deposito della transazione da parte ricorrente, così sottintendendo una valutazione comunque (pure al di là di tale profilo, su cui cfr. peraltro *retro*, *sub* § 2.1.3, per il rigetto delle doglianze formulate dell’appellante circa la rilevanza del contratto di transazione nella determinazione delle somme da riconoscere) espressa in tal senso dal giudicante, la quale non presenta in ogni caso elementi di manifesta abnormità o illegittimità idonei alla sua riforma.

2.1.5. Quanto al lamentato mancato riconoscimento del danno da “perdita di *chance*”, va osservato che le mancate occasioni di guadagno (e, dunque, le *chance*

perdute), quale componente da lucro cessante dell'interesse negativo, vanno senz'altro provate, in quanto elemento integrativo della fattispecie risarcitoria, *sub specie* di danno patito dal danneggiato (cfr. Cons. Stato, n. 368 del 2021, cit.).

Non assume rilievo, in tale contesto, il richiamo al canone del cd. "più probabile che non", che costituisce semplicemente criterio eziologico operante in altro ambito (e rispetto a una diversa tipologia di "*chance*", cui l'appellante si richiama) qual è quello del danno da mancata aggiudicazione (o, in generale, da lesione di interesse legittimo pretensivo), laddove occorre dimostrazione della *chance* che il ricorrente aveva di conseguire il bene della vita (cfr. Cons. Stato, V, 22 novembre 2019, n. 7977; 11 luglio 2018, n. 4225; 18 giugno 2018, n. 3733; per una disamina degli orientamenti e la distinzione sulla nozione - *ontologica* o *eziologica* - di siffatta *chance*, cfr. Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 118).

Per questo, anche la doglianza relativa a tale elemento risulta infondata.

2.1.6. In tale contesto, anche la domanda subordinata, proposta a fronte della qualificazione in termini aquiliani della responsabilità va respinta, atteso che il mancato utile (diversamente quantificato dall'appellante a fronte di tale differente titolo di responsabilità evocato) non è comunque dovuto a fronte della natura *precontrattuale* della responsabilità scaturente dalla condotta dell'amministrazione oggetto di censura e della tipologia di danni effettivamente risarcibili alla luce di tale condotta e responsabilità.

3. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va respinto.

3.1. La particolarità della fattispecie e la complessità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO