

Publicato il 14/01/2025

N. 00357/2025 REG.PROV.COLL.
N. 02605/2021 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2605 del 2021, proposto da B5 S.r.l., Migliore Stass Studi Associati, Stefano Di Benedetto, Piera Milone, rappresentati e difesi dagli avvocati Ernesto De Maria e Luca Migliore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Afragola, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Affinito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la condanna

al risarcimento del danno per illegittimo comportamento del Comune di Afragola che ha portato al definanziamento relativo alla gara di appalto avente ad oggetto l'affidamento della progettazione e direzione dei lavori per il recupero di un bene confiscato alla camorra

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-*bis*, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 17 ottobre 2024 la dott.ssa Mariagiovanna Amorizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti, quali futuri componenti di un costituendo R.T.I., in data 16.1.2013 conseguirono l'aggiudicazione della gara indetta dal Comune di Afragola per l'affidamento dei *“Servizi di progettazione preliminare, definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione, ufficio di direzione dei lavori, contabilità, per i lavori di recupero di un bene confiscato alla criminalità organizzata per la realizzazione di un centro polifunzionale nel comune di Afragola - ‘La fattoria della legalità’* in data 16.01.2013.

Tuttavia, il successivo 28 febbraio 2013 la stazione appaltante escluse il raggruppamento, riscontrando la mancanza dei requisiti di ordine generale in capo ad una delle società mandanti. Conseguentemente revocò l'aggiudicazione in suo favore, disponendola in favore della Costructura Consulting Società Cooperativa.

I suddetti atti furono impugnati innanzi a questo Tribunale con ricorso iscritto al n. 1478/2013. Nel suddetto giudizio la ricorrente formulò domanda di subentro nel contratto stipulato con la controinteressata e, in subordine, di condanna del Comune al risarcimento per equivalente pecuniario.

Nel corso di quel giudizio, il Comune depositò il decreto del Ministero dell'Interno del 28.08.2013 con di revoca del finanziamento del progetto appaltato, dovuta all'inadempimento del Comune degli impegni assunti con l'accettazione del beneficio.

Con la sentenza n. 4765 del 24-10-2013 il T.A.R. ha accolto la domanda di annullamento degli atti impugnati. Ha, invece, ritenuto di non poter

provvedere sull'esito della gara poiché a seguito del decreto di revoca del finanziamento non vi sarebbe stata alcuna possibilità di proseguire nella realizzazione del progetto, né sulla domanda di risarcimento per equivalente risarcitoria, poiché la sospensione tempestiva dei provvedimenti lesivi, avvenuta con l'ordinanza n. 1271/2013 aveva ripristinato la situazione lesa dall'amministrazione.

I ricorrenti deducono, altresì, di aver diffidato il Comune, con missiva del 28.11.2013, a chiedere la riassegnazione del finanziamento già erogato dal Ministero dell'Interno, ad attivare specifica azione giudiziaria volta all'annullamento del provvedimento di revoca del finanziamento, ovvero, attivare ogni iniziativa utile alla salvaguardia del legittimo diritto degli istanti a svolgere l'incarico oggetto dell'appalto alle condizioni proposte nell'offerta tecnica ed economica formulata in sede di gara.

Hanno, altresì, impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui respingeva la domanda di risarcimento del danno. Con sentenza n. 66/2021, il Consiglio di Stato ha confermato quanto statuito dal giudice di primo grado, quanto all'insussistenza di danni derivanti dalla sequenza procedimentale oggetto del giudizio, tenuto conto della tempestiva adozione dell'ordinanza cautelare che ha sospeso gli atti impugnati, lesivi dell'aspettativa dell'ATI ricorrente a conseguire l'aggiudicazione. Quanto al risarcimento del danno dipendente dal "*definanziamento*" del progetto, il Consiglio di Stato escludeva la legittimità del provvedimento potesse essere oggetto di quel giudizio, precisando che sulla domanda di risarcimento del danno derivanti dal suddetto provvedimento "*potrebbe pronunciarsi unicamente in altro giudizio, che abbia ad oggetto la diversa sequenza procedimentale che ha condotto al D.M. di definanziamento 28 agosto 2013*".

Con missiva del 15.03.2021 gli istanti diffidavano il Comune di Afragola a corrispondergli l'importo di € 102.276,91 a titolo di risarcimento del danno patito a causa del definanziamento del citato progetto.

Stante il mancato riscontro del Comune, la parte ricorrente ha proposto il ricorso all'esame con il quale ha chiesto la condanna dell'ente al risarcimento del danno patito dai ricorrenti a causa della perdita irreversibile del finanziamento *"La fattoria della legalità. Recupero di un bene confiscato alla criminalità organizzata per la realizzazione di un Centro polifunzionale nel Comune di Afragola"* per esclusiva responsabilità del Comune di Afragola.

Con un unico motivo di ricorso, parte ricorrente rileva che a causa della perdita del finanziamento, dovuta esclusivamente all'inerzia del Comune, sarebbe stato ingiustamente sacrificato il proprio interesse alla stipula del contratto di appalto. La circostanza sarebbe comprovata dallo stesso D.M. che motiva il definanziamento in forza del *"mancato adempimento degli impegni assunto con l'atto di accettazione"*.

Il decreto, infatti, è fondato su gravi inadempimenti posti in essere dal Comune, consistiti nel *"notevole ritardo accumulato rispetto alla tempistica approvata"*, nel mancato adempimento della diffida del 26-07-2012 con cui il Responsabile dell'Obiettivo Operativo ha diffidato il Beneficiario (Comune di Afragola) ad avviare le attività necessarie per la realizzazione del progetto entro 30 giorni, nella mancata trasmissione di deduzioni in seguito alla nota del 26-07-2013 con cui il Responsabile dell'Obiettivo Operativo ha comunicato l'avvio del procedimento di definanziamento, nonché nell'aver disatteso gli impegni assunti con l'atto di accettazione del finanziamento, con pregiudizio sul raggiungimento del target di spesa previsto dall'art. 93 regolamento CE 1083/2006. Ancora, il Beneficiario risulta aver disatteso anche gli impegni assunti nella riunione con il Responsabile dell'Obiettivo Operativo tenutasi il 22 maggio 2013 con la quale il Comune era stato invitato a trasmettere entro il successivo 20 giugno il contratto di progettazione esecutiva.

Con riguardo al quantum, la ricorrente afferma che il danno non potrebbe essere limitato al solo utile di impresa, ma dovrebbe essere risarcito integralmente commisurando il ristoro all'offerta economica presentata in sede di gara, poiché l'oggetto della gara riguardava l'espletamento di

prestazioni professionali soggette ad onorario e tenuto conto che le spese per il coordinamento della sicurezza non sarebbero soggette al ribasso. Perciò all'offerta economica di 93.392,21 euro andrebbe applicato il ribasso percentuale (20%) offerto, per un importo pari ad € 74.713,77 (93.392,21 – 18.678,44) al quale andrebbero aggiunti gli oneri per la sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori (€ 32.946,14) per un totale di € 107.659,91. L'importo sarebbe soggetto solo alle mere spese di gestione della commessa che potrebbero incidere in misura minima sulla singola commessa e dovrebbero quantificarsi eventualmente in circa il 10% dell'offerta presentata. L'importo di base ammonterebbe quindi a € 96.893,92, cui andrebbe aggiunto il danno curricolare pari a € 5.382,99 pari al 5% di € 107.659,91.

Si è costituito in giudizio il Comune di Afragola con memoria di stile.

All'udienza di riduzione dell'arretrato del 17 ottobre 2024, il Collegio ha sollevato d'ufficio, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, potendo rientrare in quelle devolute al giudice ordinario.

La causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va anzitutto qualificata la domanda proposta con il ricorso all'esame.
2. La parte ricorrente chiede di essere ristorata dei danni subiti a causa della impossibilità – sancita con sentenza passata in giudicato – di addivenire alla stipula del contratto a causa del venir meno dei fondi ad esso destinati, oggetto di un finanziamento concesso dal Ministero dell'interno che il Comune si è vista revocare per essersi resa colpevolmente inadempiente agli obblighi assunti con la concessione del beneficio.

La motivazione del decreto con cui è stata disposta la revoca del finanziamento riferisce di gravi ritardi nell'adempimento degli impegni assunti dall'Amministrazione (*“La perdita irreversibile del finanziamento è da ascrivere alla totale ed esclusiva inerzia del resistente Comune e di tanto è dato atto proprio nel*

menzionato D.M. del 28.08.2013 dove il definanziamento è imputato al “mancato adempimento degli impegni assunto con l’atto di accettazione” da parte del Comune di Afragola.

In particolar modo, nel D.M. del Ministero dell’Interno, l’Autorità di Gestione designata per il Programma Operativo “Sicurezza per lo Sviluppo – Obiettivo Convergenza 2007 – 2013”

ripercorre le ragioni che l’hanno portata ad assumere una tale determinazione individuando una serie di gravi inadempimenti da parte del Comune di Afragola e nello specifico:

a) “notevole ritardo accumulato rispetto alla tempistica approvata”;

b) mancata ottemperanza alla diffida comunicata con nota del 26/07/2012 con la quale il Comune veniva invitato ad avviare le attività necessarie per la realizzazione del progetto;

c) mancata trasmissione delle proprie controdeduzioni nell’ambito del procedimento avviato per il definanziamento del progetto comunicato con nota prot. 555/PONSI COB2.5/0000511/2013 del 26.07.2013;

d) mancato rispetto degli impegni assunti nella riunione con il Responsabile dell’Obiettivo Operativo tenutasi il 22/05/2013 con la quale il Comune era stato invitato a trasmettere entro il successivo 20 giugno il contratto di progettazione esecutiva.

Vi è, quindi, un provvedimento espresso che riferisce la mancata erogazione delle risorse al comportamento inerte, reiterato e colpevole del Comune,

Non può, quindi, dubitarsi del fatto che la carenza di risorse finanziarie è conseguenza certa ed evitabile del comportamento omissivo del Comune di Afragola, che, pur essendo stato messo nella condizione di rimediare ai ritardi accumulati, nulla ha fatto tanto da portare l’Autorità di Gestione a decretare il definanziamento del progetto con conseguente decadenza del beneficiario dal finanziamento medesimo.”).

3. La domanda proposta dalla parte ricorrente è, dunque, volta ad ottenere il risarcimento del danno ingiusto per lesione dell’interesse legittimo alla stipula del contratto conseguente all’aggiudicazione di una gara d’appalto, subito a causa di una condotta inadempitiva da parte del Comune rispetto ad obblighi assunti nell’ambito del rapporto di finanziamento instaurato con il Ministero dell’Interno.

Trattandosi di domanda di risarcimento del danno da lesione di un interesse legittimo, sorto nell'ambito di una gara d'appalto, la giurisdizione appartiene a questo giudice. Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a. *“le controversie 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.”*

4. Così qualificata l'azione e ritenuta la giurisdizione, il ricorso può ritenersi fondato sia pure nei limiti di cui si dirà.

5. L'azione va, anzitutto, perimetrata rispetto a quella già proposta e decisa nell'ambito del giudizio conclusosi con la sentenza del Consiglio di Stato n. 66 del 4.1.2021. In quel giudizio parte ricorrente aveva chiesto, in via subordinata rispetto al subentro nel contratto stipulato con la controinteressata, il risarcimento del danno per equivalente.

6. Con la sentenza n. 4765 del 24.10.2013 di questo T.A.R., confermata dalla sentenza n. 66 del 4.1.2021 del Consiglio di Stato, tale domanda è stata disattesa (e sul punto si è formato il giudicato) in ragione dell'intervenuta revoca del provvedimento di finanziamento dell'opera con decreto del Ministro dell'Interno del 28.8.2013. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi proprio in merito alle conseguenze che tale decreto (la cui legittimità la parte ricorrente non ha inteso contestare) ha prodotto sulle domande proposte dalla parte ricorrente, ha confermato la sentenza di primo grado anche nella parte in cui ha respinto la domanda risarcitoria per equivalente, ritenendo che i danni derivanti dall'attività illegittima dell'amministrazione – che aveva originariamente annullato l'aggiudicazione disposta in favore della parte ricorrente – erano stati evitati con la sospensione del provvedimento di annullamento e che la domanda volta al risarcimento dei danni conseguenti al provvedimento di definanziamento era

del tutto nuova rispetto a quelle formulate in primo grado e dunque non ammissibile.

7. Deve, dunque, concludersi che, sulla domanda di risarcimento per equivalente pecuniario dell'omessa stipula del contratto conseguente all'annullamento della originaria revoca dell'aggiudicazione dell'appalto alla parte ricorrente si è già formato un giudicato di rigetto. Tuttavia nella specie la domanda risarcitoria ha una diversa causa petendi essendo riferita alla condotta illecita tenuta dal Comune di Afragola nel corso del rapporto di finanziamento con il Ministero dell'interno che ha causato l'impossibilità per la parte ricorrente di ottenere la stipula del contratto (nonché il risarcimento del danno per equivalente).

Questa domanda, che è da qualificare come domanda di risarcimento dell'interesse legittimo ai sensi dell'art. 2043 c.c., è fondata.

Sussiste, anzitutto, una condotta colposa dell'Amministrazione resistente nella gestione del rapporto di finanziamento. Essa risulta dallo stesso decreto del Ministero dell'interno del 28.8.2013, nel quale si afferma che la decadenza del beneficio è stata pronunciata a causa del *“notevole ritardo accumulato rispetto alla tempistica approvata”*, della *“mancata ottemperanza alla diffida comunicata con nota del 26/07/2012 con la quale il Comune veniva invitato ad avviare le attività necessarie per la realizzazione del progetto”*, della *“mancata trasmissione delle proprie controdeduzioni nell'ambito del procedimento avviato per il definanziamento del progetto comunicato con nota prot. 555/PONSICOB2.5/0000511/2013 del 26.07.2013”*, del *“mancato rispetto degli impegni assunti nella riunione con il Responsabile dell'Obiettivo Operativo tenutasi il 22/05/2013 con la quale il Comune era stato invitato a trasmettere entro il successivo 20 giugno il contratto di progettazione esecutiva”*.

Il Comune, che si è costituito in giudizio con memoria di stile, non ha dedotto di aver contestato in giudizio il ridetto provvedimento, né ne ha negato i presupposti di fatto che, dunque, possono ritenersi non contestati.

Confrontando le tempistiche delle diffide inviate dal Ministero al Comune e degli altri atti che risultano dal decreto di definanziamento con quelle del

giudizio svoltosi sulla gara indetta per l'affidamento delle attività di progettazione, emerge che i ritardi si sono verificati in parte per un'inerzia iniziale del Comune (sollecitato con nota del 26.7.2012 dal Ministero a dar corso alle attività nei successivi 30 giorni), in parte al contenzioso con la parte ricorrente, che si è concluso con la soccombenza del Comune, circostanza che ulteriormente conferma la natura colposa della perdita del finanziamento.

Non c'è dubbio che sussista il nesso causale tra la perdita del finanziamento e l'omessa stipula del contratto, come emerge dal contenuto della sentenza di questo T.A.R. n. 4765 del 24.10.2013, confermata in appello.

Sussiste, altresì, una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela in capo ai ricorrenti che è stata lesa dalla suddetta condotta.

I ricorrenti, infatti, sono risultati aggiudicatari nella procedura di gara indetta dal Comune per la progettazione dell'opera oggetto di finanziamento. Tale situazione ha fatto sorgere un'aspettativa qualificata alla stipula del contratto. Benchè non vi possa essere un'assoluta certezza in capo all'aggiudicatario nel fatto che una siffatta aspettativa si traduca in realtà, tuttavia, può ritenersi che sussista quantomeno una rilevante probabilità che ciò si verifichi, poiché secondo l'id quod plerumque accidit. salvo sopravvenienze quali quella realizzatasi (che tuttavia si è verificata per colpa dell'Amministrazione stessa), all'aggiudicazione di regola consegue la stipula del contratto.

Inoltre, il rapporto di finanziamento rispetto al quale il Comune si è reso inadempiente riguardava proprio l'opera per la cui progettazione era stata bandita la gara. Il Comune, dunque, era titolare non soltanto di un interesse pubblico a coltivare il finanziamento - consentendo così il recupero di un bene confiscato alla criminalità - ma, anche un obbligo di buona fede nei confronti dell'aggiudicatario di curarne con diligenza l'esecuzione, avendo in lui ingenerato un'aspettativa qualificata alla stipula del contratto.

8. Sussistono, dunque, i presupposti per l'accoglimento della condanna del Comune al risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo alla stipula del contratto, sussistendo la prova della lesione di una situazione

giuridica soggettiva meritevole di tutela (interesse pretensivo alla stipula del contratto), della spettanza del bene della vita in assenza dell'illecito (avendo i ricorrenti ottenuto l'aggiudicazione ritenuta legittima all'esito dell'annullamento della revoca illegittima), del fatto lesivo, della colpa, del danno.

9. Va precisato, quanto alla spettanza del bene della vita come sopra definito che, il caso di specie, si differenzia da quelli in cui più frequentemente trattati in giurisprudenza nei quali l'impossibilità di addivenire alla stipula del contratto sia dovuto ad una revoca legittima degli atti di gara non determinata da colpa dell'Amministrazione.

In tali casi si ritiene che il bene della vita cui parte ricorrente aspira non possa ritenersi sussistente a causa della sopravvenuta revoca legittima degli atti di gara. Ove la revoca, infatti, sia legittima, l'originario aggiudicatario, infatti, non può più aspirare all'aggiudicazione e, dunque, non può neppure ottenere in via risarcitoria il ristoro di un danno che non può dirsi prodotto nella sua sfera giuridica (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 23.6.2023, n. 6208 e Cons. Stato, Sez. V, 12/09/2023, n. 8294). Resta, dunque, risarcibile in tali casi, il solo interesse negativo a non essere coinvolto in trattative inutili. In quel caso, tuttavia, si è detto, l'impossibilità di addivenire alla stipula del contratto è dovuta a circostanze indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione, che incidono sulla stessa formulabilità di un giudizio di spettanza del bene giuridico leso e la condotta dell'Amministrazione può ritenersi colposa nell'ambito della sola gestione del rapporto precontrattuale.

Nel caso di specie, invece, anzitutto non vi è stata una formale revoca degli atti di gara, in secondo luogo, è proprio la condotta inadempitiva del Comune ad aver impedito la stipula del contratto, laddove un contegno diligente dell'Amministrazione avrebbe consentito alla parte ricorrente di dar seguito alla commessa che si era aggiudicata. In questo caso, dunque, sussiste la prova della spettanza del bene della vita agognato, poiché nessun atto è intervenuto

a mutare l'aspettativa alla stipula del contratto, che è stata impedita in via diretta ed immediata da una condotta colposa dell'Amministrazione.

Nel caso di specie, dunque, la situazione giuridica soggettiva lesa è l'interesse legittimo alla stipula del contratto, non incisa da atti legittimi di ritiro, e l'obbligo di buona fede violato dal Comune non attiene, come nella maggior parte delle fattispecie esaminate dalla giurisprudenza, all'omissione di obblighi di comunicazione di possibili circostanze ostative alla stipula del contratto, ma nella condotta colposa tenuta in sede di rapporto di finanziamento che ha inciso direttamente sui fondi destinati all'esecuzione dell'opera. Con tale contegno, il Comune ha colposamente leso l'interesse legittimo dei ricorrenti alla stipula del contratto e non soltanto il loro interesse a non vedersi coinvolti in trattative inutili, di tal chè il danno cagionato – che di solito consiste nella perdita di altre occasioni contrattuali – nel caso di specie consiste proprio nella perdita dell'occasione di guadagno conseguente alla stipula del contratto per cui i ricorrenti avevano conseguito l'aggiudicazione.

10. Dovendo, dunque, procedersi al ristoro della situazione giuridica soggettiva effettivamente lesa, la quantificazione del danno va effettuata parametrandola all'opportunità di guadagno perduta che concerne, come si è detto, il contratto che i ricorrenti aspiravano a stipulare in qualità di aggiudicatari.

11. L'importo da riconoscere a titolo risarcitorio, tuttavia, non può coincidere con l'intero corrispettivo contrattuale offerto dai ricorrenti, né tantomeno comprendere il danno curriculare, così come essi hanno richiesto.

12. Secondo costante la giurisprudenza “(ex multis *Adunanza Plenaria n. 2 del 2017; Con. Stato, Sez. V, 1803 del 2021*) in relazione al danno da mancata stipula del contratto a seguito dell'annullamento dell'atto di revoca dell'aggiudicazione va affermato: “che – (...) - è onere del concorrente danneggiato offrire compiuta dimostrazione dei relativi presupposti, sia sul piano dell'an, che sul piano del quantum, atteso che, in punto di tutela risarcitoria, l'ordinario principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal c.d. metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento, ex art. 64, commi 1 e 3 c.p.a., che

si giustifica solo in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Amministrazione e privato (cfr. Cons Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3448); c) che non compete il ristoro del danno emergente, posto che i costi per la partecipazione alla gara sono destinati, di regola, a restare a carico del concorrente (il quale, perciò, può pretenderne il ristoro solo allorché lamenti, in chiave di responsabilità precontrattuale, di averli inutilmente sostenuti per essere stato coinvolto, in violazione delle regole di correttezza e buona fede, in una trattativa inutile), onde il cumulo con l'utile prospetticamente derivante, in caso di mancata aggiudicazione, dalla esecuzione della commessa darebbe vita ad un ingiustificato arricchimento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803; Id., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283; Id., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; Id., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444); d) che spetta, per contro, il lucro cessante, che si identifica con il c.d. interesse positivo e che ricomprende: d1) il mancato profitto, cioè a dire l'utile che l'impresa avrebbe ricavato, in base alla formulata proposta negoziale ed alla propria struttura dei costi, dalla esecuzione del contratto; d2) il danno c.d. curriculare, derivante dall'impossibilità di arricchimento della propria storia professionale ed imprenditoriale, con conseguente potenziale perdita di competitività in relazione a future occasioni contrattuali;

e) che, ai fini della base di calcolo della percentuale per il mancato utile, non si può prendere a riferimento l'importo posto a base della gara, dovendo aversi riguardo al margine di utile effettivo, quale ricavabile dal ribasso offerto dall'impresa danneggiata;

f) che, inoltre, il valore del mancato utile può essere integralmente ristorato solo laddove il danneggiato possa dimostrare di non aver potuto utilizzare le proprie risorse in altre procedure; e ciò perché, in assenza di suddetta prova, in virtù della presunzione per cui chi partecipa alle gare non tiene ferme le proprie risorse, ma le impiega in altri appalti, lavori o servizi, l'utile così calcolato andrà decurtato in ragione dell'aliunde perceptum vel percipiendum, in una misura percentuale variabile (cfr. Cons. Stato, ad. plen. n. 2/2017 cit.; Cons. giust. amm. 6 novembre 2019 n. 947) che tenga, in concreto, conto della natura del contratto, del contesto operativo di riferimento, delle risorse nella ordinaria disponibilità del concorrente, della sua struttura dei costi, della sua storia professionale e del presumibile livello di operatività sul mercato, potendo, a tal fine, addivenirsi anche - nel caso di mancato assolvimento dell'onere dimostrativo ed in presenza di elementi indiziari che evidenzino l'

impossibilità di ricorso cumulativo alle risorse strumentali - all'aumento del danno potenzialmente riconoscibile (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n. 7262; Id., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803);

g) che anche il danno curriculare, ancorato alla perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell' incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare, deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, ancorata: g1) alla perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero alla mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione; g2) alla mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2019, n. 2435; Id., sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497), sicché solo all'esito di tale dimostrazione, relativamente all'an, è possibile procedere alla relativa liquidazione nel quantum (anche a mezzo di forfettizzazione percentuale applicata sulla somma riconosciuta a titolo di lucro cessante: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803);

i) che, infine, il complessivo importo riconosciuto va incrementato, trattandosi di debito di valore, della rivalutazione monetaria (a decorrere dalla data di stipula del contratto fino all'attualità), e degli interessi legali sulla somma di anno in anno rivalutata, fino all'effettivo soddisfo (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4857).” (Cons. Stato, Sez. V, Sent., (data ud. 04/04/2023) 12/09/2023, n. 8294).

13. Alla luce delle ridette coordinate ermeneutiche, il danno non può essere certamente commisurato all'intero importo del corrispettivo offerto e ciò non soltanto perché solo l'utile può essere risarcito (in disparte lasciando la possibilità o meno con riguardo al tipo di attività di configurare un utile), ma anche perché la prestazione non è stata svolta dalla parte ricorrente, la quale, dunque, non ha impiegato la propria capacità professionale e il proprio tempo nell'espletamento della commessa, potendo – come di regola avviene anche per le attività libero professionali – utilizzarlo per l'espletamento di altre attività.

La parte ricorrente aveva l'onere – del tutto disatteso – di allegare e provare le ragioni per le quali il coinvolgimento nella procedura di gara e la successiva aggiudicazione – poi annullata in autotutela – gli abbiano impedito di impiegare la propria capacità professionale in altre commesse, pubbliche o private, com'è normale uso anche per le società o associazioni di professionisti, le quali peraltro, non dovendo predisporre materialmente un cantiere, possono con una certa flessibilità, convergere su commesse diverse.

In mancanza di elementi di tal fatta, deve operare anche nella fattispecie de qua la presunzione secondo cui chi partecipa alle gare non tiene ferme le proprie risorse, ma le impiega in altri appalti, lavori o servizi.

Tuttavia, secondo un orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4803 del 17.10.2017) in caso come quello in esame – ove occorre quantificare un danno accertato concernente la mancata stipula del contratto, ma non risulti prova piena della perdita subita tenuto conto dell'*aliunde perceptum vel percipiendum* – sussistono i presupposti di una valutazione equitativa del danno tenuto conto della "*particolare difficoltà di fornire una prova puntuale del relativo importo*".

Tenuto conto della tipologia di prestazione in esame (attività di progettazione e direzione lavori) per la quale non è prevista una immobilizzazione di mezzi o di personale, tenuto conto, altresì, del fatto che l'aggiudicazione, disposta in data 16.1.2013, è stata annullata in autotutela dall'amministrazione in data 28.2.2013, e che soltanto in data 28.8.2013 è intervenuto il decreto di definanziamento, è da presumere che la parte ricorrente nel poco tempo in cui ha potuto confidare nella stipula del contratto (non potendo configurarsi la perduranza dell'affidamento riposto nell'aggiudicazione nel tempo della pendenza del ricorso giurisdizionale, per sua natura connotato da un certo margine di aleatorietà) abbia potuto convergere in modo ampio su altre commesse. Appare equo, dunque, riconoscere a titolo di risarcimento del danno per la mancata stipula del contratto, l'importo di € 8.000,00,

maggiorato di interessi e rivalutazione dal 28.8.2013 (data di adozione del decreto di revoca del finanziamento) fino al soddisfo.

Non è, invece, possibile riconoscere il danno curriculare non essendo stata neppure dedotta dalla parte ricorrente la perdita di un livello di qualificazione già posseduto, né la mancata acquisizione di un livello superiore, né la mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando come conseguenze della mancata stipula del contratto.

14. In conclusione, il ricorso è fondato nei limiti di cui in motivazione.

15. La peculiarità e complessità delle questioni esaminate giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, condanna il Comune di Afragola al risarcimento del danno subito dalla parte ricorrente che liquida nella somma di € 8.000,00, oltre interessi e rivalutazione a far data dal 28.8.2013 fino al soddisfo. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Laura Maddalena, Presidente

Daria Valletta, Primo Referendario

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Mariagiovanna Amorizzo

IL PRESIDENTE
Maria Laura Maddalena

IL SEGRETARIO