

N. 01158/2015 REG.PROV.COLL.
N. 00617/2007 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 617 del 2007 proposto dall'Ospedale di Sassuolo S.p.A., in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione Roberto Ferrari, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Della Fontana, con domicilio presso la Segreteria del Tribunale;

contro

Banca Carige S.p.A. - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia, in persona del vice Direttore generale Giacomo Ottonello, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Mozzati e dall'avv. Simone Mazzoni, e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Bologna, via Barberia n. 13;

per la condanna

di Banca Carige S.p.A. al risarcimento del danno provocato con la mancata stipulazione del contratto di mutuo alle condizioni risultanti dall'offerta presentata in sede di gara, nell'ammontare di € 113.877,00 o nella diversa misura, maggiore o minore, che risulterà dovuta in corso di causa, oltre a rivalutazione e interessi dal dovuto al saldo.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Banca Carige S.p.A. - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi l'avv. Alberto Della Fontana e l'avv. Antonio Tolone, per le parti, alla pubblica udienza del 3 dicembre 2015;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente indiceva una gara per l'individuazione dell'istituto di credito con cui stipulare un contratto di mutuo del valore economico di € 8.000.000,00, ammortizzabile in dieci anni, al dichiarato fine di “...*acquisire le risorse economiche occorrenti a fronteggiare un complesso di spese per investimenti di prossima scadenza, necessarie per il funzionamento del nuovo Ospedale ...*” (così la lettera di invito). All'esito dell'esame delle offerte ammesse alla selezione, veniva redatta la relativa graduatoria e proposta la stipulazione del contratto di mutuo con Banca Carige S.p.A., la cui offerta recava uno *spread* di 0,475%, più favorevole rispetto allo *spread* di 0,75% offerto dalla Banca Popolare dell'Emilia-Romagna (v. verbale del 28 novembre 2006). Intervenuta, però, la decisione di Banca Carige S.p.A. di non addivenire alla stipulazione del contratto di mutuo (v. nota del 29 novembre 2006), la società ricorrente si vedeva successivamente costretta a procedere allo scorrimento della graduatoria e ad individuare il contraente nella Banca Popolare dell'Emilia-Romagna (v. determinazione in data 30 novembre 2006 del Presidente del Consiglio di Amministrazione).

Ha adito questo Tribunale la società ricorrente, invocando il risarcimento del danno conseguente all'illecita condotta di Banca Carige S.p.A., la cui ingiustificata rinuncia alla stipulazione del contratto di mutuo avrebbe determinato a suo carico un maggiore onere, pari alla differenza con il

meno favorevole *spread* offerto dall'altro offerente, e quindi un pregiudizio patrimoniale quantificabile in € 113.877,00. Esclude, in particolare, che la sopraggiunta decisione di non approvare la pratica da parte degli organi deliberanti dell'istituto di credito potesse legittimarne il recesso dall'impegno assunto con l'offerta, anche per non recare la stessa una riserva in tal senso.

Di qui la richiesta di condanna di Banca Carige S.p.A. alla corresponsione dell'importo di € 113.877,00, o della diversa somma accertata in corso di causa, oltre a rivalutazione e interessi dal dovuto al saldo (somma poi più correttamente quantificata, nella memoria conclusiva, in € 122.729,24 oltre a rivalutazione e interessi).

Si è costituita in giudizio Banca Carige S.p.A. - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia, opponendosi all'accoglimento del ricorso.

All'udienza del 3 dicembre 2015, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Il Collegio è innanzi tutto chiamato ad occuparsi dell'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dalla difesa di Banca Carige S.p.A. sulla base del duplice presupposto che esulerebbero in generale dalla cognizione del giudice amministrativo le questioni con le quali la pubblica Amministrazione aziona propri diritti soggettivi contro i privati e che la pretesa nella circostanza dedotta riguarderebbe in realtà attività meramente privatistica perché rientrante l'oggetto della gara tra i «servizi esclusi» di cui all'art. 19, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'eccezione è infondata.

Quanto alle controversie nate dalla mancata stipulazione di un contratto pubblico in ragione della condotta del privato – migliore offerente – che l'ente appaltante assume causa inescusabile dell'esito negativo della procedura di gara e fonte del conseguente pregiudizio patrimoniale per la pubblica Amministrazione, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare

che, se sono di pertinenza del giudice amministrativo le cause concernenti la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione nei confronti dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), cod.proc.amm., deve coerentemente ritenersi inclusa nella previsione normativa anche l'ipotesi inversa, in cui si faccia questione della violazione ad opera della parte privata dei canoni di buona fede nelle trattative, altrimenti sarebbe violato il principio di concentrazione delle tutele laddove la proposizione di domande attinenti alla responsabilità precontrattuale aventi carattere reciproco o riconvenzionale comportasse il ricorso a giurisdizioni diverse, con conseguenze irragionevoli e potenzialmente lesive del diritto costituzionalmente garantito alla difesa in giudizio (v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 20 marzo 2014 n. 736). Del resto, una simile soluzione non trova ostacolo nella previsione dell'art. 30, comma 2, cod.proc.amm., che dopo avere stabilito che *“può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria”* precisa che *“nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi”*, senza che il potere di condanna risenta della diversa configurazione del soggetto, pubblico o privato, nei cui confronti esso si dirige (v. Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014 n. 4764).

Quanto, poi, alla circostanza che la gara sarebbe stata indetta per un contratto ascrivibile ai «servizi esclusi» ex art. 19, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 163 del 2006 (*“servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia”*), occorre rilevare che, ai fini della giurisdizione, si presenta sufficiente accertare se l'ente appaltante rientri o meno tra gli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 3, n. 26, del d.lgs. n. 163 del 2006, posto che il successivo art. 27 assoggetta comunque

L'affidamento dei «contratti esclusi» al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, e dispone anche che “...*l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto ...*”, sicché ne resta in ogni caso quale connotato identificativo il dovere di osservanza di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, in conformità ai principi propri del Trattato, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2013 n. 4902); pertanto, vada ascritto il contratto di mutuo oggetto della lite ai «servizi esclusi» o vada esso piuttosto ascritto a quelli considerati nell'allegato II A del d.lgs. n. 163 del 2006, risulta decisivo appurare la natura dell'ente appaltante. Orbene, non par dubbio che nel caso di specie si tratti di un «organismo di diritto pubblico», ricorrendone i tre requisiti previsti dalla norma, e cioè l'essere istituito, anche in forma societaria, per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale – aventi carattere non industriale o commerciale –, l'essere dotato di personalità giuridica e lo svolgere attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; dovendo, in particolare, i tre requisiti essere soddisfatti contemporaneamente, in quanto il carattere di diritto privato dell'ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale “amministrazione aggiudicatrice” ai sensi della normativa comunitaria e nazionale, emerge dagli atti di causa che si tratta di società per azioni controllata dall'Azienda USL di Modena, che si tratta di soggetto in possesso di personalità giuridica e che esso non persegue finalità di carattere industriale o commerciale, avuto riguardo – per

quest'ultimo aspetto – al principio secondo cui, nell'ambito dei servizi pubblici, la differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa nel modello organizzativo adottato, ma nella circostanza che l'impresa pubblica è esposta alla concorrenza, gestisce servizi rinunciabili da parte dell'ente di riferimento e subisce o può subire perdite commerciali, mentre l'organismo di diritto pubblico è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento (v. TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 12 marzo 2015 n. 772), e nella fattispecie in questi termini descriveva le caratteristiche dell'ente la lettera di invito alla gara: *“L'Ospedale di Sassuolo spa con sede in via F. Ruini 2 a Sassuolo (MO), è una società per azioni a capitale misto, partecipata al 51% dall'Azienda Usl di Modena ed al 49% dalla spa To Life di Sassuolo, che ha tra i propri scopi l'attuazione del programma di sperimentazione gestionale triennale approvato dalla Regione Emilia Romagna con delibera di Giunta n. 1337 del 22 luglio 2002, ai sensi dell'articolo 9 bis D.L.vo 502/92 e successive modificazioni. La Società ha per oggetto sociale la gestione di attività ospedaliere ed ambulatoriali nell'ambito del servizio sanitario pubblico e nel rispetto delle indicazioni dell'Azienda Usl committente. L'attività dell'Ospedale è iniziata il 1 gennaio 2005 ed al termine del triennio, qualora la sperimentazione si concluda con esito non positivo, sarà l'Azienda Usl di Modena quale socio di maggioranza a subentrare nella gestione dei rapporti in essere”*.

Nel merito, le ragioni del contendere hanno origine nel rifiuto di sottoscrizione del contratto di mutuo opposto da Banca Carige S.p.A. in ragione del sopraggiunto diniego di nulla-osta da parte dell'organo deliberante dell'istituto di credito stesso, il quale, per avere proposto lo *spread* più favorevole, era risultato il migliore offerente nella gara indetta dalla società ricorrente. L'interessato, a sua discolpa, adduce di avere a suo tempo accompagnato l'offerta con la precisazione *“...allega l'offerta richiesta nelle more dell'approvazione della relativa pratica di affidamento da parte dei competenti*

organi deliberanti ...”, il che rivelerebbe l'apposizione di una riserva idonea ad escluderne qualsiasi responsabilità per il successivo esito negativo della trattativa, nel senso che l'Amministrazione aggiudicatrice sarebbe stata per tempo resa consapevole della sussistenza di una «condizione» e quindi in possesso delle informazioni utili ad escludere l'irretrattabilità dell'offerta ricevuta. Sennonché – osserva il Collegio – costituisce principio generale che l'introduzione di un evento condizionante, in senso sospensivo o risolutivo dell'efficacia dell'accordo, deve sempre risultare da previsioni negoziali dal significato univoco, in modo che risulti chiara e inequivocabile la comune volontà delle parti contraenti di subordinare a determinati fatti la produzione degli effetti giuridici del negozio, il che vale necessariamente anche nella fase delle trattative e della formazione del contratto, per dovere le parti essere lealmente edotte delle conseguenze delle dichiarazioni e proposte altrui, sì da presentarsi univocamente riconoscibile la volontà di subordinare la loro efficacia all'avverarsi di dati eventi; nella fattispecie, tuttavia, la dichiarazione resa dall'istituto di credito a corredo dell'offerta, lungi dal richiamare un evento incerto al cui positivo verificarsi era fatta dipendere la definitività dell'offerta medesima, appariva piuttosto – secondo il comune significato che le parole assumono nel relativo contesto – una mera informativa circa lo stato della procedura interna, a voler cioè comunicare che la provvisoria carenza di una determinazione del competente organo deliberante sarebbe stata superata dalla futura e certa conclusione favorevole del relativo *iter*. Dal che l'indebito rifiuto di stipulazione del contratto a séguito della presentazione della migliore offerta da parte di Banca Carige S.p.A., resasi in tal modo responsabile di una condotta che, per avere colpevolmente impedito la conclusione dell'accordo negoziale – avendo l'istituto di credito liberamente assunto il rischio del sopraggiungere di atti interni incompatibili con la volontà espressa in sede di trattativa –, costituisce fonte di responsabilità

precontrattuale per il privato che non ha agito secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 cod.civ., a fronte dell'affidamento suscitato nell'Amministrazione aggiudicatrice circa la definitività dell'offerta poi oggetto di inescusabile ritiro; si tratta, infatti, di responsabilità precontrattuale, giacché il vincolo contrattuale non si è mai perfezionato, in assenza oltretutto di un'aggiudicazione definitiva (in favore di Banca Carige S.p.A.) che potesse eventualmente fungere da incontro dei consensi tra le parti.

Resta a questo punto da definire il *quantum debeatur*.

La giurisprudenza (v. Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012 n. 1440) ha chiarito che, in tema di responsabilità precontrattuale, l'ammontare del danno risarcibile va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche di detta responsabilità, che postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e il principio secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente, con la conseguenza che, non essendo stato stipulato il contratto, non può in simili casi ritenersi dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale, posto che non sono ancora acquisiti i diritti che sarebbero nati dal contratto e che non possono quindi gli stessi considerarsi lesi; pertanto, poiché l'interesse giuridico offeso, a seguito dell'illecito precontrattuale, è unicamente quello al corretto svolgimento delle trattative, il danno che ne deriva è necessariamente circoscritto al c.d. interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita, a causa della trattativa inutilmente intercorsa, di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, mentre la circostanza che manca il contratto impedisce il risarcimento del lucro cessante equivalente agli utili

conseguibili o del danno emergente correlato ai minori costi sostenibili con il contratto non stipulato. Nella fattispecie, tuttavia, la società ricorrente ha richiesto unicamente il ristoro del danno commisurato al più favorevole *spread* offerto da Banca Carige S.p.A., ovvero l'importo corrispondente al maggiore costo sopportato per le diverse condizioni contrattuali garantite dal concorrente classificatosi alla seconda posizione della graduatoria di gara, ma facendo in tal modo valere un interesse all'adempimento che presuppone l'insorgenza del vincolo contrattuale rimasto disatteso, laddove sarebbe stato necessario comprovare che il fallimento della trattativa aveva precluso la conclusione con terzi di un accordo più favorevole di quello poi stipulato con l'altra concorrente o aveva comunque prodotto superflui costi legati allo svolgimento stesso della trattativa poi rivelatasi inutile; prova che in realtà difetta, anche per non avere in effetti la gara risentito di condizionamenti legati alla condotta di Banca Carige S.p.A., nel senso che la migliore offerta sarebbe risultata comunque quella della Banca Popolare dell'Emilia-Romagna, se è vero che le condizioni proposte da quest'ultima sono state poi accettate senza valutazioni negative e senza indizione di una nuova gara, quindi in assenza di maggiori costi/spese direttamente legati alla presentazione di un'offerta rimasta priva di séguito.

In conclusione, la domanda risarcitoria non si presenta suscettibile di accoglimento per mancata dimostrazione di un danno ristorabile ex art. 1337 cod.civ., con conseguente rigetto del ricorso.

La particolarità, sotto molteplici profili, del caso sottoposto al vaglio del Collegio induce alla compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 3 dicembre 2015,
con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente FF

Italo Caso, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)