

Pubblicato il 26/03/2019

N. 00117/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00264/2012 REG.RIC.
N. 00162/2013 REG.RIC.
N. 00081/2015 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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti riuniti ricorsi:

1) ricorso numero di registro generale 264 del 2012, proposto da Nidaco Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Occhionero, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Milano, n. 21;

contro

Comune di Termoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso lo studio legale Scarano, in Campobasso, corso Umberto I, n. 43;

nei confronti

T.U.A. - Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A., in persona del legale rappresentante p. t., non costituitasi in giudizio;

2) ricorso numero di registro generale 162 del 2013, proposto da Nidaco Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Occhionero, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Milano, n. 21;

contro

Comune di Termoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Gaetano Scoca, con domicilio digitale come da p.e.c. e domicilio eletto presso lo studio legale Scarano in Campobasso, corso Umberto I, n. 43;

nei confronti

T.U.A. - Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A., in persona del legale rappresentante p. t., non costituitasi in giudizio;

3) ricorso numero di registro generale 81 del 2015, proposto da Nidaco Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Occhionero, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Milano, n. 21;

contro

Comune di Termoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Derobertis, con domicilio come da p.e.c. e domicilio eletto presso lo studio Nicola Criscuoli, in Campobasso, via U. Petrella, n. 22;

nei confronti

T.U.A. - Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A., in persona del legale rappresentante p. t., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 264 del 2012, dei seguenti atti: 1) la deliberazione del Consiglio comunale n. 58 del 18.07.2012 con la quale il Comune di Termoli ha inteso dare avvio alle procedure di scioglimento e messa in liquidazione della T.U.A. Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A.; 2) il verbale di assemblea straordinaria della T.U.A. - Repertorio n. 28730, Raccolta 15535 del 13.09.2012 con il quale l'Assemblea, nel delineare i compiti del liquidatore, ha attribuito al medesimo il compito di revocare la *“determina del responsabile del Procedimento del 03.10.2005 con la quale è stata disposta la aggiudicazione definitiva, a favore della società Nidaco Costruzioni S.r.l., dei lavori di Progettazione e realizzazione di un parcheggio multipiano in Piazza Sant'Antonio, riqualificazione della Piazza stessa e dell'area di Pozzo Dolce e delle aree e viabilità circostanti”*; 3) la deliberazione di Giunta comunale n. 64 del 01.03.2012 ed il connesso parere *pro-veritate* reso dal Prof. Avv. Franco Gaetano Scoca; 4) la deliberazione di Giunta comunale n. 221 del 20.06.2012 ed il connesso parere *pro-veritate* reso dal dott. Carmine Franco d'Abate; 5) ogni atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto non conosciuto;

quanto al ricorso n. 162 del 2013, dei seguenti atti: 1) la nota prot. n. 5390 del 14.02.2013 con la quale il Comune di Termoli ha comunicato alla Nidaco Costruzioni S.r.l. un *“avvio del procedimento di annullamento in autotutela del procedimento di adozione del Piano di Riqualificazione Urbana dell'Area Sant'Antonio - Pozzo Dolce, definita dal Corso Nazionale, Via Sannitica, Via Milano, Via Colombo”*; 2) la deliberazione del Consiglio comunale n. 9 del 22.03.2013 con la quale il Comune di Termoli ha annullato in autotutela la delibera commissariale n. 10 del 12.06.2006 e gli atti connessi coi quali il medesimo Ente comunale aveva attivato il procedimento finalizzato all'adozione del Piano di Riqualificazione Urbana; 3) la nota prot. 12469 del 12.04.2013 con la quale il Comune di Termoli ha comunicato alla Nidaco Costruzioni S.r.l. la deliberazione del Consiglio comunale n. 9 del 22.03.2013; 4) ogni atto presupposto, connesso e/o conseguente;

e, quanto al ricorso n. 81 del 2015, per il risarcimento dei danni subiti dalla Nidaco Costruzioni S.r.l., a seguito della condotta illegittima e illecita tenuta dall'Amministrazione comunale resistente, nell'ambito della procedura di evidenza pubblica per l'affidamento, ai sensi dell'art. 19, c. 2, legge n. 109/1994 dei lavori di progettazione definitiva ed esecutiva, realizzazione dei lavori, gestione e/o eventuale alienazione parziale di tutte le opere relative alla costruzione di un parcheggio interrato multipiano in piazza Sant'Antonio, riqualificazione della piazza stessa e di tutta l'area circostante, compresa l'area di Pozzo Dolce con la relativa viabilità in Termoli; in subordine per l'accertamento di una responsabilità contrattuale; in ulteriore subordine, per il riconoscimento dell'indennizzo da recesso o da revoca legittima;

Visti i riuniti ricorsi e i relativi allegati, nonché le successive memorie della ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie difensive del Comune di Termoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2019, il dott. Orazio Ciliberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I – Con un bando del 10.8.2004, la società a partecipazione pubblica Trasformazione Urbana Adriatica (T.U.A.) S.p.A., costituita ai sensi dell'art. 120 del D.Lgs. n. 267/2000 (con atto per notaio Greco di Termoli in data 23.12.2003, rep. n. 68760), partecipata in misura maggioritaria dal Comune di Termoli, indiceva una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento, ai sensi dell'art. 19, comma 2, della legge n. 109/1994, dell'appalto di *“progettazione definitiva ed esecutiva, realizzazione dei lavori, gestione e manutenzione e/o eventuale alienazione parziale di tutte le opere relative alla costruzione di un parcheggio interrato multipiano in piazza Sant'Antonio, riqualificazione della piazza stessa e di tutta*

l'area circostante, compresa l'area di Pozzo Dolce con la relativa viabilità in Termoli”.

Svoltasi la procedura, la commissione di gara, nominata da T.U.A. S.p.A., giusta verbale n. 13 del 30.3.2005, dichiarava aggiudicataria provvisoria l'Associazione temporanea di imprese Nidaco Costruzioni S.r.l. - Monsud S.p.A. (A.T.I. Nidaco – Monsud”) che ne veniva resa edotta, con nota prot. n. 75 del 23.5.2005, contenente anche invito ad adeguare la proposta progettuale e l'offerta alle indicazioni individuate dalla commissione di gara nel verbale n. 9 del 21.3.2005. L'A.T.I. Nidaco - Monsud, nel riscontrare l'invito, provvedeva alle modifiche progettuali prescritte dalla commissione di gara, trasmettendo i nuovi elaborati tecnico-progettuali e il nuovo piano economico-finanziario. Con successiva nota del 5.7.2005, la commissione di gara comunicava il proprio parere favorevole (per come espresso con verbale n. 15 del 4.7.2005) sulla proposta aggiornata dell'A.T.I. Nidaco - Monsud, precisando che la stessa, comunque, avrebbe dovuto essere ulteriormente migliorata in sede di progettazione definitiva alla luce di prescrizioni; la commissione di gara suggeriva di attivare un Piano di riqualificazione urbanistica (P.R.U.) interessante un'area più estesa rispetto a quella del progetto posto a base di gara. Con la nota dell'8.8.2005, si confermava all'A.T.I. Nidaco - Monsud l'aggiudicazione provvisoria dei lavori in oggetto, invitandola a trasmettere la documentazione necessaria a comprovare il possesso dei requisiti previsti in sede di partecipazione alla gara. Il successivo 8.9.2005, l'A.T.I. Nidaco - Monsud inviava quanto necessario a dimostrare il possesso dei requisiti previsti dall'art. 13 della lettera di invito. Riscontrata la regolarità delle procedure eseguite e accertata l'esistenza dei presupposti per l'aggiudicazione definitiva, in data 3.10.2005, la T.U.A. S.p.A. approvava le risultanze di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. Nidaco – Monsud, sennonché all'aggiudicazione definitiva, non faceva seguito alcuna stipula del contratto. Il Comune di Termoli, con i decreti n. 31 del 3.2.2006 e n. 100/2006, promuoveva un accordo di programma (dal quale rimaneva esclusa la Regione Molise), per l'intervento di generale

riqualificazione urbana dell'area Piazza Sant'Antonio - Pozzo Dolce e provvedeva a nominare i componenti del Comitato per tale accordo. Il successivo 3.5.2006, si riuniva il Comitato per l'accordo di programma, al quale, in rappresentanza del Comune di Termoli, partecipava il sub-commissario straordinario. In tale contesto, emergeva il problema del sottovia lato-mare, nonché la questione della mancata adozione del P.R.U., sicché al fine di risolvere le problematiche emerse nel precedente incontro, il Comitato per l'accordo di programma si riuniva nuovamente il 17.5.2006, e, in quella sede, il commissario straordinario del Comune di Termoli esprimeva un generico parere favorevole alla futura realizzazione dell'intervento di riqualificazione e decideva di incaricare due professionisti (il prof. De Rubertis e l'arch. Perugini), affinché, in collaborazione coi tecnici del Comune di Termoli, provvedessero alla redazione di un P.R.U. per la riqualificazione dell'area circostante Piazza Sant'Antonio e Pozzo Dolce. Il 30.5.2006, con nota prot. n. 52/U, si notificava ai due professionisti l'affidamento dell'incarico per la redazione di un P.R.U. dell'area compresa tra via Milano, via Sannitica, via Colombo, fino all'arenile, e corso Nazionale. Alla successiva riunione del Comitato per l'accordo di programma, tenutasi il 7.6.2006, presieduta dal commissario straordinario del Comune di Termoli, i detti professionisti comunicavano di accettare l'incarico professionale, contestualmente consegnando un documento denominato "*Linee Guida al Piano di riqualificazione del fronte mare centrale*", illustrandone i principi ispiratori. Il 12.6.2006, giusta nota prot. 65/U, la T.U.A. S.p.A. richiedeva all'A.T.I. Nidaco - Monsud la rielaborazione della proposta tecnica secondo le prescrizioni riportate nel verbale della commissione di gara n. 15 del 4.7.2005, nei principi delle "Linee Guida" del P.R.U. (a firma di De Rubertis e Perugini) e nel verbale del 7.6.2006 del Comitato per l'accordo di programma. Il successivo 6.7.2006, il Comune di Termoli inviava alla T.U.A. S.p.A. copia della delibera commissariale n. 10 del 12.6.2006, adottata con i poteri del Consiglio comunale, avente il seguente oggetto: "*Parcheggio Piazza Sant'Antonio*

- *Provvedimenti per la prosecuzione della procedura*”. Con nota del 25.10.2006, l’A.T.I Nidaco - Monsud, nel riscontrare la nota della T.U.A. S.p.A. prot. n. 65/U del 12.6.2006 faceva presente che, avuto riguardo all’accordo di programma del 7.6.2006, ogni ulteriore rielaborazione progettuale, a suo dire, dovesse essere posposta alla stesura definitiva del P.R.U. e alla relativa approvazione. Il 22.5.2007, l’A.T.I. Nidaco - Monsud, anziché presentare una rielaborazione progettuale, come richiesto da T.U.A. S.p.A., sollecitava quest’ultima e il Comune di Termoli alla definizione delle procedure necessarie all’ultimazione della progettazione esecutiva per la realizzazione dell’opera aggiudicata. Seguivano altri solleciti, sino all’atto di diffida e messa in mora del 30.1.2012, prot. n. 4005 del 14.2.2012, imputabile non all’ATI Nidaco - Monsud ma alla sola Nidaco Costruzioni S.r.l., in proprio. Con tale diffida, ritenendo che l’approvazione del P.R.U. costituisse un presupposto indispensabile ai fini della progettazione (definitiva ed esecutiva) e dell’esecuzione dei lavori aggiudicati da T.U.A. S.p.A. all’A.T.I. di cui faceva parte, la società Nidaco Costruzioni, in proprio, intimava alla T.U.A. S.p.A. e al Comune di Termoli di concludere, nel termine perentorio di 30 giorni, il procedimento di approvazione del P.R.U., o, in subordine, di attribuirle un risarcimento dei danni o un indennizzo a ristoro dei costi. Seguiva la proposizione, innanzi a questo T.a.r., da parte della Nidaco Costruzioni S.r.l., del ricorso n.r.g. n. 147/2012, notificato sia alla T.U.A. S.p.A., sia al Comune di Termoli, nel quale si chiedeva la *“declaratoria dell’illegittimità del silenzio serbato dalle Amministrazioni resistenti in relazione all’istanza presentata dal ricorrente in data 30 gennaio 2012 volta a concludere il procedimento di adozione del Piano di riqualificazione urbana”*. Questo T.a.r., all’esito della camera di consiglio del 25.10.2012, con sentenza n. 774 del 14.12.2012, accoglieva il ricorso, dichiarando *“l’obbligo dell’Amministrazione di pronunciarsi sulla istanza inoltrata dalla società interessata entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, con riserva di nomina di un commissario ad acta in caso di persistente inadempimento”*. La sentenza n. 774/2012 veniva impugnata,

con appello n.r.g. 1396/2013, e il Consiglio di Stato, giusta sentenza n. 1460 del 26.3.2014, lo accoglieva, condividendo la tesi comunale della non obbligatorietà di una nuova pianificazione urbanistica. Nel frattempo, sin dal 2012, il Comune aveva deliberato la messa in liquidazione della T.U.A. S.p.A. e la stessa società, previa delibera di assemblea straordinaria, aveva inoltrato al Tribunale civile di Larino istanza per la nomina del liquidatore.

Insorge la società Nidaco Costruzione, con il riunito ricorso n.r.g. 264/2012, per impugnare i seguenti atti: 1) la delibera di C.C. n. 58/2012, con cui il Comune dava avvio alle procedure di scioglimento e messa in liquidazione della T.U.A. S.p.A. e il verbale di assemblea straordinaria della stessa T.U.A. S.p.A. di richiesta nomina liquidatore, poi individuato nel dott. Monti con provvedimento del Tribunale di Larino, oltre alle due delibere comunali che prendevano atto di pareri *pro veritate* richiesti ad un professore universitario e a un esperto contabile. Deduce i seguenti motivi: 1) violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990 e s.m.i., violazione dell'art. 14 D.L. n. 78/2010, violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, motivazione errata, erroneità dei presupposti, eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità, sviamento di potere; 2) violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990 e s.m.i., violazione dell'art. 14 D.L. n. 78/2010, violazione dell'art. 42 D.Lgs. 267/2000, violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, motivazione errata, erroneità dei presupposti, eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità, sviamento di potere, illegittimità derivata; 3) sviamento di potere.

Con tre successive memorie, la società ricorrente ribadisce e precisa le proprie deduzioni e conclusioni.

Si costituisce il Comune di Termoli, per resistere nel giudizio. Deduce, anche con tre successive memorie difensive, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

T.U.A. - Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A. non si costituisce nel giudizio.

II – Con il successivo al ricorso n. 162 del 2013, la società Nidaco Costruzioni insorge nuovamente, per impugnare i seguenti sopravvenuti atti: 1) la nota prot. n. 5390 del 14.02.2013 con la quale il Comune di Termoli ha comunicato a Nidaco Costruzioni S.r.l. un “*avvio del procedimento di annullamento in autotutela del procedimento di adozione del Piano di Riqualificazione Urbana dell’Area Sant’Antonio - Pozzo Dolce, definita dal Corso Nazionale, Via Sannitica, Via Milano, Via Colombo*”; 2) la deliberazione del Consiglio comunale n. 9 del 22.03.2013, con la quale il Comune di Termoli ha annullato in autotutela la delibera commissariale n. 10 del 12.06.2006 e gli atti connessi coi quali il medesimo Ente comunale aveva attivato il procedimento finalizzato all’adozione del Piano di riqualificazione urbana; 3) la nota prot. 12469 del 12.04.2013 con la quale il Comune di Termoli ha comunicato alla Nidaco Costruzioni S.r.l. la deliberazione del Consiglio comunale n. 9 del 22.03.2013; 4) ogni atto presupposto, connesso e/o conseguente. Deduce i seguenti motivi di diritto: violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 152/2006, violazione della Direttiva 2001/42/CE, violazione della legge n. 241/1990 s.m.i., violazione della delibera di G.R. Molise n. 26 del 26.1.2009, violazione della delibera di G.R. Molise n. 920/2008, violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione dei principi generali dell’azione amministrativa, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, motivazione errata, erroneità dei presupposti, difetto di competenza, eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità, sviamento di potere.

Con tre successive memorie, la ricorrente ribadisce e precisa le proprie deduzioni e conclusioni.

Si costituisce il Comune di Termoli, per resistere nel giudizio. Deduce, anche con due successive memorie difensive, l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso.

T.U.A. - Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A. non si costituisce nel giudizio.

III – Infine, con il ricorso n. 81 del 2015, spedito per la notifica in data 20.2.2015, la società Nidaco Costruzioni S.r.l. propone azione preordinata al risarcimento dei danni subiti a seguito della condotta illegittima e illecita tenuta dall'Amministrazione resistente nell'ambito della procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori di progettazione definitiva ed esecutiva, realizzazione dei lavori, gestione e manutenzione e/o eventuale alienazione parziale di tutte le opere relative alla costruzione di un parcheggio interrato multipiano in piazza Sant'Antonio, riqualificazione della piazza stessa e di tutta l'area circostante, compresa l'area di Pozzo Dolce con la relativa viabilità in Termoli; in subordine, chiede che sia accertata e dichiarata la responsabilità precontrattuale del Comune, per il comportamento complessivamente tenuto nel corso delle trattative e della formazione del contratto, ai sensi dell'art. 1337 codice civile; in ulteriore subordine, chiede che sia accertato l'obbligo dell'Amministrazione comunale di corrispondere l'indennizzo *ex art. 21-quinquies* della legge n. 241/1990.

Con tre successive memorie, la ricorrente ribadisce e precisa le proprie deduzioni e conclusioni.

Si costituisce il Comune di Termoli, per resistere nel giudizio. Deduce, anche con tre successive memorie difensive, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

T.U.A. - Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A. non si costituisce nel giudizio.

All'udienza pubblica del 20 marzo 2019, la causa è introitata per la decisione.

IV - I tre ricorsi vengono opportunamente riuniti, stante la loro connessione soggettiva e, in parte, oggettiva.

V – Sia la materia degli appalti pubblici, sia quella urbanistica rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, *ex art. 133*, comma 1, lett. e) n. 1) e lett. f) c.p.a.; la materia delle partecipazioni societarie di enti locali

rientra nella giurisdizione generale di legittimità, *ex art.* 119, comma 1, lett. c) dello stesso codice. Non vi è dubbio, pertanto, che l'intera causa appartenga alla cognizione di questo Tribunale amministrativo.

VI – La società ricorrente, in quanto mandataria della costituenda A.T.I. aggiudicataria dell'appalto *de quo*, ha un interesse diretto, concreto e attuale a ricorrere. Nelle gare d'appalto, infatti, ciascun membro di un'Associazione temporanea può impugnare a titolo individuale gli atti della procedura, atteso che il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che lo compongono. Tale legittimazione, che si correla alla posizione sostanziale di interesse legittimo alla regolarità della procedura concorsuale, in relazione ai poteri autoritativi che fanno capo alla Stazione appaltante nella fase di evidenza pubblica della selezione del contraente, e alla conseguenziale pretesa al risarcimento dei danni (in forma specifica e/o per equivalente monetario), non viene meno, né trova limite quanto all'oggetto e agli effetti della domanda di annullamento e della connessa domanda risarcitoria, ove taluno degli iniziali cointeressati e potenziali litisconsorti, individuati fra le imprese del raggruppamento costituito o costituendo, non impugni gli atti ritenuti lesivi. Ne discende che le singole imprese (mandataria e mandante), a norma dell'art. 102, comma 1, c.p.a., sono, anche formalmente, legittimate a proporre ricorso avverso gli atti lesivi della procedura di appalto pubblico (cfr., *ex multis*: Cons. Stato Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563).

VII - Il ricorso n.r.g. 264/2012 è infondato, il ricorso n.r.g. 162/2013 è inammissibile, il ricorso n.r.g. 81/2015 può essere solo in parte accolto.

VIII - Il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza di questo T.a.r. n. 774/2012 (impugnata dal Comune di Termoli, con appello n.r.g. 1396/2013) ha affermato che “*l'adozione del P.R.U. non costituiva nel caso di specie un presupposto indefettibile per la realizzazione dell'opera. Questa, infatti, si sarebbe potuta realizzare anche a prescindere dal P.R.U.*”. La motivazione resa dal Consiglio di Stato, nella citata decisione n. 1460/2014, passata in giudicato e qui sintetizzata, risulta

dirimente nell'odierna fattispecie. Essa porta ad affermare che la società ricorrente non abbia mai avuto e non conservi alcun interesse a impugnare l'annullamento in autotutela del procedimento di adozione del Piano di riqualificazione urbana dell'Area Sant'Antonio - Pozzo Dolce, di guisa che il ricorso n.r.g. 162/2013 è da ritenersi inammissibile per difetto d'interesse, atteso che l'oggetto di tale gravame è esclusivamente costituito dagli atti comunali di annullamento in autotutela del procedimento di adozione del P.R.U. dell'Area Sant'Antonio - Pozzo Dolce (quello stesso P.R.U. che il Consiglio di Stato ha, appunto, ritenuto non indispensabile per la realizzazione del progetto appaltato alla società ricorrente).

IX – Lo stesso rilievo d'inammissibilità non può farsi per l'impugnativa della deliberazione comunale di Termoli relativa alle procedure di scioglimento e messa in liquidazione della Trasformazione Urbana Adriatica S.p.A., atteso che la società ricorrente aveva ed ha un interesse qualificato a impedire che lo scioglimento della società partecipata dal Comune faccia venir meno il soggetto giuridico che l'ha impegnata in un defatigante e costoso *iter* di gara pubblica d'appalto e di progettazione di un'opera pubblica.

X - Accertata l'ammissibilità del ricorso n.r.g. 264/2012, la questione si sposta sulla fondatezza dei motivi di esso. Il punto centrale è che all'aggiudicazione definitiva dell'appalto non ha fatto seguito la stipula del contratto e, di lì a poco, hanno fatto invece seguito le deliberazioni e gli atti coi quali si stabiliva di mettere in liquidazione la società partecipata dal Comune, producendo in via indiretta l'effetto interruttivo del procedimento di appalto aggiudicato alla A.T.I. di cui la ricorrente era mandataria.

Si consideri che la T.U.A. S.p.A. è stata costituita dal Comune di Termoli nel 2003, con durata prevista fino al 2050, per la progettazione e la realizzazione di interventi di trasformazione urbana nel Comune di Termoli, nonché per la gestione delle opere pubbliche realizzate. Si consideri inoltre che, con la delibera di Giunta comunale n. 185/2004, il Comune di Termoli ha approvato la proposta operativa di T.U.A. S.p.A. contenente le modalità di realizzazione

dell'opera poi aggiudicata all'A.T.I. Nidaco – Monsud. Si consideri infine che, con la delibera commissariale n. 10/2006, il Comune ha approvato il progetto, l'accordo di programma 2006 e le relative linee-guida. Tutto ciò ha certamente creato un affidamento della ricorrente sul buon esito della procedura e, nondimeno, non si può ravvisare alcun vizio di legittimità nella procedura di scioglimento della partecipata comunale poiché essa è stata congruamente motivata dalla presa d'atto delle insormontabili difficoltà finanziarie in cui versava la T.U.A. S.p.A. e dalla necessità di impedire che l'avvio di procedure concorsuali danneggiasse gli interessi e i diritti dei creditori sociali, tra i quali è compresa la società ricorrente.

XI - I motivi del ricorso n.r.g. 264/2012 sono, pertanto, inattendibili.

Non vi è stata alcuna violazione della legge n. 241/1990 poiché la messa in liquidazione della T.U.A. S.p.A. è stata preannunciata e la relativa deliberazione comunale è stata ampiamente motivata.

Non sussiste alcuna violazione dell'art. 42 D.Lgs. 267/2000 (Testo unico enti locali), poiché la competenza a deliberare siffatta messa in liquidazione spettava proprio al Consiglio comunale, in quanto ogni decisione sulla "*partecipazione dell'ente locale a società di capitali*" è affidata al deliberato consiliare dal comma 2 lett. e) del citato art. 42.

Non vi è stata, infine, alcuna violazione dell'art. 14 del D.L. n. 78/2010, poiché detta normativa disciplina il *patto di stabilità interno* degli enti locali ed è proprio in ossequio ai limiti finanziari dal patto stabiliti che il Comune ha deciso di porre fine all'incipiente *default* della società partecipata, per impedire che esso avesse conseguenze dirette o indirette sugli assetti finanziari dell'Ente.

A tenore dell'art. 2484 codice civile, le società per azioni si sciolgono: 1) per il decorso del termine; 2) per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo; 3) per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea; 4) per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale. Nel caso di specie, il Consiglio

comunale, con l'impugnata delibera n. 58/2012, ha preso atto della sussistenza di almeno due delle condizioni per lo scioglimento societario (l'impossibilità di funzionamento e lo squilibrio economico) ed ha quindi doverosamente deliberato, peraltro sulla scorta di due argomentati pareri *pro veritate*, lo scioglimento della società partecipata.

XII – Accertata la legittimità degli atti impugnati con il ricorso n.r.g. 264/2012, nonché l'inammissibilità per difetto di interesse del ricorso n.r.g. 162/2013, ne consegue il rigetto della domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, di cui al ricorso n.r.g. 81/2015.

Tuttavia, detto ricorso propone due domande subordinate che devono essere esaminate. La ricorrente, infatti, chiede, in via subordinata, che sia accertata e dichiarata la responsabilità precontrattuale del Comune, per il comportamento complessivamente tenuto nel corso delle trattative e della formazione del contratto, ai sensi dell'art. 1337 codice civile. In ulteriore subordine, chiede che sia accertato l'obbligo dell'Amministrazione comunale di corrispondere l'indennizzo *ex art. 21-quinquies* della legge n. 241/1990.

XIII – La prima delle due domande subordinate – quella intesa ad ottenere il riconoscimento di una responsabilità precontrattuale del Comune di Termoli e della T.U.A. S.p.A. – è meritevole di accoglimento, la qual cosa induce il Collegio a pretermettere l'esame della seconda domanda subordinata – quella intesa ad ottenere l'indennizzo *ex art. 21-quinquies* della legge n. 241/1990 – stante il rapporto di continenza e, quindi, l'incompatibilità, l'alternatività e la non cumulabilità tra le due forme di tutela e di ristoro economico (cfr.: Cass. civile, Sez. Unite, 22.5.2018, n. 12565; Cass. civile II, 9.2.2017, n. 352; T.a.r. Campania Napoli I, 5.6.2018, n. 3707; T.a.r. Lazio Roma II-ter, 8.1.2015, n. 179).

XIV – La violazione del dovere di buone fede genera responsabilità precontrattuale. Le condotte che possono integrarla sono: abbandonare le trattative senza giusta causa, quando queste siano giunte ad un punto tale da far confidare la controparte sulla conclusione del contratto; non rendere note

alla controparte cause di invalidità del contratto conosciute (1338 c.c.); indurre la controparte a stipulare un contratto con inganno; indurre la controparte a concludere un contratto pregiudizievole (1440 c.c.). In tale ultima ipotesi, a differenza delle altre, il contratto è valido ma la parte subisce un danno per le condizioni svantaggiose della stipula. 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.) - 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.

Sussiste una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. che, omettendo di stipulare un contratto con un soggetto già individuato come affidatario, pone in essere comportamenti indicativi della volontà di non procedere alla conclusione del contratto, allorché l'Ente, con la propria condotta, abbia ingenerato nell'interlocutore il legittimo affidamento relativo alla futura conclusione del contratto, anche per effetto della condotta successiva all'espletamento della procedura selettiva, culminata nell'individuazione del soggetto col quale dover procedere alla stipula. In tal caso, si configura in capo alla P.A. una responsabilità precontrattuale, intendendo con tale espressione la lesione dell'altrui libertà negoziale, realizzata attraverso un comportamento doloso o colposo, ovvero mediante l'inosservanza del precetto della buona fede. Trattasi di una responsabilità derivante dalla condotta amministrativa nella fase delle trattative o 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). La responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione può derivare da qualsiasi comportamento antecedente o successivo alla gara pubblica che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai

doveri di correttezza e buona fede. Nondimeno, affinché nasca la responsabilità dell'Amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole sia 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) che il privato provi 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 (cfr.: Cons. Stato, Ad. Plen., 4.5.2018, n. 5)

Per corrispondere ai parametri fissati dalla citata giurisprudenza, si deve considerare quanto segue.

Come già osservato, con la delibera di Giunta comunale n. 185/2004, il Comune di Termoli approvava la proposta operativa di T.U.A. S.p.A. contenente le modalità di realizzazione dell'opera poi aggiudicata all'A.T.I. Nidaco – Monsud; inoltre, con la delibera commissariale n. 10/2006, il Comune approvava il progetto, l'accordo di programma 2006 e le relative linee-guida.

Tutto ciò ha creato un affidamento della ricorrente sul buon esito della procedura di gara della quale è risultata aggiudicataria, nel 2005, l'A.T.I. Nidaco - Monsul.

In data 22.5.2007, l'A.T.I. Nidaco – Monsud sollecitava T.U.A. S.p.A. e Comune di Termoli alla definizione delle procedure necessarie all'ultimazione della progettazione esecutiva per la realizzazione dell'opera aggiudicata.

Seguivano altri solleciti, sino all'atto di diffida e messa in mora del 30.1.2012. Nessuna risposta da parte di Comune e T.U.A. S.p.A. perveniva all'indirizzo della ricorrente mandataria dell'A.T.I. Nidaco – Monsud. Questa protratta inerzia di Comune e di T.U.A. S.p.A. – durata dal 2007 al 2012 - costituisce l'indice rivelatore del comportamento negligente e scorretto che dà luogo a responsabilità precontrattuale di entrambi i soggetti pubblici coinvolti, sia pure a diverso titolo, nella procedura di appalto.

Sia il Comune sia la T.U.A. S.p.A., stando all'analisi svolta dal consulente, dott. Carmine Franco Abate, nel parere *pro veritate* datato 19.3.2012 (commissionato dal Comune e posto a base motivazionale della delibera di messa in liquidazione della società), conoscevano le consistenti perdite economiche maturate dalla società sin dal suo nascere, cioè dal bilancio 2004. Nel 2010, le perdite finanziarie ammontavano già a 738.834,00 euro e i debiti verso banche e verso terzi per acquisizione di beni e servizi ammontavano a 829.685,52 euro. Tuttavia, sia il Comune sia la società ponevano in essere atti che impegnavano finanziariamente l'aggiudicataria A.T.I. Nidaco – Monsud nella progettazione dell'opera pubblica, nonché comportamenti dilatori e temporeggianti che hanno ritardato il disimpegno della ricorrente dall'impresa, alimentando fino al 2012 l'aspettativa e l'affidamento del buon esito delle procedure in atto.

Sussiste, dunque, l'affidamento incolpevole della ricorrente; tale affidamento risulta leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, è oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza è, anche soggettivamente, imputabile a Comune e T.u.a. S.p.A., quantomeno in termini di colpa.

Non vi è dubbio che la violazione dei doveri di correttezza sia stata causa delle perdite economiche subite dalla ricorrente a seguito dell'inutile protrarsi della procedura di affidamento della progettazione dell'opera pubblica pianificata dal Comune e dalla sua partecipata.

La ricorrente, nel ricorso n.r.g. 81/2015, ha provato 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 imputata a Comune e società partecipata.

Il danno-evento è quello che l'art. 2043 c.c. definisce "danno ingiusto". Trattasi della lesione di una situazione giuridica protetta dall'ordinamento giuridico arrecata da un soggetto diverso dal titolare della situazione stessa. Il danno-conseguenza è rappresentato dall'insieme delle conseguenze pregiudizievoli che la vittima dell'illecito civile ha sofferto a causa della lesione arrecata alla situazione giuridica della quale è titolare. Nel caso di specie, il danno-evento consiste nel comportamento negligente e scorretto tenuto da Comune e T.U.A. S.p.A., mentre il danno-conseguenza è la perdita economica inflitta alla ricorrente.

XV – Sussistono, pertanto, tutti i presupposti della responsabilità precontrattuale, con conseguenze da addebitare in solido a Comune e società partecipata.

XVI - Per le ipotesi di responsabilità precontrattuale, è ammesso il ristoro della perdita di *chance* ma tale possibilità è limitata alle 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). La ricorrente non ha provato, invero, la perdita di possibilità di guadagno alternative cui avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'Amministrazione, di guisa che il risarcimento del danno da perdita di *chance* deve essere escluso.

XVII - Mentre i danni da illegittima mancata aggiudicazione sono parametrati al cosiddetto interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine

commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, 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).

XVIII – Nei suesposti limiti, va riconosciuto alla ricorrente un risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale.

Avvalendosi della facoltà concessa a questo Tribunale dall'art. 34, comma 4, c.p.a., stante la mancata opposizione delle parti, il Collegio stabilisce di affidare alla proposta del Comune e della T.U.A. S.p.A. in liquidazione, a favore della ricorrente creditrice ed all'eventuale successivo accordo delle parti, la quantificazione del danno, sulla base dei criteri che qui di seguito si riassumono: 1) dev'essere attribuito da Comune di Termoli e T.U.A. S.p.A., in solido tra loro, 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, conseguente o connessa all'aggiudicazione della gara; 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 intime 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, il Comune di Termoli e la partecipata T.U.A. S.p.A. in liquidazione, di intesa tra loro, effettueranno 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 (30+90+90 giorni), si nomina sin d'ora un commissario *ad acta*, nella persona del Prefetto di Campobasso (o di un qualificato funzionario, dal medesimo delegato, con criterio di rotazione) che provvederà a quantificare, liquidare e pagare il complessivo importo risarcitorio, dando piena esecuzione al giudicato formatosi su questa sentenza.

XIX – In conclusione, il ricorso deve essere accolto, nei termini di cui alla motivazione. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da motivazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li riunisce per connessione, respinge, perché infondato, il ricorso n.r.g. 264/2012, dichiara inammissibile per difetto d'interesse il ricorso n.r.g. 162/2013 ed accoglie, limitatamente alla domanda subordinata, il ricorso n.r.g. 81/2015, per l'effetto dichiarando la sussistenza di una responsabilità precontrattuale e condannando il Comune resistente e la T.U.A. S.p.A., in solido tra loro, al risarcimento dei danni, con le modalità e nei limiti indicati in motivazione.

Compensa per i due terzi le spese giudiziali, per la restante parte condannando il Comune di Termoli e la T.U.A. S.p.A., in solido tra loro, a rifondere le spese di lite sostenute dalla società ricorrente, liquidate in euro 1.500, oltre Iva, c.p.a. e rimborso del contributo unificato versato sulla causa n.r.g. 81/2015.

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

Così deciso in Campobasso, nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2019, con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore

Rita Luce, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Orazio Ciliberti

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO