



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO  
REGIONALE DEL LAZIO**

N. Reg. Sent.

Anno 2007

N. 10901 Reg. Ric.

Anno 2006

**- Sezione I-quater -**

ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

sul ricorso n. 10901 del 2006, proposto da Operleasing S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Guido Anastasio Pugliese e Damiano Lipani ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, situato in Roma, via Giovanni Antonelli n. 47;

**contro**

il Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è legalmente domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

**e nei confronti**

della Banca OPI – Banca per la finanza alle opere pubbliche e alle infrastrutture – S.p.A., in persona del rappresentante p.t., n.c.;

**per l'annullamento**

previa sospensione degli effetti,

a) del decreto direttoriale del 28 agosto 2006 n. 5775 con il quale è stato disposto l'annullamento delle procedure di gara per l'affidamento dei

servizi di locazione finanziaria (leasing) finalizzati all'acquisizione dei nuovi istituti penitenziari di Pordenone e Varese;

b) del decreto direttoriale del 3 luglio 2006 n. 4725 con il quale è stata disposta la sospensione delle procedure di gara per l'affidamento dei servizi di locazione finanziaria (leasing) finalizzata all'acquisizione dei nuovi istituti penitenziari di Pordenone e Varese;

c) del parere dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia del 3 agosto 2006;

d) del decreto direttoriale n. 414707 del 29.11.2005 (non conosciuto né comunicato);

e) del verbale di gara del 19.04.2006 (non conosciuto né comunicato);

f) di ogni altro provvedimento preliminare e/o conseguente, comunque connesso;

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visti i motivi aggiunti notificati in data 13 gennaio 2007 e depositati il successivo 23 gennaio 2007;

Visti le memorie ed i documenti depositati dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 19 giugno 2007 il Primo Ref. Antonella MANGIA; uditi, altresì, i procuratori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

**Fatto**

Attraverso il ricorso in esame, notificato in data 14 novembre 2006 e depositato il 28 novembre successivo, la ricorrente contesta la legittimità dei decreti direttoriali n. 4725 e n. 5775, rispettivamente in data 3 luglio 2006 e in data 28 agosto 2006, con i quali l'Amministrazione intimata ha dapprima sospeso e poi annullato le procedure di gara per l'affidamento dei servizi di locazione finanziaria (leasing), finalizzati all'acquisizione dei nuovi istituti penitenziari di Pordenone e Varese, di atti presupposti, alcuni dei quali specificatamente indicati (il parere dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia del 3 agosto 2006), nonché del decreto direttoriale n. 414707 del 29 novembre 2005 di nomina di una Commissione di esperti e del verbale di gara del 19.04.2006.

In particolare, la ricorrente rappresenta:

- che con bandi di gara del 23.3.04 e 16.3.04 il Ministero della Giustizia indiceva le procedure di gara di cui sopra (licitazione privata), richiedendo la presentazione di un'offerta tecnica e di un'offerta economica, consistente nell'indicazione del canone locativo e del prezzo di riscatto finale dell'opera, stabilendo la validità della procedura anche in caso di ricevimento di una sola offerta nonché prescrivendo la valutazione delle proposte tecnico – economiche con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei seguenti parametri: valore tecnico-estetico dell'opera, punteggio massimo attribuibile 35; prezzo globale offerto (somma annualità dei canoni di locazione e prezzo di riscatto), punteggio massimo attribuibile 65;

- che, nonostante fossero pervenute alla data fissata dai bandi (13 maggio 2004) sei domande di partecipazione per ogni gara e la Commissione avesse ammesso tutti e sei i richiedenti alla fase di presentazione dell'offerta vera e propria, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte pervenivano soltanto le offerte dalla medesima formulate;
- che dette offerte venivano valutate positivamente con alcune osservazioni e prescrizioni di carattere sia tecnico che economico, in relazione a cui la S.A., con comunicazioni nn. 129505 e 129598 dell'11.4.2005, richiedeva taluni chiarimenti e integrazioni;
- di aver prontamente provveduto, con comunicazione del 26.5.2005, a fornire i chiarimenti e le integrazioni richieste;
- che, trascorsi circa 8 mesi senza ricevere comunicazioni, in data 20.1.2006 richiedeva notizie sullo stato delle procedure;
- che con nota del 20.2.2006 la S.A. confermava la determinazione e l'interesse pubblico a procedere alla conclusione delle procedure di gara e, nel contempo, riferiva alcune contestazioni mosse ai bandi di gara da parte dell'ANCE e un reclamo pendente presso la D.G. Mercato Interno e Servizi della Commissione UE, quali circostanze a cui ricondurre il rallentamento delle procedure;
- che in data 3.7.2006 la S.A. sospendeva le procedure di gara con il decreto direttoriale n. 4725, per poi adottare il 28 agosto successivo il decreto direttoriale n. 5775 di annullamento delle procedure, nel quale si rinvia al parere n. C (2006) 2518 del 28.6.2006 della Commissione UE ed al parere dell'Ufficio Legislativo del Ministero del 3 agosto 2006;

- di aver così appreso che la Commissione Europea aveva contestato l'applicazione della disciplina in tema di appalti di servizi, ritenendo che dovesse applicarsi la procedura dei lavori pubblici, valutata – in particolare – la circostanza che la *"S.A., con il bando, avrebbe rimesso ai soggetti finanziatori la libertà di scegliere il costruttore dopo l'aggiudica del servizio"*.

Avverso i sopra richiamati provvedimenti la ricorrente prospetta i seguenti motivi di gravame:

**I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 ss. L. 241/90. Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di sospensione e di annullamento.**

**II. Violazione e falsa applicazione art. 21 nonies L. 241/90. Violazione direttiva Presidenza Consiglio dei Ministri, Dipartimento Funzione Pubblica del 17.10.2005. Omessa valutazione interesse pubblico e privato.** L'Amministrazione doveva valutare in modo specifico l'interesse all'annullamento attraverso una puntuale ed analitica considerazione degli interessi e dei motivi posti a base della decisione UE richiamata nei provvedimenti impugnati nonché esternare la "nuove" ragioni" per le quali, a seguito, a situazione invariata, riteneva la propria posizione superata e modificata da quella della Commissione UE. e, ancora, doveva offrire sufficienti ragioni della decisione di non tenere conto dei pareri resi sulla questione dal Consiglio di Stato ad esito di un ricorso straordinario proposto contro i bandi di gara e della determinazione dell'Autorità di Vigilanza

sui lavori pubblici espressa con specifico riferimento alle procedure di gara in esame.

**III. Violazione e falsa applicazione art. 6 L. 259/02 e artt. 1 e 21 nonies L. 241/90. Eccesso di potere per omessa valutazione dello specifico interesse pubblico alla gara. Violazione del principio del giusto procedimento.**

**IV. Eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti atti della stessa Amministrazione.** Con atto del 23 giugno 2005, trasmesso alla Commissione UE, l'Amministrazione aveva apertamente sostenuto la compatibilità delle procedure bandite con i principi della concorrenza. Sussiste, dunque, chiaro contrasto tra le determinazioni impugnate e precedenti atti dell'Amministrazione.

**V. Violazione e falsa applicazione art. 21 nonies L. 241/90. Violazione principio di proporzionalità. Violazione del principio di ragionevolezza.** Il principio di proporzionalità impedisce all'Amministrazione di procedere all'annullamento "*quando ciò sia necessario al fine di evitare un danno non proporzionato agli interessi dei privati coinvolti nel procedimento*". Nella motivazione del provvedimento era, dunque, necessario esplicitare l'apprezzamento – anche sul piano comparativo – in merito al sacrificio imposto alla ricorrente ovvero circa la possibilità di ovviare all'errore commesso con appositi strumenti giuridici ma ciò è mancato.

**VI. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione art. 21 nonies**

**L. 241/90.** E' mancata ogni valutazione del tempo decorso dal provvedimento sul quale si andava ad incidere.

**VII. Violazione e falsa applicazione art. 145, comma 34, lett. c), L. 388/2000 e art. 6 L. 259/02. Violazione e falsa applicazione art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per motivazione carente ed illogica. Manifesta irragionevolezza.**

Diversamente da quanto asserito dalla Commissione UE, *"le lex specialis non prevedevano alcuna facoltà dei soggetti finanziatori di scegliere liberamente progettisti ed esecutori dei lavori, risultando essi stessi vincolati a commissionare l'esecuzione del progetto e dei lavori a soggetti preventivamente indicati in sede di offerta"*, senza possibilità alcuna di sostituirli dopo l'aggiudica e nel corso dell'esecuzione dell'appalto, salvo che nei casi previsti dalla legge.

**VIII. Violazione e falsa applicazione degli art. 145, comma 34, lett. c), L. 388/2000 e art. 6 L. 259/02. Violazione e falsa applicazione direttiva n. 92/50, art. 3 D.Lgs. 157/1995, art. 14 D.Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione artt. 1 e 3 L. 241/90. Eccesso di potere per motivazione carente ed illogica.**

**Manifesta irragionevolezza.** La realizzazione degli istituti penitenziari mediante il sistema della locazione finanziaria è espressamente prevista dal D.L. 201/02, convertito dalla legge n. 259/02, e dall'art. 145, comma 34, lett. c), della legge n. 388/2000. Con le procedure in esame il Ministero della Giustizia ha disposto l'acquisizione dei nuovi istituti penitenziari con lo strumento della locazione finanziaria, prevedendo l'applicazione della disciplina di cui al

D.Lgs. n. 157/95 in materia di servizi pubblici, in quanto il prevalente interesse della stazione appaltante era quello di ottenere il finanziamento necessario per l'acquisizione della disponibilità di beni strumentali alla propria attività istituzionale, rispetto al quale era secondario l'interesse alla costruzione dell'opera. Ciò trova conferma nella decisione del Consiglio di Stato – Adunanza Generale del 17 febbraio 2000, n. 38, in materia di acquisto di cosa futura e in quanto affermato dalla Commissione UE nell'ambito della procedura di infrazione n. 2001/2182 e dal Ministero delle Infrastrutture con circolare del 18.12.2003.

**IX. Eccesso di potere per contraddittorietà con i pareri nn. 752/05 e 753/05 espressi dal Consiglio di Stato in merito alla specifica procedura.**

**X. Eccesso di potere per contraddittorietà con la determinazione 145/04 Autorità di vigilanza sui lavori pubblici,** nella quale viene posta in risalto l'impossibilità di una scelta esclusivamente discrezionale ex post da parte dell'istituto finanziario offerente dell'impresa di costruzione. Lo schema seguito dai provvedimenti impugnati è, del resto identico a quello previsto per la finanza di progetto, procedura disciplinata dagli artt. 37 bis e ss. della Legge Merloni (ora sostituiti dagli artt. 152 e ss. del d.lgs. 163/2006).

**XI. Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta.**

In ultimo, la ricorrente avanza domanda di risarcimento del danno per mancata aggiudica e cioè il risarcimento:



- 1) in forma specifica, costituito dall'aggiudica e successiva conclusione del contratto, oltre al risarcimento del danno per il ritardo;
- 2) per il ritardo, connesso al rinnovo delle fideiussioni (Euro 5.056,00) e al costo sostenuto per protrarre la disponibilità della provvista necessaria per il finanziamento di entrambe le operazioni;
- 3) "in forma generica" o "per equivalente", corrispondente al valore della lesione patrimoniale subita e cioè al danno emergente (acquisto provvista necessaria per la concessione del finanziamento, pari a complessivi euro 277.861,00, maggiori costi sostenuti per la disponibilità della provvista per un totale di Euro 230.000,00, costo delle cauzioni, pari a circa Euro 10.000,00, costi sostenuti per l'impegno dell'Amministratore delegato e dai dipendenti della società nonché per consulenza legale e finanziaria e per il coinvolgimento dell'area manager, pari ad Euro 337.900,00, costi relativi agli advisors e alle spese generali di trasferta, costi per la predisposizione delle offerte tecniche, i quali portano il totale del danno emergente a Euro 1.976.141,00) ed al lucro cessante, pari a Euro 6.885.570,00, per un totale complessivo di Euro 8.861.711,00, maggiorato di rivalutazione ed interessi fino al soddisfo.

In via subordinata e cioè per il caso in cui non si ritenesse provata la "spettanza dei due contratti" avanza richiesta di risarcimento danno per perdita di chance, in forma specifica, consistente nella prosecuzione delle procedure di gara, salvo il danno da ritardo, o per equivalente con i criteri indicati dall'art. 1223 c.c. (danno emergente Euro 1.976.141,00 e lucro cessante sempre pari al 10% dell'importo offerto per ciascuna gara,

pervenendo così ad un ammontare complessivo pari a Euro 8.861.711,00).

In via ancora subordinata, pretende il risarcimento da responsabilità precontrattuale, derivante dall'inutile partecipazione alle gare di appalto e consistente nelle spese sostenute (Euro 1.976.141,00) nonché nell'ulteriore danno derivante per effetto della mancata aggiudicazione di altri contratti, per un totale di Euro 3.998.352,00, maggiorato di rivalutazione e interessi sino al soddisfo.

Con atti depositati in data 8 e 16 gennaio 2007 si è costituita l'Amministrazione intimata, la quale aveva già provveduto al deposito di documenti in data 15 dicembre 2006, tra i quali figura una nota del D.A.P. in data 13 dicembre 2006 dalla quale risulta essenzialmente quanto segue: - le offerte tecniche della ricorrente necessitavano di un adeguamento, mentre le offerte economiche, comprensive dell'IVA, erano superiori all'importo posto a base di gara; - *"a fronte di una rateizzazione annuale di considerevole entità appare assolutamente irrisorio l'importo del riscatto (100,00 Euro), indicato nelle offerte economiche"*; - le offerte riformulate dalla ricorrente a seguito di apposita richiesta (note nn. 129505 e 129508 dell'11.4.2005) sono state valutate negativamente dalla Commissione di esperti - istituita con decreto Direttoriale n. 414707 del 29.11.2005 - dal punto di vista sia tecnico che economico, così come risulta dal verbale conclusivo dei lavori del 19.4.2006; - con nota n. 4028 del 7.4.2005 la Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea di Bruxelles trasmetteva in allegato la nota n. 1344 del 18.3.2005 della Commissione Europea

Direzione Generale Internal Market and Services che, riferendo su un reclamo, richiedeva tutta la documentazione afferente agli appalti in argomento e, nel contempo, invitava le autorità italiane ad adottare *"fin d'ora le misure necessarie per sospendere l'eventuale esecuzione dei lavori..."*; - con nota dell'8.11.05 il Dipartimento per le Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri comunicava l'apertura di una procedura di infrazione ex art. 226 del Trattato CE nei confronti dello Stato Italiano per le due gare; - con nota 6095 del 10.07.06 lo stesso Dipartimento comunicava che con nota n. 2518 del 28.06.06 la Commissione Europea aveva emesso un parere negativo motivato nei confronti della Repubblica italiana, rilevando un contrasto tra la procedura seguita dal Ministero della Giustizia ed il disposto della direttiva 93/37/CEE, in particolare con gli articoli 6, 7, 11 e 18, e, dunque, si invitava l'Amministrazione a *"rendere noti i provvedimenti che intende adottare"*; - *"rivestendo carattere politico ogni ulteriore determinazione afferente la questione, viene investito della stessa il Gabinetto dell'On. Ministro della Giustizia, che con nota n. 24835 del 03.08.06 (all. 30), condividendolo, trasmette il parere n. 4205 del 03.08.06 (all. 31), espresso dall'Ufficio Legislativo del Dicastero, il quale, visto che non si è ancora proceduto ad alcuna aggiudicazione degli appalti, propende per l'annullamento delle procedure di gara"*.

Con motivi aggiunti notificati in data 13 gennaio 2007 e depositati in data 23 gennaio 2007, la ricorrente – rilevato il deposito da parte dell'Amministrazione del decreto direttoriale n. 414707 del 29.11.2005

di istituzione di una Commissione di esperti e del verbale di gara del 19.04.2006 - propone i seguenti ulteriori motivi di ricorso:

**Violazione degli artt. 1 e 3 della legge 241/1990 e s.m.i..**  
**Eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti atti della stessa Amministrazione. Violazione del principio di ragionevolezza. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento.** Non si comprende come un'offerta che "aveva ottenuto il punteggio necessario per il suo accoglimento", adeguata su richiesta dell'Amministrazione ed in linea con le indicazioni fornite, possa non raggiungere il punteggio minimo. La valutazione delle offerte effettuate dalla seconda Commissione è, dunque, contraddittoria ma anche erronea perché l'analisi è stata effettuata per "*tasso fisso a pronti*", mentre doveva essere fatta a "*tasso fisso a termine*". Evidente è la strumentalizzazione della funzione amministrativa, da ricollegare alla già maturata decisione di annullare le procedure. Da ultimo, va rilevato che la S.A. non poteva nominare una nuova Commissione in corso di gara.

In seguito ai rinvii disposti su istanza delle parti nel corso delle camere di consiglio del 18 dicembre 2006 e del 9 gennaio 2007, alla camera di consiglio del 15.3.2007 la ricorrente ha chiesto l'abbinamento della sospensiva al merito.

In data 8 giugno 2007 la ricorrente ha, poi, depositato la relazione della V.A.M.S. Ingegneria S.r.l., nella quale è riportata una sintetica ricostruzione delle fasi tecnico-amministrative che si sono succedute a

partire dalla data di presentazione del progetto offerto in sede di gara (novembre 2004).

Con memoria depositata in data 13 giugno 2007 la ricorrente ha ribadito la possibilità per l'Amministrazione di acquisire istituti penitenziari di nuova costruzione attraverso il leasing finanziario immobiliare in costruendo e l'annoverabilità di quest'ultimo nel novero degli appalti di servizi disciplinati dal D.lgs. n. 157/95 (in particolare nei servizi finanziari di cui al punto 6, lett. b), dell'allegato 1), evidenziando che l'utilizzo del leasing quale strumento di carattere generale per la realizzazione di opere pubbliche è stato riconosciuto con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007). Ciò detto, ha nuovamente sostenuto il proprio diritto a vedersi aggiudicataria dell'appalto.

Alla pubblica udienza del 19 giugno 2007 – nel corso della quale la ricorrente ha rinunciato alla domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati - il ricorso è stato introitato per la decisione

## **Diritto**

1. Come emerge dalla narrativa che precede, la ricorrente ha proposto domanda di annullamento degli atti impugnati nonché domanda di risarcimento del danno, adeguatamente articolata in relazione a diverse situazioni, analiticamente individuate tenendo conto anche dell'esito dell'azione di annullamento.

In linea con l'orientamento espresso in numerosi precedenti giurisprudenziali, tali domande impongono una trattazione separata, atteso che possono avere sorti differenti.

2. Ciò premesso, la domanda di annullamento dei decreti direttoriali di sospensione e di annullamento delle procedure di gara, rispetto ai quali ha natura di atto presupposto il parere dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, è infondata e, pertanto, va respinta.

3. In via preliminare, si avverte la necessità di delineare i termini della questione.

Al riguardo è doveroso rilevare che il decreto direttoriale di annullamento delle procedure di gara riconduce la determinazione assunta:

a) al parere motivato n. C(2006)2518 del 28 giugno 2006 con il quale la Commissione Europea, nel confermare e rendere definitive le valutazioni negative già espresse in ordine alle gare indette perché *"contrarie alle regole della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993,..... essendo tali appalti qualificabili come appalti pubblici di lavori e non come appalti pubblici di servizi ai sensi del diritto comunitario"*, ha invitato *"la Repubblica Italiana a prendere le disposizioni necessarie per conformarsi ..... al presente parere motivato, entro due mesi dal ricevimento del medesimo"*, in applicazione dell'art. 226, primo comma, del trattato che istituisce la Comunità Europea;

- al parere espresso dall'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia n. 4205 del 3.8.2006, secondo cui *"..... non vi sono ulteriori argomenti giuridici che consentano di sostenere che il contratto per il quale fu emanato il bando di gara sia qualificabile come appalto di servizi, si che – alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria*

*sopra richiamate – non può escludersi una soccombenza dello Stato Italiano in un eventuale giudizio promosso davanti alla Corte di Giustizia Europea ex articolo 226 del Trattato. Ora l'adeguamento al parere reso dalla Commissione Europea rende opportuno che il bando di gara venga annullato dall'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela (si tratterebbe di un annullamento per motivi di legittimità, giustificato dalla violazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di lavori).....",*

- alla nota n. 24835 del 3.8.2006 con cui il Gabinetto del Ministro *"trasmette anche il parere al riguardo reso dall'Ufficio legislativo, condividendo il Sig. Ministro le concordi conclusioni dal DAP e dall'U.L. espresse in senso favorevole all'annullamento del bando di gara".*

Orbene, è evidente che tale provvedimento scaturisce da valutazioni che trascendono la semplice ed ordinaria disamina dei profili di illegittimità delle procedure di gara per investire aspetti attinenti ai rapporti della Repubblica Italiana con l'Unione Europea, incrinati dalla procedura di infrazione, soggetti all'attivazione da parte della Commissione Europea di un giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia Europea (art. 226 del Trattato).

In altre parole, netta è la rilevanza di valutazioni, anche "prognostiche", coinvolgenti lo Stato (e non la singola Amministrazione), rispetto alle quali emergono connotazioni di valenza "politica", preso atto dell'interessamento, tra gli altri, del Ministro.

Ciò detto, il Collegio avverte dei limiti.

Proprio perché non può non tenersi conto che i provvedimenti impugnati sono stati adottati essenzialmente al fine evitare allo Stato italiano un processo dinanzi alla Corte di Giustizia Europea, nell'ambito del quale *"non può escludersi una soccombenza"*, sorge la necessità di definire il potere del giudice amministrativo di sindacare scelte di tal genere.

Ritenendo ragionevole escludere che tali scelte siano del tutto insindacabili, nonostante il riferimento dell'Amministrazione al *"carattere politico"* di *"ogni ulteriore determinazione afferente la questione"* (rispetto alla quale i provvedimenti impugnati assumerebbero la veste di meri atti di "esecuzione"), riportato nella nota del 13 dicembre 2006, prodotta agli atti, appare, comunque, doveroso ammettere che le scelte di cui trattasi sono caratterizzate da un'ampia discrezionalità, a fronte della quale la sindacabilità deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco di una motivazione adeguata o della sussistenza di eventuali profili di travisamento (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. VI, sent. 11 aprile 2006, n. 1997).

In verità, lo stretto nesso intercorrente tra i decreti di sospensione e di annullamento impugnati e la procedura di infrazione nonché il parere espresso dalla Commissione Europea non sembra oggetto della dovuta considerazione in sede di formulazione delle censure sollevate.

Per contro, tale nesso riveste un ruolo primario al fine di valutare l'operato dell'Amministrazione, atteso che rivela la vera o, comunque, primaria funzione dei provvedimenti in contestazione (porre – in definitiva - termine alla questione insorta in sede comunitaria, evitando



il giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia Europea), ben diversa da quella che ordinariamente connota i provvedimenti assunti in autotutela e l'interesse pubblico agli stessi sotteso.

4. Ciò premesso, le censure sollevate sono infondate.

4.1. Come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 7 e ss. della legge n. 241/90.

Tale doglianza non è meritevole di condivisione.

E', infatti, doveroso tener conto che la questione in trattazione è caratterizzata dall'adozione di un provvedimento di sospensione delle procedure di gara risalente al 3 luglio 2006, al quale ha poi fatto seguito in data 28 agosto 2006 il provvedimento di annullamento (entrambi oggetto di comunicazione alla ricorrente).

Ebbene, è doveroso ricordare che, rispetto a provvedimenti che impartiscono la sospensione, qual è quello in trattazione, è pacificamente escluso l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, atteso che la natura strumentale e la funzione meramente cautelare che li caratterizza – ora desumibile anche dall'art. 21 quater, comma 2, della legge n. 241/90, laddove figura l'espresso riferimento a "gravi ragioni" – conducono al riconoscimento dell'applicazione del comma 2 dell'art. 7 in argomento (cfr. TAR Lazio, Sez. III, sent. n. 6050 del 19 luglio 2006).

Riguardo al provvedimento di annullamento, assume, invece, carattere dirimente la preordinazione all'assunzione di ulteriori iniziative che connota il provvedimento di sospensione previamente adottato, diretto

essenzialmente ad evitare che la valenza di futuri atti possa restare pregiudicata nel tempo necessario per la loro adozione.

Si intende così affermare che proprio l'adozione del provvedimento di sospensione, preannunciante l'adozione di ulteriori provvedimenti, ha reso superflua la comunicazione dell'avvio del procedimento in relazione al provvedimento di annullamento.

In linea con l'orientamento assunto della giurisprudenza in materia, la previa sospensione va equiparata, infatti, alla comunicazione dell'avvio del procedimento perché si presta a rendere edotto l'interessato della prossima assunzione di un provvedimento "finale" (cfr. C.d.S., Sez. IV, sent. n. 399 del 27 gennaio 2006; C.d.S., Sez. V, sent. n. 5975 del 30 ottobre 2002).

In ultimo, preme ricordare il disposto di cui all'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/90, il quale prevede, tra l'altro, che *"il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*.

Nel caso di specie, è da ritenere che tale prova sia stata, comunque, fornita in virtù dei contenuti della nota dell'Amministrazione del 13 dicembre 2006 e degli atti nell'ambito della stessa richiamati, i quali danno conto della sussistenza di circostanze fattuali e giuridiche idonee – nel loro insieme – a condurre all'adozione del provvedimento di annullamento adottato.

4.2. Non sussiste violazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241/90.

La disamina della documentazione agli atti induce, infatti, a ritenere che l'Amministrazione abbia adeguatamente valutato l'interesse pubblico nonché l'interesse dei destinatari e dei controinteressati.

L'interesse pubblico risulta oggetto di sindacato mediante il riferimento all'insussistenza di *"ulteriori argomenti giuridici che consentano di sostenere che il contratto per il quale fu emanato il bando di gara sia qualificabile come appalto di servizi, si che – alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitarie sopra richiamate – non può escludersi una soccombenza dello Stato Italiano in un eventuale giudizio promosso davanti alla Corte di Giustizia ex articolo 226 del Trattato"*, il quale implica una riconsiderazione di tutti i motivi posti a base del parere della Commissione Europea.

In ragione di quanto appena esposto, va sottolineato, ancora, che la valutazione dell'interesse pubblico, proprio in quanto non limitato alla mera disamina dell'illegittimità della procedura di gara ma esteso all'esito di un eventuale giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia Europea, non rappresenta un superamento da parte dell'Amministrazione della "propria posizione".

Non può essere, infatti, trascurato che l'Amministrazione si è trovata di fronte ad una nuova situazione, determinata dall'evoluzione della questione in sede comunitaria, e, pertanto, le sue valutazioni hanno dovuto investire nuovi profili per fornire riscontro e soluzione ad esigenze sopravvenute.

E', dunque, in questi termini che la questione deve essere ricostruita ed interpretata.

Non sussiste un sibillino ed ingiustificato mutamento di "pensiero" in ordine all'inquadramento della gara indetta ovvero "*contraddittorietà con precedenti atti*", bensì è doveroso prendere atto che l'Amministrazione ha proceduto ad una nuova valutazione del proprio operato in quanto a ciò necessariamente indotta dal parere della Commissione Europea.

Tale valutazione considera anche i pareri resi dal Consiglio di Stato e la determinazione dell'Autorità Vigilanza Lavori Pubblici. Viene, infatti, dato conto che – al fine di formulare le proprie osservazioni in ambito UE, non condivise dalla Commissione perché ritenute in contrasto non solo con la normativa comunitaria ma anche con quanto già affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92 - lo Stato Italiano aveva espressamente ripreso le argomentazioni negli stessi riportate.

A riprova della valutazione degli interessi dei destinatari opera, invece, il rilievo – espresso nel richiamato parere dell'Ufficio Legislativo – che l'appalto "*non è stato ancora aggiudicato*" e, pertanto, "*non sembrano esservi terzi titolari di diritti quesiti che verrebbero lesi da un eventuale provvedimento di annullamento dei bando di gara*".

In ultimo, va segnalato il rispetto della prescrizione di "*un termine ragionevole*" di cui all'art. 21 nonies in argomento, atteso che la nota con la quale il Dipartimento per le Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha comunicato all'Amministrazione precedente il parere della Commissione Europea risale soltanto al 10.7.2006.

4.3. Le doglianze afferenti alla violazione dell'art. 6 del d.l. n. 201/2002, convertito dalla legge n. 259/02 (Interventi urgenti per il potenziamento delle strutture dell'amministrazione penitenziaria), e dell'art. 145, comma 34, lett. c), legge n. 388/2000 introducono la problematica dell'ammissibilità del leasing nelle forme e nei modi prospettati dall'Amministrazione per mezzo delle procedure di gara poi annullate.

In particolare, l'art. 6 di cui sopra statuisce che il Ministro della Giustizia predispone un piano straordinario pluriennale di interventi per l'acquisizione e per l'adeguamento strutturale di edifici, opere infrastrutture ed impianti indispensabili al potenziamento del settore penitenziario, utilizzando prioritariamente gli strumenti previsti dall'art. 145, comma 34, lett. c), della legge n. 388/2000, il quale – a sua volta - prevede che *"il Ministro della Giustizia ..... può valersi, ai fini dell'acquisizione dei nuovi istituti, degli strumenti di locazione finanziaria, della permuta e della finanza di progetto"*.

Al riguardo, preme precisare che le doglianze in questione – in verità – implicano un sindacato sui contenuti del parere della Commissione Europea - il quale, come noto, è un atto sottratto al sindacato del giudice amministrativo - perché investono problematiche già oggetto di esame in tale sede.

Si ritiene, comunque, di esaminarle, precisandone però la rilevanza dal punto di vista della legittimità del parere dell'Ufficio Legislativo (pur con qualche perplessità, atteso che questo parere considera espressamente non la fondatezza degli argomenti giudici già "spesi" in sede comunitaria, bensì la presenza o meno di *"ulteriori argomenti giuridici"*

*che consentano di sostenere il contratto*") o, ancora, sotto gli aspetti della correttezza delle valutazioni concernenti la soccombenza dello Stato Italiano in un eventuale giudizio davanti alla Corte di Giustizia e della giustezza del mezzo utilizzato per ovviarvi.

Ciò detto, il disposto delle richiamate disposizioni non vale a sostenere la legittimità delle procedure di gara in contestazione.

Va evidenziato, infatti, che "*oggetto del contratto*" non è il semplice leasing bensì il "*leasing immobiliare in costruendo*", un leasing finalizzato cioè non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo avvalendosi di un "finanziamento" da parte di una società finanziaria ma anche alla realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria.

Appare evidente che il ricorso alla locazione finanziaria di per sé non consente la costruzione di un immobile; ne consegue che, ove ciò avvenga, come nel caso in esame, si realizza un indiscutibile abbinamento tra leasing e appalto di lavori.

Volendo riconoscere nell'ipotesi in trattazione un "contratto misto", alla realizzazione dei lavori dovrebbe essere attribuito un ruolo prevalente e, comunque, non potrebbe esserle attribuito un ruolo meramente accessorio.

A conferma, è sufficiente considerare che proprio le opere ultimate rappresentano l'oggetto della locazione.

In altre parole: - la locazione riguarda opere che debbono essere realizzate per volontà ed interesse dell'Amministrazione; - le stesse

opere si identificano con quelle di cui l'Amministrazione abbisogna e per le quali ritiene necessario il finanziamento.

A supporto, va segnalato che l'offerta tecnica riguarda il progetto delle opere, da redigere in conformità al capitolato tecnico, con la previsione di un termine di consegna.

In definitiva, va riscontrato un duplice interesse dell'Amministrazione: l'interesse alla realizzazione di opere dotate di specifiche caratteristiche e l'interesse ad evitare un esborso eccessivo in un'unica soluzione, da intendersi come interesse al finanziamento.

In ogni caso, la disamina di tali interessi – strettamente connessi - non consente di attribuire al finanziamento carattere prevalente rispetto alla realizzazione delle opere.

Tralasciando riferimenti espliciti alla normativa comunitaria e volendo considerare unicamente la normativa interna, va ricordato che l'art. 19 della 109/94 – c.d. Legge Quadro (ora abrogata dall'art. 256 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") - stabiliva che i lavori pubblici *"possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici"*.

Un'ulteriore precisazione: il mancato esplicito pagamento di un corrispettivo o prezzo di appalto o, ancora, il mancato pagamento del corrispettivo "a stati di avanzamento" non consente di pervenire ad una diversa soluzione (cfr. anche deliberazione n. 337 del 4 dicembre 2002 dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, richiamata in Sergio Sambri

*"La procedura di scelta del contraente nel leasing pubblico alla luce della nuova direttiva 2004/18" – Articoli e Note, Giustamm).*

Non è contestabile, infatti, che i canoni proposti dalla società di leasing coprano, oltre l'onere finanziario in senso proprio, anche il costo realizzativo dell'opera, tenuto conto, tra l'altro, della considerevole entità della rateizzazione annuale e dell'importo *"assolutamente irrisorio del riscatto (100,00 €)"* (così come risulta anche dalla nota dell'Amministrazione del 13 dicembre 2006). E' configurabile, dunque, un corrispettivo dei lavori.

Del resto, è noto che *"poco importa il nomen iuris attribuito dalle parti alla fonte"* del rapporto (C.d.S., Sez. V, sent. n. 1257 del 4 novembre 1994): ciò che conta è il carattere sostanziale dei rapporti che vengono ad instaurarsi tra le parti.

A ciò va aggiunto che la mera eventualità dell'esercizio positivo del riscatto già di per sé si presta a ricondurre la fattispecie nell'ambito di operatività della legge n. 109/94, atteso che una semplice opzione non può giustificare l'inapplicabilità della normativa sui lavori pubblici, introducendo così uno strumento di facile elusione degli obblighi di legge di origine comunitaria.

Non può non osservarsi, poi, che l'esercizio del diritto di riscatto diviene in un certo qual modo inevitabile in tutti i casi in cui venga corrisposto un canone superiore a quello locativo.

Al fine di supportare la legittimità delle procedure di gara, la ricorrente invoca anche la decisione assunta dall'Adunanza Generale del Consiglio



di Stato (17 febbraio 2000, n. 38) in merito all'acquisto di una cosa futura costituita da un immobile.

In tale occasione, infatti, fu precisato che la normativa sui lavori pubblici *"non si applica in tutti quei negozi giuridici il cui elemento essenziale e qualificante è diverso dal facere e consiste..... in un dare"*.

In proposito appare opportuno precisare che la vendita di cosa futura, intesa come istituto derogatorio della normativa sugli appalti, trova ammissione e giustificazione solo in specifici casi e, precisamente, quando l'immobile da acquisire presenti peculiarità che lo rendano infungibile per effetto della localizzazione delle aree e, comunque, presuppone un bene con una conformazione da soddisfare ex se le esigenze dell'Amministrazione.

Orbene, il caso in esame non sembra connotato dalle richiamate caratteristiche.

In ogni caso, si noti bene che – per mezzo delle argomentazioni sopra riportate – non si è inteso "bandire" il leasing immobiliare in costruendo, bensì si è semplicemente posto in risalto che tale forma di leasing presenta connotazioni tali che richiedono ed impongono il rispetto da parte delle Amministrazioni anche della disciplina dettata in materia di appalti di lavori, al fine precipuo di salvaguardare la giusta partecipazione di tutte le imprese che possono vedersi interessate alla gara e, dunque, al fine di garantire il principio di concorrenza (in linea, tra l'altro, con l'art. 14, u.c. del codice dei contratti pubblici, il quale prescrive che *"l'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza di limitare o escludere*

*l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza").*

Nel caso di specie l'ammissione alla gara è prevista per i meri prestatori di servizi finanziari: è, evidente che tale restrizione non consente la partecipazione delle imprese di costruzione e, pertanto, non assicura la concorrenza.

A confutazione di ulteriori rilievi della società, si precisa, ancora, che: - non vale ad ovviare a tale restrizione l'indicazione nell'offerta presentata del soggetto scelto per l'esecuzione dei lavori; - la circostanza che i requisiti di capacità delle imprese di costruzione siano fissati dall'Amministrazione e che l'impresa indicata dal soggetto finanziatore nell'offerta non possa essere sostituita "se non nei casi previsti dalla legge" (pag. 21 dell'atto introduttivo) non sopperisce a tale carenza ma, anzi, sottolinea e conferma la rilevanza dei lavori di costruzione dell'opera.

Da un diversa ed ulteriore prospettazione, va, ancora, ricordato che gli intermediari finanziari possono svolgere soltanto attività finanziaria, dal che ne consegue l'impossibilità di assumere obbligazioni di differente natura.

Per quanto attiene all'accostamento alla "finanza di progetto", richiamata nel ricorso, osserva il Collegio che l'istituto da ultimo citato – oggetto di intervento anche per mezzo dell'art. 24, comma 9, della legge n. 62/05 – è stato oggetto di critiche e i punti dolenti sono stati

rinvenuti proprio nell'attitudine all'osservanza della parità di trattamento, della trasparenza e della concorrenza.

Leasing e project financing (da intendere sinteticamente - ove si attui secondo l'art. 37 bis della Legge Merloni - come un sistema di impulso per la realizzazione di opere pubbliche, che prevede l'iniziativa di un privato - c.d. promotore - in relazione ad interventi inseriti nello strumento di programmazione dell'Amministrazione, al fine di estrapolare elementi utili da mettere nel bando di gara aperto ad altri potenziali concorrenti) sono, comunque, istituti da tenere distinti.

Per come strutturato, l'ambito di operatività della finanza di progetto è, infatti, fortemente condizionato dalla finanziabilità dell'opera e del servizio, tanto che generalmente si afferma che il carattere *self-liquidating* dell'opera o del servizio è alla base della fattibilità di una tale operazione.

Al riguardo si distingue tra opere fredde e opere calde: solo le seconde – nell'ambito delle quali quelle in trattazione non sono riconducibili - consentono di applicare un prezzo come controprestazione che l'utente è tenuto ad effettuare per fruire del servizio e, dunque, sono suscettibili di una gestione economica idonea a consentire il rimborso dei fondi impiegati.

Ciò trova conferma anche nelle motivazioni addotte dal Ministero della Giustizia circa l'impossibilità di procedere – nel caso in trattazione – tramite tale sistema, connessa alla difficoltà di *"associare servizi in grado di generare un flusso di cassa adeguato a compensare il costo di realizzazione..."*.

Evidenti sono, dunque, le differenze che connotano gli istituti in argomento.

In conclusione, nulla è da rilevare o da eccepire in ordine alle necessità di potenziamento delle strutture dell'amministrazione penitenziaria, sempre, però, che ciò avvenga nel rispetto della normativa vigente.

4.4. Non può essere condivisa la violazione del principio di proporzionalità.

Alla luce dei contenuti del parere della Commissione Europea e della considerazione dell'U.L., la scelta di procedere all'annullamento delle procedure di gara appare, in effetti, come la più ragionevole e, comunque, come l'unica possibile al fine di evitare il giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia.

Si è già detto che l'Amministrazione ha proceduto sulla base di valutazioni afferenti sia all'interesse pubblico che all'interesse dei privati coinvolti.

Ora va aggiunto che – in ragioni di tali valutazioni – l'annullamento delle procedure di gara va inteso come l'unico mezzo idoneo per ovviare alla situazione determinatasi in seguito al parere della Commissione Europea.

Al riguardo va, del resto, segnalato che la ricorrente – pur dolendosi della violazione del principio di proporzionalità – si astiene dal prospettare soluzioni alternative, atte ad evitare il concretizzarsi del rischio rappresentato (la soccombenza dello Stato italiano in un giudizio davanti alla Corte di Giustizia Europea).

In ultimo, non può sottacersi che si riscontrano difficoltà ad individuare – visto lo stato di avanzamento delle procedure di gara – *“assetti privati consolidati”*.

Come già detto, l'U.L. ha specificatamente considerato che *“l'appalto non è stato ancora aggiudicato”*.

Orbene, tale evidenza costituisce sicuro indice di una valutazione complessiva degli interessi coinvolti al fine di addivenire alla soluzione più ragionevole.

4.5. In definitiva, i decreti direttoriali impugnati rappresentano adeguatamente – anche per *relationem* - i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato le decisioni amministrative adottate, tenendo conto della situazione come evoluta dalla data di indizione delle gare, implicante – nel contempo – la disamina degli interessi dei partecipanti (nel parere dell'Ufficio Legislativo, come già ricordato, infatti si pone in risalto che *“poiché l'appalto per la fornitura del servizio di leasing non è stato ancora aggiudicato, non sembrano esservi titolari di diritti quesiti che verrebbero lesi”*), senza travisamenti ovvero riferimenti a fatti e/o circostanze erranee e/o non corrispondenti al vero.

5. La ricorrente chiede anche l'annullamento del verbale di gara del 19 aprile 2006, adottato dalla Commissione di esperti nominata con decreto direttoriale n. 414707 del 29.11.2005, e di detto decreto direttoriale di nomina.

Le censure formulate avverso tali atti sono – in particolare – esplicitate nei motivi aggiunti, notificati in data 13 gennaio 2007 e depositati in data 23 gennaio 2007.

Al riguardo, il Collegio non può esimersi dall'osservare che i predetti atti sono strettamente attinenti all'attività valutativa delle offerte presentate dalla ricorrente, compiuta dall'Amministrazione, la quale non ha potuto seguire l'iter ordinario – sfociando in un provvedimento finale di definizione delle procedure di gara – a causa dell'evolversi della vicenda in ambito comunitario e, dunque, dell'adozione dei decreti direttoriali di sospensione e di annullamento in epigrafe.

Ciò premesso, va segnalato che tali atti – in quanto "endoprocedimentali" - non hanno natura provvedimentoale e, dunque, sono inidonei a produrre effetti esterni, lesivi per l'interessato.

Da ciò consegue che tali atti non sono autonomamente impugnabili ovvero non possono essere oggetto di sindacato se non unitamente al provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo nel quale si inquadrano (la cui adozione, nel caso di specie, è comunque inibita dal venir meno delle stesse procedure di gara).

In definitiva, l'impugnativa concernente gli atti in questione è inammissibile.

In ragione della rilevata infondatezza delle censure sollevate avverso i provvedimenti di sospensione e di annullamento delle procedure di gara può, altresì, riscontrarsi una carenza di interesse: la legittimità di tali provvedimenti induce, infatti, ad escludere la possibilità per la ricorrente di conseguire un vantaggio pratico e concreto in virtù di un

eventuale annullamento degli atti di cui trattasi, afferenti – come già precisato – alle offerte presentate, atteso il venir meno delle stesse procedure di gara.

6. Permane da valutare la domanda di risarcimento del danno.

Tale domanda è fondata nei limiti e nei termini che seguono.

In proposito, rileva il Collegio che ricorre – per stessa ammissione dell'Amministrazione - l'illegittimità delle procedure di gara espletate.

Tale affermazione trova supporto e riscontro nell'adozione da parte del Ministero della Giustizia di un provvedimento di annullamento, il quale già di per sé implica una valutazione negativa dell'attività amministrativa posta in essere, nel rispetto dei principi e dei canoni che presiedono l'autotutela.

Nonostante tale premessa, la cui portata non appare indifferente, è, comunque, noto che casi del genere di quello in trattazione sono ordinariamente ed unanimemente ricondotti nell'ambito della responsabilità precontrattuale in quanto connessi all'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto, ai sensi dell'art. 1337 c.c..

Si tratta cioè della responsabilità per lesione della libertà negoziale, a tutela dell'interesse del privato non all'adempimento bensì a non essere coinvolto in trattative inutili, la quale può avere fondamento anche nella colpa, secondo la regola generale della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c..

Premesso che lo svolgimento delle trattative non comporta, peraltro, alcun obbligo a contrarre e, dunque, il contraente conserva il potere di

negoziare e di recedere fino a quando il contratto non è perfezionato, va, comunque, ammessa la responsabilità del soggetto che dolosamente o colposamente ha indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto.

In particolare, l'elemento psicologico colposo va ravvisato quando una parte non si attiene alla normale prudenza nell'indurre l'altra parte a confidare nella conclusione del contratto, nel senso che porta avanti trattative senza verificare le proprie possibilità ma anche senza esternare prontamente eventuali difficoltà ovvero impedimenti di cui è o dovrebbe essere a conoscenza, idonei a costituire un ostacolo per la positiva definizione delle trattative.

In definitiva, l'Amministrazione deve serbare un comportamento improntato ai precetti di buona fede e della normale diligenza, anche sotto l'aspetto della corretta "informazione", al fine di non ingenerare nei terzi, anche se per mera colpa, un ragionevole affidamento, poi deluso, in ordine alla conclusione del contratto.

In altre parole, il recesso ingiustificato dalle trattative, fonte di responsabilità, può ravvisarsi anche nei casi in cui l'Amministrazione adduce ragioni conosciute o conoscibili già al momento iniziale delle trattative o ragioni di cui – pur essendone a conoscenza da tempo - ha sempre escluso la rilevanza, ovvero ragioni di cui ha reso edotta l'altra parte con particolare ritardo e solo perché formalmente sollecitata.

Il Collegio ritiene che nel caso in esame si sia verificata proprio tale evenienza, vale a dire che l'Amministrazione ha indotto e portato avanti



le procedure di gara senza preoccuparsi nei giusti e dovuti termini delle problematiche giuridiche connesse, costituenti ragioni di impedimento.

Dalla documentazione agli atti risulta poi che l'Amministrazione non si è preoccupata di mettere al corrente la società del ricevimento già in data 18.04.2005 della nota della Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea che trasmetteva in allegato la nota n. 1344 del 18.03.2005 della Commissione Europea Direzione Generale Internal Market and Services, riguardante un reclamo relativo alle procedure di gara in questione, con invito *"..... ad adottare fin d'ora le misure necessarie per sospendere l'eventuale esecuzione dei lavori di realizzazione delle opere in discussione....."*.

Informazioni in ordine alla sussistenza di detto reclamo – senza, peraltro, riferimenti all'avvio della procedura di infrazione, oggetto del fax trasmesso in data 10.11.2005 dalla Presidenza del Consiglio al Ministero (vedasi documentazione prodotta dalla società: all. n. 21), né precisazioni che lasciassero paventare in qualche modo l'evoluzione che la questione ha poi avuto - risultano fornite dall'Amministrazione soltanto con nota prot. n. DGAP – 0039483 – 2006 del 2.2.2006, trasmessa in seguito alla sollecitazione di cui alla lettera in data 20 gennaio 2006, con la quale la ricorrente – dopo aver rappresentato di aver provveduto nel termine assegnato a fornire quanto richiesto (comunicazioni del 25.05.2005) – lamentava di non aver ricevuto, *"nonostante il lungo tempo trascorso", "alcuna comunicazione e/o notizia in merito alle procedure in oggetto....."*.

Ed, anzi, va rimarcato che in tale nota l'Amministrazione ha affermato espressamente l'interesse *"a portare a compimento quanto prima l'iter procedurale di affidamento degli appalti in oggetto"*, palesando così di intendere la procedura di infrazione – rubricata, tra l'altro, con il numero 2004/5090 – come un mero fattore di rallentamento ma non certo un'evenienza in grado di incidere sulla definizione delle gare.

In altri termini, si può affermare che, nel caso di specie, la responsabilità precontrattuale si è materializzata in un ingiustificato avvio e, soprattutto, in una ingiustificata prosecuzione delle trattative (la quale è stata anche caratterizzata dall'istituzione della Commissione di esperti con il decreto direttoriale n. 414707 del 29.11.2005).

Di talché, emerge che l'Amministrazione ha avviato e portato avanti le trattative senza verificare diligentemente la sussistenza delle condizioni necessarie per il perfezionamento dell'accordo, generando nella ricorrente, unica concorrente, un più che ragionevole affidamento nella legittimità della procedura.

La pretesa al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale va di conseguenza accolta in quanto l'illecito comportamento dell'Amministrazione nella fase delle trattative ha leso il diritto alla libertà negoziale della ricorrente, procurando alla stessa un danno ingiusto.

Tale forma di responsabilità comporta l'obbligo del risarcimento del danno nei limiti del c.d. interesse contrattuale negativo, vale a dire dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale, e consiste nel c.d. danno emergente, ossia nel

pregiudizio subito per aver inutilmente confidato nella conclusione del contratto e, in particolare, nelle spese inutilmente sostenute e nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali.

L'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, comma 3, lett. c), della legge n. 205/2000, nell'attribuire al giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, ha previsto, al comma 2, la possibilità che il giudice stabilisca i criteri in base ai quali l'Amministrazione deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine.

Il Collegio stabilisce, quindi, che entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione, se anteriore, della presente sentenza, il Ministero della Giustizia è tenuto a proporre a favore della ricorrente il pagamento di una somma di danaro quantificata sulla base delle spese debitamente documentate ed effettivamente sostenute dalla società al fine di partecipare alle procedure di gara indette e poi annullate, comprensive anche dei costi affrontati per l'impegno profuso da propri dipendenti e delle perdite subite a causa dell'eventuale rinuncia a occasioni di lavoro alternative.

La somma così determinata – a fare tempo dal 26 agosto 2006, data in cui, sebbene attraverso l'adozione di un provvedimento legittimo, può dirsi verificato l'evento dannoso – dovrà, inoltre, essere opportunamente rivalutata sulla base degli indici ISTAT in quanto debito non di valuta ma di valore.

Sugli importi rivalutati, a partire dalla medesima data, decorrono gli interessi legali, in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

Su tutte le somme così dovute decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza e fino al soddisfo.

Ove le parti non giungessero ad un accordo, ai sensi dell'art. 35, comma 2, del D.lgs. n. 80/1998, potrà essere esperito il ricorso di cui all'art. 27, comma 1, n. 4, del T.U. 1054/1924 per la determinazione della somma dovuta.

7. In definitiva, il Collegio respinge l'azione di annullamento avanzata per i decreti direttoriali del 28 agosto 2006 n. 5775 e del 3 luglio 2006 n. 4725 e per il parere dell'U.L. del Ministero della Giustizia del 3 agosto 2006; dichiara inammissibile l'azione di annullamento avanzata per il decreto direttoriale n. 414707 del 29.11.2005 ed il verbale di gara del 19.04.2006; accoglie la domanda risarcitoria nei sensi e nei limiti sopra indicati, con conseguente obbligo per l'Amministrazione di proporre alla ricorrente il pagamento di una somma di danaro nei termini e secondo i criteri stabiliti.

In ragione della parziale reciproca soccombenza e delle peculiarità e complessità della questione, dispone l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I quater:

- respinge l'azione di annullamento nella parte in cui sono impugnati i decreti direttoriali del 28 agosto 2006 n. 5775 e del 3 luglio 2006 n. 4725 nonché il parere dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia del 3 agosto 2006;
- dichiara inammissibile l'azione di annullamento nella parte in cui sono impugnati il decreto direttoriale n. 414707 del 29.11.2005 ed il verbale di gara del 19.04.2006;
- accoglie l'azione risarcitoria nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, assegna al Ministero della Giustizia il termine di 90 (novanta) giorni, decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione, se anteriore, della presente sentenza, per proporre alla Operleasing S.p.A. il pagamento di una somma di danaro secondo i criteri stabiliti in motivazione;
- dispone la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 19 giugno 2007, con l'intervento dei seguenti Signori:

Dr. Pio GUERRIERI – Presidente

Dr. Giancarlo LUTTAZI – Consigliere

Dr.ssa Antonella MANGIA– Primo Ref.- Relatore – Estensore

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE