



**REPUBBLICA ITALIANA**

**N. 2766**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Reg. Sent. 2007

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA**

N. 1996

**Sede di Bari - Sezione Prima**

Reg. Ric. 2006

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 1996 del 2006 proposto dalla Astaldi S.p.a. e dalla Palese Park S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avv. Gerardo Romano Cesareo, con domicilio eletto in Bari alla piazza Luigi di Savoia, 41/A, presso l'avv. Leonardo Patroni Griffi,

**C O N T R O**

la Aeroporti di Puglia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Emilio Toma e Onofrio Sisto, con domicilio eletto presso il primo in Bari alla via Calefati, 133,

per la condanna

della Aeroporti di Puglia al risarcimento dei danni cagionati alle società ricorrenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Primo Referendario Raffaele Greco;

Uditi, all'udienza pubblica del 24 ottobre 2007, l'avv. Cesareo per i ricorrenti e gli avv.ti Toma e Giacomo Valla, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. Sisto, per l'Amministrazione;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### F A T T O

La presente controversia afferisce a pregresse vicende coinvolgenti la gara bandita in data 25 gennaio 2000 dalla S.E.A.P. – Società Esercizio Aeroporti di Puglia S.p.a. (poi divenuta Aeroporti di Puglia S.p.a.) per l'affidamento, in regime di subconcessione, della costruzione e gestione di un parcheggio multipiano nell'Aeroporto di Bari – Palese per una durata di vent'anni; all'uopo, giova precisare che la predetta committente conduce in regime di c.d. “gestione totale”, previo affidamento dall'E.N.A.C., numerosi aeroporti pugliesi, fra cui quello oggetto della gara *de qua*.

Il bando di gara mediante licitazione privata prevedeva la realizzazione dell'opera con oneri integralmente a carico dell'aggiudicatario, e il diritto di quest'ultimo di incassare, quale corrispettivo, i proventi della gestione del parcheggio per il periodo suindicato, previo pagamento alla concedente di un canone di subconcessione calcolato in misura percentuale sui ricavi del parcheggio medesimo, fermo restando un minimo annuo garantito di € 600.000.000, e quindi di € 12.000.000.000 per l'intero periodo di subconcessione.

La gara veniva aggiudicata alla costituenda associazione di imprese tra l'Astaldi S.p.a. (mandataria) e l'APCOA Parking Italia S.p.a.

(mandante), che aveva offerto una percentuale del 27,50 % per tutto il periodo ventennale.

Subito dopo la consegna dell'area di sedime, le imprese aggiudicatarie, previa formalizzazione dell'a.t.i., costituivano una società di progetto ai sensi dell'art. 37 *quinquies* della legge 11 febbraio 1994, nr. 109, denominata Palese Park S.r.l.: a questa veniva affidata la subconcessione con atto stipulato l'8 novembre 2000, nel quale era prevista per l'affidamento la durata di vent'anni senza alcuna possibilità di proroga con decorrenza dalla data dell'entrata in esercizio della nuova aerostazione passeggeri in corso di costruzione (art. 3), nonché l'obbligo dell'affidataria di realizzare l'opera e di renderla agibile entro 400 giorni dalla consegna dell'area (art. 4.1).

Tuttavia, in prosieguo si verificavano eventi che ritardavano l'attuazione dell'iniziativa, in particolare la necessità di riprogettare l'opera per l'interferenza con il passante ferroviario e lo slittamento di alcuni anni nella realizzazione della nuova aerostazione, la cui entrata in funzione era stata inizialmente prevista per il dicembre 2002.

Con lettera del 22 marzo 2002 (prot. 1091), la S.E.A.P. comunicava alla Palese Park l'avvio di un procedimento di "*autoannullamento*" sia della subconcessione che di tutti gli atti della gara, per ritenuta violazione di norme imperative; malgrado le contestazioni dell'affidataria, tale procedura si concludeva con l'annullamento della subconcessione e dell'intera procedura di gara, giusta nota del 20 giugno 2002 (prot. 2549).

A questo punto, le società aggiudicatarie e la Palese Park S.p.a.

proponevano ricorso innanzi a questo Tribunale (nr. 1242/02), poi definito con sentenza di questa Sezione nr. 1912 del 12 maggio 2003, di reiezione.

A seguito di appello, tuttavia, il Consiglio di Stato riteneva fondate le doglianze delle ricorrenti, e con sentenza della Sez. VI, nr. 2 del 7 gennaio 2005, annullava il provvedimento di autoannullamento emesso dalla S.E.A.P. e condannava quest'ultima al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separato giudizio.

Con il ricorso in esame, notificato il 4 dicembre 2006 e depositato il 19 successivo, la Astaldi S.p.a. e la Palese Park S.r.l. hanno agito per la quantificazione e la liquidazione del danno subito.

Al riguardo, osservano preliminarmente che ogni questione in ordine all'*an debeatur* deve ritenersi affrontata e risolta positivamente nel precedente giudizio testé riassunto, laddove è stata riconosciuta nella condotta dell'Ente intimato la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, demandando alla presente sede processuale unicamente la determinazione del *quantum*.

Con riferimento a tale aspetto, le ricorrenti hanno chiesto la condanna dell'Ente intimato al pagamento delle seguenti somme:

- per danno emergente, corrispondente ai costi diretti ed indiretti sostenuti per la partecipazione alla gara, la gestione della commessa ed il funzionamento della società di progetto, l'attivazione delle cauzioni contrattuali e le consulenze ricevute, complessivi €433.800,00, di cui circa €303.300,00 per la Astaldi S.p.a. e circa €130.500,00 per la Palese Park S.r.l., così suddivisi: a) €57.100,81 per oneri di

partecipazione alla gara (€55.614,60 per spese di utilizzo personale e sede e € 1.486,21 per spese vive); b) € 209.909,66 per oneri amministrativi di gestione della commessa, di cui € 193.693,10 sostenuti dalla Astaldi S.p.a. e €16.216,56 sostenuti dalla Palese Park S.r.l.; c) per costi per le attività di riprogettazione richieste dalla S.E.A.P., € 31.402,33 sostenuti dalla Astaldi S.p.a. e € 15.493,70 sostenuti dalla Palese Park S.p.a., al netto del compenso a saldo ancora da corrispondersi ai professionisti incaricati di detta riprogettazione, pari a circa €30.000,00; d) €97.308,00 per oneri societari della Palese Park S.p.a., costituita e inutilmente tenuta operativa, ivi compresi i costi stimati per l'anno 2006 e quelli per la liquidazione, prevista per la conclusione del presente giudizio; e) € 22.600,00 all'anno per oneri finanziari connessi alla costituzione della Palese Park, calcolati in ragione del tasso di interesse passivo del 7,5 % corrisposto al sistema bancario in relazione al versamento dei 3/10 del capitale sociale della quota di originaria competenza (90 % del capitale), pari a €303.614,00, ed alla acquisizione dalla APCOA Parking Italia di ulteriori quote di capitale pari al 9% con un esborso di circa €27.888,67, oltre all'accollo del debito per gli ulteriori decimi non ancora versati;

- per lucro cessante, sulla base di una valutazione approfondita dei ricavi che sarebbero rivenuti alle ricorrenti dalla realizzazione dell'opera e dalla gestione ventennale del parcheggio: a) €9.414.072,00 per mancato utile di gestione; b) € 3.600.000,00 per mancato utile di costruzione, pari alla differenza tra il costo di costruzione quantificato nel bando di gara in €9.687.679,70 e il costo effettivo di costruzione

che sarebbe stato sostenuto dalla concessionaria pari a €6.025.000,00;  
c) somma da determinarsi sulla base di apposita consulenza tecnica d'ufficio per la perdita di utilità derivante dal mancato riconoscimento della prelazione sulle altre aree di sosta da determinarsi come mancato profitto della gestione di altri parcheggi dell'Aeroporto di Bari Palese nel periodo di durata della concessione; ulteriori somme non precisamente quantificate per mancato utile dei servizi accessori (pubblicità etc).

Pertanto, le ricorrenti hanno chiesto condannarsi l'Ente intimato al pagamento delle somme suindicate, oltre interessi e rivalutazione monetaria, nonché accertarsi il diritto della Astaldi S.p.a. allo svincolo della cauzione di cui alla polizza SIC nr. DE/0086996 del 16 novembre 2000. In via istruttoria hanno altresì chiesto:

- l'acquisizione, mediante ordine di esibizione formulato nei confronti dell'Ente intimato, di documentazione in originale o in copia autenticata relativa alla progettazione oggetto di gara nonché al successivo appalto intercorso tra l'Ente medesimo e la APCOA Parking Italia S.p.a. per la gestione del parcheggio multipiano e dei parcheggi a raso;
- l'ammissione di prova per testimoni sull'impiego del personale da parte delle società ricorrenti e sui relativi costi;
- disporre consulenza tecnica d'ufficio per la determinazione del danno, da liquidarsi per il periodo 2002-2006 sulla base dei ricavi empiricamente generati dalla gestione dei parcheggi, e per il periodo successivo mediante il criterio della c.d. attualizzazione dell'utile.

L'Ente intimato si è costituito con atto depositato il 20 dicembre 2006, assumendo genericamente l'inammissibilità e infondatezza del ricorso.

Con successiva memoria del 12 ottobre 2007, parte resistente ha altresì argomentatamente chiesto la reiezione della domanda attorea, sulla base delle seguenti argomentazioni:

- inammissibilità del ricorso per violazione del divieto di *bis in idem*, atteso che, essendo l'istituto della condanna generica *ex art. 278 c.p.c.* estraneo al giudizio amministrativo come ritenuto da consolidata giurisprudenza, le ricorrenti avrebbero dovuto richiedere nel precedente giudizio anche la quantificazione del danno anziché limitarsi a chiedere il semplice accertamento dell'*an debeatur*, con conseguente impossibilità di proposizione di nuova domanda giudiziale avente il medesimo *petitum*;
- inammissibilità della domanda sotto altro profilo, stante l'impossibilità – per le ragioni appena esposte – di introdurre nel presente giudizio elementi nuovi, non allegati in quello precedente;
- inammissibilità del ricorso per mancata titolarità del danno lamentato, non risultando intrattenuto alcun rapporto in proprio dalla Astaldi S.p.a. con Aeroporti di Puglia S.p.a.;
- in via subordinata, deve comunque tenersi conto del concorso di colpa delle ricorrenti, per non aver prodotto in sede di offerta il piano economico finanziario;
- nel merito, in ogni caso la quantificazione del danno non può non essere condotta in applicazione dell'art. 37 *septies* l. nr. 109/94, norma

applicabile alla fattispecie ed espressamente richiamata dall'art. 3.3 dell'atto di subconcessione, potendo peraltro trovare applicazione al caso che occupa unicamente la prima ipotesi di cui alla lettera c) della predetta disposizione, con la conseguenza del riconoscimento di un risarcimento pari al più al 10% del valore delle opere da eseguire;

- in via subordinata, ove non ritenuta applicabile la predetta norma, dovrà comunque trovare applicazione il criterio elaborato dalla giurisprudenza in materia di mancata aggiudicazione dell'appalto, con il conseguente riconoscimento di un danno pari al 10% del valore dell'opera, con sottrazione di un'equa percentuale;

- in ogni caso, i calcoli proposti dalle ricorrenti per la quantificazione del danno sono assolutamente erronei, come dimostrato da apposita consulenza prodotta dall'Ente resistente;

- infondate sono le richieste di liquidazione di ulteriori partite di danno, essendo ogni possibile rimborso assorbito dall'indennità *ex art. 37 septies* citato, e comunque non potendo riconoscersi il danno riveniente dal mantenimento della struttura societaria della Palese Park S.p.a., in virtù del principio generale di cui all'art. 1227 c.c.;

- inammissibili, infine, sono le richieste istruttorie formulate in ricorso, atteso che: a) quanto alla consulenza tecnica d'ufficio, la genericità e ampiezza dei quesiti che si chiede porsi con la stessa svela che si tratterebbe di un mezzo istruttorio teso a costruire *ex novo* una prova non fornita dalla parte interessata, e non a determinare elementi già adottati dalla stessa; b) le richieste di esibizione documentale appaiono formulate a meri fini esplorativi, né viene documentata



l'indispensabilità dei documenti richiesti ai fini della decisione; c) le prove testimoniali richieste sono o vertenti su fatti che avrebbero dovuto necessariamente essere provati *per tabulas* ovvero tendenti a ottenere dai testi valutazioni e non ricostruzioni di fatti.

All'udienza del 24 ottobre 2007, la causa è stata ritenuta per la decisione.

## **DIRITTO**

1. Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate da parte resistente.

2. Con le prime due eccezioni, che in questa sede possono essere trattate congiuntamente, si assume la violazione del principio *ne bis in idem*, sul rilievo della inammissibilità nel giudizio amministrativo dell'istituto della condanna generica di cui all'art. 278 c.p.c. e della conseguente necessità, per le ricorrenti, di documentare in maniera completa ed esaustiva, già nel giudizio inerente al precedente ricorso nr. 1242/02, non solo l'*an debeatur* ma anche il *quantum* in relazione al danno lamentato: ne discenderebbe l'identità del *petitum* sostanziale tra il presente giudizio e quello precedente, che avrebbe sostanzialmente "assorbito" tutte le questioni qui proposte.

Tale avviso, pur efficacemente e suggestivamente esposto negli scritti di parte resistente, non appare condivisibile.

Ed invero, non si ignora il consolidato orientamento giurisprudenziale che dal peculiare istituto introdotto dall'art. 35, comma II, del decreto legislativo 31 marzo 1998, nr. 80, trae argomento per sostenere l'inammissibilità nel giudizio amministrativo dell'istituto della

condanna generica (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2006, nr. 2374; T.A.R. Sardegna, 27 marzo 2003, nr. 365); tuttavia, appare evidente che tale questione avrebbe dovuto essere posta nel giudizio conclusosi con la decisione del Consiglio di Stato nr. 2 del 7 gennaio 2005, ormai definitiva, che ha invece implicitamente ammesso la possibilità del solo accertamento dell'*an*, con devoluzione a separato giudizio della quantificazione del danno risarcibile.

Questo Collegio ignora se con tale decisione i giudici di Palazzo Spada abbiano realmente inteso – come sostenuto in sede di discussione dalla difesa di parte ricorrente – sottoporre a revisione tale pregresso orientamento: certo è che a migliore comprensione del percorso argomentativo seguito, e forse addirittura a conclusioni diverse, si sarebbe pervenuti laddove l'Ente intimato avesse in quella sede eccepito l'inammissibilità della richiesta di condanna generica (richiesta, come risulta dalla stessa decisione, espressamente formulata dalle ricorrenti).

Se tutto questo è vero, ne deriva che non può parlarsi di identità del *petitum* sostanziale tra il presente giudizio e quello precedente, dal momento che in questa sede si discute di una domanda avente ad oggetto elementi (il *quantum* del danno) certamente tenuti estranei al giudizio derivato dal ricorso nr. 1242/02: di ciò offre conferma, invero, la stessa parte resistente laddove, con una certa contraddittorietà rispetto al tenore dell'eccezione in esame, tenta di “giustificare” la decisione assunta dal Consiglio di Stato con la necessità di mantenersi entro i limiti della domanda di parte attrice,

evitando d'incorrere nel vizio di ultrapetizione (con il che implicitamente si riconosce la diversità di *petita* tra i due giudizi).

Incidentalmente, può anche aggiungersi che non appare condivisibile neanche l'affermazione di parte resistente in ordine al carattere in qualche modo "necessitato" della pronuncia del Consiglio di Stato: infatti, è evidente che la considerazione della pregressa giurisprudenza *in subiecta materia* avrebbe potuto indurre a una declaratoria di inammissibilità *tout court* della domanda risarcitoria così come formulata, e in tal caso le ricorrenti avrebbero oggi agito per l'accertamento in unica sede processuale sia dell'*an* che del *quantum* del danno risarcibile.

3. Priva di pregio è anche l'ulteriore eccezione di parte resistente, incentrata – se ben si comprende – sull'asserito difetto di legittimazione alla domanda risarcitoria della Astaldi S.p.a., che non risulta essere stata controparte contrattuale della Aeroporti di Puglia S.p.a.

Il rilievo è anzi tutto inconferente, atteso che, come meglio appresso si dirà, quella che le odierne ricorrenti fanno valere è non già una responsabilità contrattuale, da inadempimento nel rapporto di subconcessione, bensì una responsabilità di tipo aquiliano, discendente dall'illecito costituito dall'illegittimo annullamento dell'intera procedura di gara posta a monte dello stesso atto di affidamento.

Sotto tale profilo, non v'ha dubbio che anche la Astaldi S.p.a., in quanto soggetto aggiudicatario della gara *de qua* (sia pure riunita in

associazione con altra impresa), sia legittimata a lamentare condotte poste in essere dalla stazione appaltante nell'ambito e in relazione alla gara medesima.

4. Passando all'esame del merito della domanda attorea, va anzi tutto condiviso l'assunto di parte ricorrente secondo cui alcuno spazio vi è, nel presente giudizio, per contestazioni e rilievi attinenti all'*an debeatur*.

Infatti, come è agevole evincere dalla lettura della più volte citata sentenza nr. 2 del 2005 del Consiglio di Stato, in quella sede è già stata affrontata e risolta positivamente, con argomenti ormai definitivi, la questione della sussistenza dei caratteri dell'illecito nella condotta dell'Amministrazione costituita dall'illegittimo annullamento dell'atto di subconcessione e della procedura di gara.

Pertanto, in questa sede dovranno essere approfonditi unicamente i temi della quantificazione del danno risarcibile, a cominciare da quelli relativi all'individuazione dei criteri di liquidazione dello stesso.

5. Sotto tale profilo, l'Ente resistente assume l'applicabilità dell'art. 37 *septies* della legge 11 febbraio 1994, nr. 109, e specificamente della seconda ipotesi di cui alla lettera c) di detta norma, con la conseguenza che nessun danno ulteriore potrebbe essere preteso dalle ricorrenti rispetto a quello "forfetariamente" ricavabile dall'applicazione della stessa.

Il Collegio è dell'avviso che, sulla base della corretta interpretazione della norma *de qua* e della disciplina del rapporto contrattuale *inter partes*, la ricostruzione di parte resistente non possa essere condivisa.

5.1. In primo luogo, dal punto di vista testuale la disposizione *de qua* è intesa a dettare i criteri di calcolo di quanto spettante al concessionario per l'ipotesi in cui *“il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente”*, nonché per quella in cui *“quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse”*.

Certamente nel caso di specie non ricorre la seconda ipotesi, che con tutta evidenza è riferita all'ipotesi in cui il concedente legittimamente rimuova, per oggettive e sopravvenute ragioni di pubblico interesse, l'atto concessorio: insomma, in questa parte la disposizione è chiaramente tesa a porre il concessionario al riparo degli effetti rivenienti da una possibile rivalutazione dell'interesse pubblico, prevedendo a suo favore un obbligo di tipo strettamente indennitario (nel senso che a questa espressione è comunemente assegnato dalla dottrina civilistica, di “responsabilità da atto lecito”).

Nel caso che occupa, invece, ci si trova in presenza non di ritiro dell'atto per motivi sopravvenuti, ma di annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, per giunta ritenuto illegittimo dal giudice amministrativo.

Nemmeno sussiste, a ben vedere, la diversa ipotesi di risoluzione del rapporto per inadempimento del concedente, malgrado lo sforzo dell'Ente resistente di ricondurre a tale ipotesi la vicenda che ha riguardato il rapporto di subconcessione tra Aeroporti di Puglia S.p.a. e Palese Park S.p.a.

*In primis*, la “risoluzione” sul piano dogmatico è vicenda che investe

il rapporto contrattuale nel corso della sua vita, determinando lo scioglimento del vincolo esistente *inter partes*, laddove in questo caso ci si trova in presenza di condotta dell'Amministrazione che, con illegittimo esercizio del proprio potere autoritativo, ha travolto la fonte stessa del rapporto, ossia l'atto di subconcessione e la stessa procedura di gara cui esso era seguito; d'altra parte, come già sopra anticipato e come chiaramente evincibile dalla sentenza nr. 2 del 2005 del Consiglio di Stato, il danno lamentato in questo caso scaturisce non dall'inadempimento del concedente a una o più clausole dell'atto di subconcessione (ancorché di gravità tale da determinare, secondo la normativa civilistica, la risoluzione del rapporto), ma da una condotta illecita rientrante nella previsione generale dell'art. 2043 c.c.

Insomma, trattasi non di responsabilità contrattuale (cui è specificamente riferita la previsione della prima parte del citato art. 37 *septies*), ma di responsabilità da atto illecito.

5.2. Nemmeno la norma in discorso può trovare applicazione – come pure sostiene parte resistente – in virtù del richiamo ad essa contenuto nell'atto di subconcessione stipulato tra le parti in data 8 novembre 2000.

Infatti, da un'attenta lettura degli artt. 3.3 e 3.4 di tale atto (cfr. allegato 7 al ricorso introduttivo) emerge che l'art. 37 *septies* l. nr. 109/94 era richiamato, anzi tutto, per il caso di “*risoluzione per inadempimento del concedente ovvero per revoca della concessione principale ovvero ancora per motivi di pubblico interesse*” (art. 3.3., lettera *b*): tale previsione riproduce quasi letteralmente il disposto

della norma *de qua*, e pertanto valgono le osservazioni che si sono appena fatte circa la sua inapplicabilità al caso di specie.

Inoltre, lo stesso art. 37 *septies* era richiamato anche per le ipotesi di “*revoca indotta da cause diverse e comunque per ogni altro motivo di legge*”: anche tale previsione, ad avviso del Collegio, non consente di ricomprendervi il caso di illegittimo annullamento della gara, innanzi tutto perché ancora una volta la clausola convenzionale fa riferimento all’istituto della “*revoca*”, e cioè – come detto – a un atto di ritiro basato sulla valutazione di elementi sopravvenuti, e in secondo luogo perché fra gli “altri motivi di legge” non può logicamente farsi rientrare anche una situazione *contra legem*, quale è quella di adozione di un atto illegittimo da parte dell’Amministrazione.

6. Una volta esclusa l’applicazione “assorbente” della norma invocata dall’Ente resistente, il danno risarcibile deve essere liquidato secondo i comuni principi, previa individuazione del danno emergente e del lucro cessante.

7. Con riguardo al danno emergente, può convenirsi con le ricorrenti nel far rientrare in tale voce di danno non solo i costi sostenuti dalle stesse per la partecipazione alla gara, ma anche tutti i costi successivi, connessi alle attività prodromiche all’avvio dei lavori e poi rivelatisi inutili a causa del sopravvenuto intervento in autotutela (ad esempio, le spese affrontate per la riprogettazione in un primo tempo richiesta dal concedente).

Tuttavia, il Collegio è anzi tutto dell’opinione che l’entità di tali costi vada accertata sulla base di quanto in atti allegato e documentato dalle

stesse ricorrenti, senza che vi sia spazio per ipotesi di ricostruzione “induttiva”: in particolare, vanno respinte le richieste istruttorie attraverso le quali si intenderebbe acquisire la prova del numero delle unità di personale impiegate in tali fasi, delle ore di lavoro da queste prestate e dei costi consequenziali.

Sul punto, non può non convenirsi con parte resistente, la quale sottolinea che le circostanze suindicate avrebbero dovuto essere provate documentalmente, essendo evidente che l’impiego di personale, ove sussistente, deve necessariamente aver lasciato traccia in registri e altra documentazione agevolmente disponibile per le ricorrenti, dalla quale evincere tutti i dati necessari (unità di personale, numero di ore lavorate etc.).

In secondo luogo, va condiviso in via di principio il richiamo dell’Ente resistente alla regola generale *ex art. 1227 c.c.*, in forza della quale il danneggiato non può pretendere la liquidazione del maggior danno che avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza, ovvero che egli stesso ha contribuito a cagionare: pertanto, se certamente andranno liquidati alle ricorrenti gli oneri connessi alla creazione della società Palese Park S.p.a. ed al primo periodo di suo funzionamento, non si comprende perché dovrebbe accollarsi all’Amministrazione la circostanza che tale società sia rimasta in piedi, anche se sostanzialmente inattiva, fino a tutt’oggi.

Al riguardo, le ricorrenti non hanno in alcun modo chiarito il perché, a seguito dell’annullamento in autotutela della gara e dell’atto di subconcessione, non siano state avviate in tempi ragionevoli le



operazioni di dismissione della società che era stata costituita appositamente per l'espletamento delle attività oggetto del rapporto concessorio: né potrebbe ritenersi che il mantenimento in essere della Palese Park S.p.a. fosse stato motivato dall'aspettativa di riottenere la subconcessione a seguito dell'impugnazione del provvedimento di annullamento, essendo ragionevolmente prevedibile – come in fatto poi avvenuto – che il relativo giudizio avrebbe vissuto tempi non brevi, e che nelle more le attività oggetto di gara sarebbero state affidate ad altro soggetto.

Pertanto, con riferimento alle voci di danno indicate in ricorso alle pagg. 8-9 *sub* 2.4 e 2.5 (oneri societari e oneri finanziari connessi al funzionamento della Palese Park S.p.a.), appare ragionevole limitarne la risarcibilità a quelle verificatesi fino a tutto l'anno 2002, tenuto conto della data dell'annullamento della gara (20 giugno 2002) e dei tempi tecnici che verosimilmente sarebbero stati necessari per completare le necessarie operazioni di dismissione della Palese Park S.p.a.

8. Venendo invece al lucro cessante, il Collegio è dell'opinione, malgrado gli sforzi ricostruttivi delle ricorrenti, che lo stesso vada liquidato equitativamente ai sensi dell'art. 1226 c.c.

Infatti, i pur apprezzabili elementi forniti in ricorso sono pur sempre basati su una ricostruzione altamente opinabile (e, difatti, fortemente contestata da controparte) di quelli che sarebbero stati gli utili rivenienti alla Palese Park S.p.a. dalla gestione ventennale del parcheggio multipiano nonché dalla gestione delle altre aree a

parcheggio per le quali era previsto un diritto di prelazione in favore del subconcessionario, muovendo presuntivamente da cifre attinte da varie fonti al fine di tracciare un quadro il più possibile verosimile del movimento di auto prevedibile in proiezione ventennale: si tratta di un'opera ricostruttiva estremamente impervia la quale, pur nella certezza dell'esistenza ontologica di un mancato guadagno patito dalle ricorrenti, non assicura tranquillante certezza in ordine all'individuazione anche solo approssimativa del relativo *quantum*.

Insomma, ci si trova in quella situazione di estrema difficoltà nella determinazione del danno risarcibile, alla quale – a parte l'ipotesi di assoluta impossibilità – la dominante giurisprudenza àncora la possibilità del ricorso a valutazione equitativa del giudice (cfr. Cass. civ., sez. I, 16 settembre 2002, nr. 13469; sez. III, 16 luglio 2002, nr. 10271; sez. II, 17 maggio 2000, nr. 6414).

D'altra parte, in riferimento al danno da mancata aggiudicazione esiste copiosa giurisprudenza che ne ha individuato il più ragionevole criterio di valutazione equitativa in quello dettato dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, nr. 2248, allegato F, alla cui stregua spetta all'aggiudicatario, il quale sia stato ingiustamente privato di un affidamento che gli sarebbe certamente spettato, un importo pari al 10% del valore dell'appalto per come ribassato nell'offerta formulata dallo stesso interessato; tale disposizione, applicabile *ratione temporis* alla vicenda che occupa (trattandosi di gara svoltasi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, che ha abrogato la norma *de qua*, pur sostituendola con previsione analoga), è

considerata applicabile in via generale a tutte le ipotesi di danno da mancata aggiudicazione di appalti, sia di lavori che di servizi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2002, nr. 3796; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27 gennaio 2006, nr. 1071; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 maggio 2003, nr. 760).

9. Tutto ciò premesso, è chiaro che nella specie ci si trova in presenza di un affidamento misto di lavori (costruzione del parcheggio multipiano) e servizi (gestione dello stesso parcheggio per vent'anni), e pertanto il criterio suindicato andrà applicato separatamente a ciascuna parte della prestazione.

Conseguentemente, per la “quota lavori” dovrà farsi riferimento all'importo a base d'asta (quantificato nel bando in €9.987.090,00 esclusi oneri finanziari, I.V.A. etc.), mentre per la “quota servizi” l'Ente intimato dovrà prendere a valore di riferimento il ricavo medio annuo della gestione del parcheggio da parte dell'odierno affidatario, quale ricostruibile sulla base del periodo di gestione fin qui svolto, e moltiplicare il 10% di tale importo per il numero (venti) di anni per i quali l'affidamento sarebbe spettato alla Palese Park S.p.a.

La circostanza che in questo modo non si tenga conto dei possibili incrementi di traffico ipotizzabili in proiezione ventennale, ad avviso del Collegio, non è tale da incrinare la validità del criterio equitativo suggerito: a stretto rigore infatti, come evidenziato da perspicua giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2006, nr. 6607), nel caso di mancata aggiudicazione di appalto di servizi il criterio *ex art. 345 l. nr. 2248/1865, all. F*, andrebbe opportunamente temperato,

mediante congrua riduzione della somma liquidata, dovendosi tenere conto della possibilità che il soggetto danneggiato abbia potuto comunque in parte ripagarsi attraverso l'impiego delle medesime risorse per l'espletamento di altri incarichi, a meno che non sia stata fornita la prova rigorosa che egli non ha potuto utilizzare i propri uomini e mezzi, nel periodo in riferimento, per altri servizi (una tale prova – è superfluo aggiungerlo – non risulta fornita dalle odierne ricorrenti).

10. Alla stregua dei criteri proposti per la liquidazione del danno risarcibile, si appalesano superflue, e vanno pertanto respinte, le ulteriori richieste istruttorie formulate dalle ricorrenti, con riguardo sia alla chiesta acquisizione documentale sia all'istanza di consulenza d'ufficio.

11. In conclusione, e riassuntivamente, il danno da liquidare in favore delle ricorrenti consisterà:

- nel danno emergente costituito dal rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara nonché delle spese successive che risultino regolarmente documentate, con esclusione degli oneri societari e finanziari connessi alla creazione della Palese Park S.p.a. ingiustificatamente sostenuti dopo la fine dell'anno 2002;
- nel lucro cessante costituito: a) dal 10% dell'importo a base d'asta per come ribassato nell'offerta dell'a.t.i. con capogruppo Astaldi S.p.a.; b) dal 10% del ricavo medio annuo conseguito dagli attuali gestori del parcheggio per cui è causa dal principio dell'affidamento fino a tutt'oggi, moltiplicato per venti.

Le somme così individuate andranno aumentate per interessi e rivalutazione come per legge dalla data di maturazione dei rispettivi crediti fino all'effettivo soddisfo.

12. Sulla scorta dei criteri testé indicati, va ordinato all'Ente intimato, ai sensi dell'art. 35, comma II, del decreto legislativo 31 marzo 1998, nr. 80, di offrire alle ricorrenti una somma a titolo di risarcimento, fissando all'uopo il termine di sessanta giorni dalla notificazione o dalla comunicazione in forma amministrativa della presente sentenza.

13. Le spese seguono la soccombenza e vengono equitativamente liquidate in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, accoglie il ricorso in epigrafe nr. 1996 del 2006, e per l'effetto ordina alla Aeroporti di Puglia S.p.a. di offrire alle ricorrenti Astaldi S.p.a. e Palese Park S.p.a., entro il termine di sessanta giorni, una somma a titolo di risarcimento danni calcolata sulla base dei criteri indicati in motivazione.

Condanna la Aeroporti di Puglia S.p.a. al pagamento in favore delle suindicate ricorrenti delle spese di giudizio, che liquida in seimila euro.

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

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 24 ottobre 2007, con l'intervento dei Signori:

Corrado Allegretta                      Presidente

Vito Mangialardi                      Componente

Raffaele Greco                        Componente, est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

***Pubblicata mediante deposito  
in Segreteria il 21 novembre 2007***

*(Art. 55, Legge 27 aprile 1982 n.186)*