

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 9243 del 2008, proposto da:  
COMUNE DI MONTEFALCONE DEL SANNIO, in persona del sindaco in carica,  
rappresentato e difeso dall'avv. C.N., con domicilio eletto presso la segreteria  
sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

CURATELA DEL FALLIMENTO XXX S.R.L., in persona del legale rappresentante in  
carica, non costituita in giudizio;

nei confronti di

DITTA ZZZ S.N.C. di C.G. e M., in persona del legale rappresentante in carica,  
non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise n. 689 del  
16 luglio /2008;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto  
dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore alla udienza pubblica del giorno 23 giugno 2009 il consigliere Carlo  
Saltelli;

Nessuno è comparso per le parti;

Visto il dispositivo di sentenza n. 589 del 25 giugno 2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

Il Tribunale amministrativo regionale per il Molise con la sentenza n. 689 del  
16 luglio 2008, accogliendo il ricorso proposto dalla società XXX s.r.l., cui  
nel corso del giudizio era succeduta la curatela fallimentare, ha annullato la  
deliberazione del Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Montefalcone  
del Sannio n. 222 del 27 novembre 2007, con cui era stata indetta una gara ai  
sensi dell'articolo 57, comma 2, lett c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163,  
mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, da  
aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso determinato mediante il  
ribasso sull'elenco prezzi posti a base d'appalto, ai sensi dell'articolo 82,  
comma 2, lett. a), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con applicazione del  
principio del meccanismo automatico di esclusione delle offerte anomale, per  
l'affidamento dei lavori di riqualificazione ambientale, recupero e  
consolidamento a mezzo di infrastrutturazione stradale della zona a valle della  
S.P. 78 Appulo - Chietina, all'interno del centro abitato, oltre  
all'aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa ZZZ di T.

Secondo il predetto tribunale non poteva dubitarsi dell'interesse a ricorrere  
sia della società XXX s.r.l. che, quale impresa operante nel settore cui si  
riferiva l'appalto, era sicuramente legittimata a far valere la dedotta  
illegittimità della procedura di gara avviata dall'amministrazione comunale  
anche al solo fine della sua riedizione, sia della curatela fallimentare della  
predetta società che aveva proseguito l'azione di annullamento per poter  
conseguire il risarcimento del danno derivato dall'illegittimità del  
provvedimento impugnato; quanto al merito, poi, sempre secondo il tribunale, non  
sussistevano i presupposti di legge per procedersi alla procedura negoziale  
senza previa pubblicazione del bando, l'urgenza di provvedere in tal senso  
essendo stata determinata esclusivamente da ritardi imputabili alla stessa  
amministrazione; a ciò conseguiva anche il diritto al risarcimento del danno per  
perdita di *chanche* nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, ridotto  
dell'importo corrispondente alla quota dei lavori non ancora eseguiti al momento  
del fallimento commerciale della ditta ricorrente, da quantificarsi ai sensi  
dell'articolo 35, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.  
80, come modificato della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Il Comune di Montefalcone del Sannio con atto di appello notificato il 13 novembre 2008 ha chiesto la riforma della predetta sentenza, lamentandone la erroneità alla stregua di tre ordini di censura, rubricati rispettivamente, il primo "Inammissibilità ed improcedibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse a ricorrere, nonché della decisione"; il secondo "Infondatezza del ricorso proposto" ed il terzo "Inammissibilità, improcedibilità ed infondatezza della domanda di risarcimento danni.

Le parti appellate, benché ritualmente evocate in giudizio, non si sono costituite.

Con ordinanza n. 6744 del 16 dicembre 2008 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione degli effetti della sentenza appellata.

All'udienza del 23 giugno 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### **DIRITTO**

I. L'appello è parzialmente fondato nei sensi appresso indicati.

I.1. Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale la Sezione non ritiene di doversi discostare, le imprese operanti in un determinato settore sono legittimate ad impugnare la delibera di affidamento di un servizio a trattativa privata ovvero le determinazioni che riguardano le modalità di conferimento e di svolgimento del servizio e ciò anche al solo fine di ottenere l'annullamento della gara e della eventuale aggiudicazione e il rinnovo della procedura cui aspirano di partecipare, non dovendo neppure documentare il possesso di una capacità operativa paragonabile a quella del soggetto prescelto, trattandosi quest'ultimo di elemento che assume rilevanza solo in sede di successiva partecipazione alla gara e di aggiudicazione (C.d.S., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6797; 27 ottobre 2005, n. 5996; 4 maggio 2004, n. 2696).

Nessun dubbio può quindi sussistere sull'ammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio da parte della società XXX s.r.l. e sul suo interesse a ricorrere, irrilevante essendo la circostanza della mancata presentazione della domanda di partecipazione alla procedura in considerazione del fatto che era stato lamentato proprio il mancato invito alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando avviata dall'amministrazione comunale.

Ciò tanto più se si tiene conto che la ricorrente aveva documentato il possesso della qualifica necessaria per partecipare alla gara pubblica per l'affidamento dei lavori in questione (OG3), senza che questa circostanza - assolutamente decisiva - sia stata contestata o smentita dall'appellante, non essendo sul punto rilevante - proprio in ragione della prova della predetta qualificazione - la deduzione che dalla certificazione della C.C.I.A. riguardante la società ricorrente non emergeva tra l'oggetto delle sue attività quella all'appalto in questione.

Tanto meno la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare ai fini dell'interesse a ricorrere di essere in grado di aggiudicarsi la gara qualora essa fosse stata bandita con procedura ordinaria.

Né può condividersi l'assunto secondo cui l'intervenuto fallimento avrebbe costituito una causa di sopravvenuta improcedibilità del ricorso per l'impossibilità di poter partecipare effettivamente alla gara ovvero di eseguire i lavori, non essendovi prova neppure dell'autorizzazione alla curatore fallimentare a proseguire l'attività di impresa.

Infatti l'interesse al ricorso non è venuto meno a causa del predetto fallimento, sussistendo l'interesse strumentale all'annullamento del provvedimento illegittimo quanto meno ai fini risarcitori, circostanza quest'ultima che determina anche l'interesse della curatela fallimentare, tenuta notoriamente a garantire la migliore tutela dei beni e delle attività del fallimento anche in ragione degli interessi dei creditori.

Il primo motivo di appello è pertanto infondato.

I.2. Passando all'esame del secondo motivo di gravame, la Sezione osserva che l'articolo 55, comma 2, lette. c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ammette l'aggiudicazione di contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, purché se ne dia adeguata motivazione nella delibera o nella determina a contrarre, "nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando", precisando che "le

circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti".

Il ricorso a tale sistema di scelta del contraente, che si sostanzia in una vera e propria trattativa privata, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva.

Con particolare riferimento ai requisiti dell'urgenza di provvedere, quale presupposto legittimamente di tale sistema, la giurisprudenza ha più volte chiarito che essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione (C.d.S., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882) ovvero per sua inerzia o responsabilità (C.d.S., sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996).

Ciò posto, la sentenza impugnata, che ha evidenziato nel caso in esame la mancata indicazione di eventi oggettivamente imprevedibili, rilevando per contro che il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando sia addebitabile esclusivamente alla lentezza (ed alla farraginosità) dell'azione amministrativa, non merita censure.

Del resto dall'esame del provvedimento impugnato (determinazione n. 222 del 27 novembre 2007) emerge in punto di fatto, a fronte del finanziamento di €. 800.000,00 da parte del Presidente della giunta regionale, quale commissario straordinario per la realizzazione dei lavori oggetto della contestata procedura di appalto, disposto con decreto n. 364 del 25 luglio 2007, trasmesso con nota prot. 7621 del 3 agosto 2007 e pervenuto l'8 agosto 2007, solo con delibera di giunta n. 71 del 14 settembre 2007 l'amministrazione comunale provvedeva a recepire ed accettare quanto in esso contenuto, ivi compreso il disciplinare di concessione del finanziamento, e solo con determinazione n. 165 del 25 settembre 2007 si procedeva all'incarico per la progettazione esecutiva.

La stessa amministrazione appellante invoca a giustificazione di tale lentezza burocratica (intercorrono 49 giorni tra il ricevimento ufficiale del decreto di finanziamento, avvenuto l'8 agosto 2007, e l'affidamento dell'incarico della progettazione esecutiva del 25 settembre 2007) la ricorrenza del periodo feriale e dunque la minore operatività degli uffici che evidentemente non costituisce fatto imprevedibile, idoneo a legittimare l'utilizzo di un sistema eccezionale di scelta del contraente.

Anche il secondo motivo di gravame deve essere respinto.

I.3. E' invece fondato e deve essere accolto il terzo motivo di gravame, con il quale l'amministrazione appellante ha lamentato l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha anche accolto la domanda risarcitoria.

Al riguardo giova innanzitutto premettere che nessun dubbio può esservi sulla ammissibilità della domanda risarcitoria, stante l'appurata illegittimità del provvedimento con cui è stata indetta la gara di appalto con il sistema della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, irrilevanti essendo sul punto le deduzioni dell'appellante circa la asserita mancata prova da parte della ricorrente della possibile aggiudicazione (trattandosi di profilo che attiene alla fondatezza della domanda risarcitoria ovvero che incide sulla concreta determinazione del quantum).

Né può sostenersi che l'intervenuto fallimento della società ricorrente e la circostanza che la curatela non abbia provato di essere stata autorizzata a proseguire l'attività di impresa rendono improcedibile la domanda risarcitoria, perché anche tali deduzioni riguardano in realtà la fondatezza della domanda ovvero la concreta determinazione del danno risarcibile.

Tuttavia, pur ammettendosi che non costituisce motivo di inammissibilità della pretesa risarcitoria una domanda giudiziale asseritamente generica, purchè, come nel caso in esame, possa agevolmente ricavarci l'intenzione della parte di ottenere il ristoro del danno conseguente all'illegittimità dell'attività provvedimentale e che, pertanto, ben può il giudice fissare il risarcimento del danno (genericamente) richiesto con riferimento alla perdita di *chanche*, senza che ciò possa configurarsi una violazione dell'art. 112 c.p.c., non può rilevarsi che nessuna prova è stata fornita né dell'effettiva perdita di chance, né di altri danni (neppure a livello di indizi) direttamente conseguenti al ricordato provvedimento illegittimo.

Ciò impone il rigetto della domanda risarcitoria, non potendo essere utilizzato il criterio del 10% dell'importo a base d'asta, come ritenuto dai primi giudici, che costituisce mezzo di quantificazione del danno e non anche prova dello stesso, tanto più che certamente il risarcimento del danno costituisce una riparazione ulteriore rispetto a quello principale conseguita con l'annullamento del provvedimento impugnato.

II. In conclusione l'appello deve essere accolto in parte e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto in parte il ricorso di primo grado, confermandosi l'annullamento dei provvedimenti impugnati, ma respingendo la domanda risarcitoria.

Può di conseguenza disporsi la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal Comune di Montefalcone del Sannio avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise n. 689 del 16 luglio /2008, così provvede:

accoglie in parte l'appello e, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge la domanda risarcitoria;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione