

RESPONSABILITA' DELLA P.A. Responsabilità precontrattuale della P.A. - Risoluzioni contrattuali disposte dalla P.A. e annullate in s.g. - Domanda risarcitoria - Risoluzioni adottate dalla P.A. in forza di una informativa atipica ex art. 10, comma IX, del d.P.R. n. 252/1998 emessa nei confronti della impresa interessata e della equiparazione delle informative tipiche a quelle atipiche - Non può essere accolta - Ragioni.

Tar Sicilia - Palermo, Sez III, 7 luglio 2022, n. 2232

“[...] L’informativa atipica consente alla stazione appaltante, che non ha il potere, né l’onere di verificare la portata e i presupposti dell’informativa antimafia, di adottare un provvedimento di diniego di stipula del contratto o di prosecuzione del rapporto, che risulterà sufficientemente motivato anche per relationem, essendole riservato un margine ristretto di valutazione discrezionale; diversamente, il dovere di ampia motivazione sussiste solo nel caso in cui si opti per la prosecuzione del rapporto per necessità della prestazione, non altrimenti assicurabile” [...].

Posto che in linea di principio la stazione appaltante non può sindacare il contenuto dell’informativa prefettizia e che, secondo la giurisprudenza dominante, è esente da responsabilità se “vincolata dall’impegno assunto attraverso la sottoscrizione del Protocollo di legalità” [...], sussistono nella fattispecie i presupposti per il riconoscimento dell’errore scusabile, tenuto conto dei ristretti (se non nulli) margini di discrezionalità in capo alle società resistenti nel risolvere i rapporti contrattuali in presenza di una informativa antimafia negativa e della natura formale dei vizi riscontrati dal T.A.R. con la sentenza n. 922/2017 (difetto di istruttoria e motivazione), peraltro nel contesto di un quadro giurisprudenziale piuttosto articolato, il quale poteva ragionevolmente indurre a ritenere sufficiente una motivazione per relationem all’informativa prefettizia, come è quella nella specie censurata [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio della Empedocle S.C.P.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 4 luglio 2022 il dott. Bartolo Salone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso, notificato il 7 maggio 2012 e depositato il giorno 17 successivo, iscritto al n. 850/2012 r.g., il signor Romano Gerlando, in proprio e nella qualità di legale rappresentante della società Geo Perforazioni s.r.l., esponeva che, a seguito di licitazione privata esperita dall’ANAS s.p.a., il RTI

costituito dalla Cooperativa muratori & cementisti – CMC di Ravenna e dal Consorzio di cooperative di costruzioni CCC società cooperativa era risultata aggiudicataria dei lavori di ammodernamento della SS 640 “di Porto Empedocle” relativamente al tratto dal km 9 + 800 al km 44 + 400.

In data 13 febbraio 2008, la CMC e la CCC avevano costituito una società di progetto denominata “Empedocle” s.c.p.a. che, nella qualità di contraente generale, aveva stipulato con la Geo Perforazioni il contratto rep. n. 392 del 5 novembre 2010, integrato con quello rep. n. 392 A del 16 settembre 2011, avente ad oggetto l’esecuzione dei tiranti di tipo definitivo.

Con nota prot. n. 390-DG-2012 del 4 aprile 2012, l’Empedocle s.c.p.a. aveva, però, comunicato alla Geo Perforazioni che la Prefettura di Agrigento, con nota prot. n. 11548 del 15 marzo 2012, aveva adottato nei confronti della stessa un’informativa atipica ai sensi dell’art. 10, comma IX, del d.P.R. n. 252/1998, sulla base della quale non poteva escludersi il pericolo di permeabilità rispetto a possibili tentativi di infiltrazione mafiosa nella gestione.

Le aveva, pertanto, comunicato la risoluzione di diritto del rapporto contrattuale in essere, riservandosi di applicare il sistema sanzionatorio previsto, costituito dall’applicazione di una penale pari al 10 % del valore del contratto.

Riservandosi di proporre censure specifiche avverso l’informativa (che non conosceva) successivamente alla sua acquisizione, ha chiesto l’annullamento di tale atto e della nota dell’Empedocle prot. n. 390-DG-2012 del 4 aprile 2012.

Con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 10 giugno 2012 e depositato il 4 luglio successivo, la ricorrente esponeva che, sulla base dell’informativa oggetto del ricorso introduttivo e della richiesta della Empedocle s.c.p.a., erano stati adottati ulteriori provvedimenti di risoluzione contrattuale riferiti ai medesimi lavori.

Con nota del 18 aprile 2012, l’Agrigento s.c. a r.l., aveva, infatti, comunicato la risoluzione dei tre contratti di subappalto stipulati il 1° settembre 2009, il 9 dicembre 2009 e il 2 febbraio 2010; con nota del 20 aprile 2012, la SICOS s.p.a. aveva, a sua volta, comunicato la risoluzione del contratto di subappalto stipulato il 10 luglio 2009 e del contratto di nolo a freddo stipulato il 5 luglio 2010.

Nelle more, la Prefettura di Agrigento, con nota prot. n. 25280 del 28 giugno 2012, in accoglimento dell’istanza di riesame presentata dalla società ricorrente, aveva ritirato l’informativa atipica prot. n. 11548 del 15 marzo 2012. Quasi contestualmente aveva adottato la certificazione antimafia liberatoria prot. n. 25253 del 27 giugno 2012.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 17 settembre 2012 e depositato il 4 ottobre successivo, la ricorrente esponeva che, con nota prot. n. 275/SF/06-12 del 22 giugno 2012,

l'Agrigento s.c. a r.l. le aveva comunicato l'applicazione di una penale di € 189.810,81, pari al 10 % dei lavori eseguiti sino alla data di estromissione dal cantiere (31 maggio 2012), a titolo di liquidazione forfettaria dei danni, in applicazione degli artt. 4 e 5 del Protocollo di legalità stipulato dall'Empedocle s.c.p.a. con l'ANAS s.p.a. e le Prefetture di Caltanissetta ed Agrigento.

Con nota prot. n. 310/SF/07-12 dell'11 luglio aveva, inoltre, riscontrato negativamente la nota del 25 giugno 2012 con cui la società ricorrente aveva chiesto l'annullamento in autotutela della risoluzione contrattuale e dell'applicazione della penale tenuto conto del ritiro dell'informativa atipica presupposta. Riservandosi di avanzare richiesta di risarcimento per il danno subito, ha chiesto quindi l'annullamento di tali note.

La Sezione I di codesto Tribunale, con sentenza n. 922/2017 (pubblicata in data 30.03.2017) dichiarava cessata la materia del contendere in ordine all'impugnativa dell'informativa prot. n. 11548 del 15 marzo 2012 e accoglieva per il resto il ricorso introduttivo come integrato dai motivi aggiunti, con conseguentemente annullamento degli atti a mezzo degli stessi impugnati.

Pertanto, a fronte della riconosciuta illegittimità delle risoluzioni contrattuali adottate dalla Empedocle s.c.p.a. e dalla Agrigento società consortile a r.l., l'odierna ricorrente ha agito, con il presente ricorso, per il risarcimento dei danni, da quantificarsi avuto riguardo all'importo degli utili non realizzati, derivanti: 1) dalle illegittime risoluzioni dei contratti stipulati con la Empedocle s.c.p.a. e con la Agrigento s.c. a r.l.; 2) dalla mancata stipula, con Empedocle s.c.p.a., dell'analogo contratto relativo al secondo lotto dei lavori *de quibus*. Infatti, con riferimento all'ultima delle pretese risarcitorie, la ricorrente ha chiarito che, in epoca immediatamente precedente alla comunicazione dell'informativa antimafia atipica sopra richiamata, fossero pervenute a un livello avanzato di definizione le trattative volte alla stipula di un ulteriore contratto di subappalto con Empedocle s.c.p.a., avente ad oggetto le medesime lavorazioni previste nei contratti oggetto delle illegittime risoluzioni, afferente al secondo lotto dei lavori di Adeguamento a quattro corsie della S.S. 640 di Porto Empedocle, relativo al tratto intercorrente tra il Km 44 e lo svincolo della A19.

Costituitosi in giudizio, Empedocle s.c.p.a., con memoria del 3 giugno 2022, ha dedotto:

- 1) l'incompletezza del contraddittorio per l'omessa intimazione della Prefettura di Agrigento e di SICOS s.p.a.;
- 2) il parziale difetto di legittimazione attiva (del legale rappresentante della Geo Perforazioni in proprio);
- 3) il difetto di legittimazione passiva di Empedocle s.c.p.a. rispetto alla pretesa risarcitoria concernente la rottura delle trattative intraprese dalla società ricorrente con la nuova società di

progetto, denominata “Empedocle 2 S.c.p.A.”, distinta dalla Empedocle s.c.p.a. e dotata di autonoma personalità giuridica, per l’affidamento in subappalto del secondo tratto dei lavori;

4) l’infondatezza delle pretese risarcitorie tutte per mancanza di prova dell’elemento soggettivo della responsabilità;

5) l’inattendibilità della quantificazione del danno proposta da controparte e l’erroneità della sua parametrizzazione, avuto riguardo alla rottura delle trattative per l’assegnazione del secondo lotto, all’interesse “positivo” (ossia, agli utili di impresa non conseguiti per effetto della mancata stipulazione del contratto).

All’udienza pubblica del 4 luglio 2022, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Quanto sopra premesso, deve dichiararsi il parziale difetto di legittimazione attiva del Sig. Gerlando Romano allorché egli agisce in proprio, oltre che come legale rappresentante della Società avversaria. Invero, come esattamente colto dalla difesa di Empedocle s.c.p.a.:

- le vicende negoziali all’origine della controversia si appuntavano nella sfera giuridico-patrimoniale di Geo Perforazioni, che è munita di personalità giuridica autonoma;
- l’informativa prefettizia aveva come destinataria la stessa Geo Perforazioni e nessuno degli elementi indiziari ivi rassegnati si riferiva al Sig. Gerlando Romano;
- le pretese risarcitorie sono dedotte a titolo di mancato utile d’impresa di Geo Perforazioni, mentre nessun pregiudizio riferito alla persona o al patrimonio del Sig. Romano risulta è prospettato nel ricorso.

Va invece disattesa l’eccezione di non integrità del contraddittorio per la mancata evocazione in giudizio della Prefettura di Agrigento e di SICOS s.p.a., dal momento che nessuna azione risarcitoria è rivolta dalla ricorrente verso queste ultime. Infatti, come si è esposto in premessa, la società istante agisce solo ed esclusivamente al fine di far valere la responsabilità connessa alla risoluzione dei contratti stipulati con Empedocle s.c.p.a. e con Agrigento s.c. a r.l. e alla mancata conclusione del contratto relativo al secondo tratto della strada statale 640 di Porto Empedocle con la stessa Empedocle s.c.p.a.

Ne segue che il contraddittorio processuale è perfettamente integro con l’intimazione di Empedocle s.c.p.a. e Agrigento s.c. a r.l. e nessuna ragione sussiste per ordinare la chiamata in causa della Prefettura di Agrigento e di SICOS s.p.a., società invero prive di legittimazione passiva rispetto alle domande risarcitorie articolate in ricorso.

Tanto premesso, va esaminata in primo luogo la domanda di risarcimento dei danni asseritamente sofferti dalla ricorrente per le risoluzioni negoziali, dichiarate illegittime con sentenza n. 922/2017.

Nella fattispecie viene dedotta una responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, il cui riconoscimento, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza sia amministrativa che di legittimità (tra le ultime v. Cass. civile sez. lav., 26/01/2022, n. 2340; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 11/01/2022, n. 226), non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, dovendo, al contrario, il giudice svolgere una più penetrante indagine, estesa anche alla valutazione dell'elemento soggettivo della colpa (non del funzionario agente ma) dell'Amministrazione intesa come apparato.

Di qui la necessità di verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con conseguente affermazione, da un lato, della responsabilità dell'Amministrazione per danni derivanti da un atto illegittimo, quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'adozione del provvedimento viziato; con esclusione, viceversa, della medesima forma di responsabilità allorché l'indagine presupposta conduca, per contro, al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto (Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4189; Tar. Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2015, n. 8831).

Alla luce dei suesposti principi nel caso in esame la domanda risarcitoria non può essere accolta per insussistenza dell'elemento psicologico della colpa.

La sentenza n. 922/1017, pur avendo annullato per difetto di istruttoria e di motivazione le impugnate risoluzioni, dà atto che "le stesse sono state: adottate in virtù dell'equiparazione delle informative tipiche a quelle atipiche operata dal Protocollo di legalità sottoscritto dall'Empedocle s.c. p a. con l'Anas s.p.a. e le Prefetture di Caltanissetta e Agrigento; motivate *per relationem* con riferimento all'informativa successivamente annullata in autotutela".

Tanto basta, a parere del Collegio, per escludere in capo alle odierne resistenti eventuali addebiti di colpa. Esse, infatti, hanno ispirato la loro condotta a uno dei principali indirizzi giurisprudenziali all'epoca vigenti, secondo cui: "*L'informativa atipica consente alla stazione appaltante, che non ha il potere, né l'onere di verificare la portata e i presupposti dell'informativa antimafia, di adottare un provvedimento di diniego di stipula del contratto o di prosecuzione del rapporto, che risulterà sufficientemente motivato anche per relationem, essendole riservato un margine ristretto di valutazione discrezionale; diversamente, il dovere di ampia motivazione sussiste solo nel caso in cui si opti per la prosecuzione del rapporto per necessità della prestazione, non altrimenti*

assicurabile” (TAR Lazio, Roma, sez. II ter, 30/01/2006, n. 2876; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 13/07/2005, n. 6159; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 15/07/2004, n. 12586; TAR Calabria, Sez. staccata Reggio Calabria, 21/06/2011, n. 518). Le determinazioni di Empedocle, inoltre, risultavano vincolate dall’obbligazione assunta verso ANAS S.p.A., nel contratto del 27 maggio 2008, d’immediata interruzione dei rapporti con affidatari ritenuti non idonei, nonché dalle clausole del protocollo di legalità del 9 marzo 2009 e, in particolare, dall’art. 5, espressamente richiamato nell’atto di risoluzione insieme al codice etico della Società.

Posto che in linea di principio la stazione appaltante non può sindacare il contenuto dell’informativa prefettizia e che, secondo la giurisprudenza dominante, è esente da responsabilità se *“vincolata dall’impegno assunto attraverso la sottoscrizione del Protocollo di legalità”* (Cons. Stato, sez. III, 05/03/2018, n. 1401), sussistono nella fattispecie i presupposti per il riconoscimento dell’errore scusabile, tenuto conto dei ristretti (se non nulli) margini di discrezionalità in capo alle società resistenti nel risolvere i rapporti contrattuali in presenza di una informativa antimafia negativa e della natura formale dei vizi riscontrati dal T.A.R. con la sentenza n. 922/2017 (difetto di istruttoria e motivazione), peraltro nel contesto di un quadro giurisprudenziale piuttosto articolato, il quale poteva ragionevolmente indurre a ritenere sufficiente una motivazione *per relationem* all’informativa prefettizia, come è quella nella specie censurata.

Ciò posto, osserva ulteriormente il Collegio che neanche il mancato ripristino del rapporto contrattuale dopo la rimozione in autotutela dell’informativa è censurabile sul piano della colpa.

Invero, nella nota prot. n. 0025280 del 28 giugno 2012, la Prefettura di Agrigento si è limitata ad affermare: *“Con riferimento all’istanza di riesame, valutato il complessivo quadro fattuale risultante dalla allegata documentazione 11 giugno 2012 e 27 giugno 2012 ed acquisito il parere del Gruppo Ispettivo Misto nella riunione del 27 giugno 2012, si dispone la revoca del provvedimento prot. n. 11548 del 15 marzo 2012 e, per l’effetto, si rilascia l’allegata certificazione antimafia liberatoria emessa in data odierna”*. Pertanto, tenuto conto dell’estrema concisione delle motivazioni, dell’uso della dizione *“revoca”* (che identifica i provvedimenti di ritiro *ex nunc*), della contestuale emissione di certificazione liberatoria (che per solito consegue a richiesta di aggiornamento, e come tale inidonea a incidere sui rapporti pregressi), non sussistevano elementi certi, idonei a orientare Empedocle s.c.p.a. e Agrigento s.c. a r.l. a riconoscere, in quell’atto, un provvedimento di annullamento con efficacia retroattiva, come, invece, poi accertato dalla sentenza n. 922/2017, in esito a specifico scrutinio della questione.

La domanda di risarcimento del danno per le illegittime risoluzioni negoziali va, quindi, rigettata per mancanza di allegazione e prova dell’elemento psicologico della responsabilità.

Quanto, poi, alla domanda di risarcimento del danno per la mancata conclusione di un nuovo contratto di affidamento, deve dichiararsi il difetto di legittimazione passiva di Empedocle s.c.p.a. Infatti, le trattative, della cui interruzione il ricorrente si duole, non erano intercorse con Empedocle s.c.p.a. e non riguardavano il suo oggetto sociale (e cioè l'adeguamento a quattro corsie della SS 640 di Porto Empedocle tratto dal km 9+800 al km 44+400). I contatti erano stati, piuttosto, avviati dalla ricorrente con l'altro contraente generale, Empedocle 2, nell'ambito della diversa opera di competenza di quest'ultimo (e cioè l'adeguamento e ammodernamento della S.S. 640 di Porto Empedocle, 2° tratto, dal Km 44+000 allo svincolo A19), come emerge peraltro dalla stessa corrispondenza prodotta in allegato al ricorso (docc. 8 e 9), proveniente e riferibile alla sola Empedocle 2.

Nel merito, e in disparte il rilevato profilo preliminare di inammissibilità per difetto di legittimazione passiva di Empedocle s.c.p.a., la domanda risarcitoria è infondata per le ragioni appresso esposte.

In primo luogo, non è dato ravvisare l'esistenza, sotto il profilo causale, di un nesso di derivazione diretta e immediata tra la mancata stipulazione del nuovo contratto e le precedenti risoluzioni.

In secondo luogo, è errata la prospettazione del pregiudizio ristorabile.

In materia di responsabilità precontrattuale, nel cui novero è riconducibile il recesso ingiustificato dalle trattative, il danno risarcibile – secondo la consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632; Cass., 30 luglio 2004, n. 14539) – è quello derivante dalla lesione dell'interesse negativo, consistente nell'ammontare delle spese sostenute per aver fatto affidamento nella conclusione del contratto (danno emergente) e nei mancati guadagni derivati dalla perdita di ulteriori occasioni contrattuali (lucro cessante).

Di tali voci di danno, la ricorrente non esibisce prova alcuna: al contrario pretende il pagamento del danno equivalente al mancato utile (presuntivo) sull'incarico non assegnato, corrispondente all'interesse contrattuale positivo, che, come visto, non è ristorabile ai sensi dell'art. 1337, c.c.

Dal che il rigetto dell'ulteriore domanda risarcitoria.

Le spese del giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e si liquidano, ai sensi del d.m. n. 55/2014, nella misura quantificata in dispositivo in favore di Empedocle s.c.p.a., tenuto conto del valore della controversia, della media complessità delle questioni giuridiche affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta limitata alla fase decisionale; non si procede alla liquidazione delle fasi studio, introduttiva e istruttoria/trattazione, in quanto nessuna attività difensiva rilevante è stata concretamente spesa.

Nulla deve disporsi sulle spese quanto ad Agrigento società consortile a r.l., non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente a rifondere a Empedocle s.c.p.a. le spese del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) per compensi, oltre spese forfettarie, IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Bartolo Salone, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO