

Publicato il 20/09/2017

**N. 09847/2017 REG.PROV.COLL. N. 04435/2014 REG.RIC.**

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4435 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da: XXX s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI con la XXX sport S.s.d. e XXX. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesi dagli avvocati XXX, prof. XXX e XXX, con domicilio eletto presso lo studio dei difensori, in Roma, XXX

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. XXX con domicilio in Roma, via Tempio di Giove, 21;

per l'accertamento dell'illegittimità

- del comportamento di Roma Capitale nel procedimento volto all'affidamento in favore della XXXs. r.l. della realizzazione e gestione del parcheggio e del



sovrastante impianto sportivo in Roma nell'area ricompresa tra Via Pavia - Via Como - Via Agrigento;  
e per il risarcimento del danno  
derivante dalla mancata ultimazione dell'intera opera con particolare riguardo all'impianto sportivo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 12 luglio 2017 il Cons. XXX; Uditì gli

avvocati, di cui al verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

1. Espone parte ricorrente che, con deliberazione del Commissario straordinario n. 2671 del 3.11.1989, il Comune di Roma adottava il Programma Urbano Parcheggi (PUP) per il triennio 1989 – 1991, ai sensi e per gli effetti di cui alla legge 24 marzo 1989, n. 122, art. 9, comma 4, ovvero per la “realizzazione di parcheggi da

destinare a pertinenza di immobili su aree comunali e nel sottosuolo delle stesse”. Con d.P.C.M. in data 4 agosto 2006, veniva dichiarato, fino al 31.12.2008, lo stato di emergenza per la situazione determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nella città di Roma.

Con successiva ordinanza n. 3543 del 26 settembre 2006, il Sindaco di Roma veniva nominato commissario delegato per l’attuazione degli interventi volti a fronteggiare l’emergenza dichiarata nel territorio della Capitale.

Con tre successive ordinanze il commissario definiva il piano di interventi relativo alle infrastrutture viarie.

In particolare, con l’ordinanza n. 2/2006, approvava il “piano dei parcheggi da realizzare con finanziamenti non a carico del bilancio comunale”, procedendo, altresì, alla rilocalizzazione degli interventi previsti dal PUP di Roma sopra richiamato.

Con ordinanza n. 52 del 27 luglio 2007, veniva poi adottata una ulteriore modifica ed integrazione al piano parcheggi, nell’ambito del quale era previsto, al n. 130, la realizzazione di un parcheggio sito in piazza San Donà di Piave, inizialmente proposto dalla General Holding s.p.a., successivamente trasformatasi in s.r.l. con la nuova denominazione di C.E.D.A. s.r.l..

A seguito del parere negato del Municipio IX, il parcheggio veniva traslato in via Pavia – via Como.

Il progetto originario prevedeva la costruzione, al livello interrato, di 280 box pertinenziali e 121 posti auto di cui 67 a servizio del centro sportivo e 54 a rotazione, di un impianto sportivo con piscina in superficie, unitamente a spogliatoi, campi da tennis e polivalenti, verde attrezzato, e ristrutturazione di un immobile presente nell’area per adibirlo a “club house”.

Successivamente la CEDA s.r.l. cedeva alla XXX, odierna ricorrente, il ramo di azienda relativo all’attività di realizzazione e vendita di parcheggi pertinenziali in Roma, disciplinati dall’art. 9, comma 4, della l. n. 122/89.

Il commissario delegato approvava il progetto con ordinanza n. 56 del 13.9.2007.

In tale ordinanza veniva previsto, tra l'altro, che i lavori di costruzione dell'impianto sportivo non potevano essere tecnicamente ed economicamente separati dalla concessione riguardante il parcheggio senza evitare gravi inconvenienti per l'amministrazione e che essi non superavano il 50% dell'importo complessivo dell'opera, «tenuto conto che l'importo del parcheggio assomma a € 5.040.000,00 a fronte di un costo dell'opera complementare pari ad € 1.419.717,12».

La stessa ordinanza riconduceva l'intervento in questione ai "lavori complementari" di cui alla direttiva n. 18 del 31 marzo 2004 e disponeva che il corrispettivo di concessione, pari ad euro 1.419.717,12, non dovesse essere versato dal concessionario in quanto destinato alla costruzione dell'impianto sportivo e annessi parcheggi di servizio, secondo il progetto e il piano economico – finanziario allegato all'ordinanza che avrebbe dovuto essere approvata con successivo provvedimento della Giunta Comunale.

In data 9 ottobre 2007 il Comune di Roma, da una parte, e la XXX s.r.l. dall'altra, stipulavano la convenzione per la concessione del diritto di superficie sull'area in cui realizzare il parcheggio e l'impianto sportivo.

La convenzione confermava il nesso di collegamento tra il parcheggio e l'impianto sportivo prevedendo che gli oneri dovuti a fronte della costituzione del diritto di superficie dovessero essere destinati alla spese per la realizzazione e costruzione dell'impianto sportivo con piscina ed annessi parcheggi secondo il progetto e il piano economico finanziario allegati all'ordinanza n. 56 succitata.

In sostanza – prosegue la ricorrente – pur non essendo stato ancora approvato il progetto dell'impianto sportivo, l'amministrazione aveva già individuato la XXX come impresa affidataria per la realizzazione e gestione dell'impianto sportivo. In data 29 luglio 2008 veniva rilasciato il permesso n. 3622 per l'esecuzione del parcheggio (limitatamente all'area non interessata dal progetto di valorizzazione dei resti archeologici rilevati nel frattempo dalla Soprintendenza archeologica di Roma) e con l'esclusione dell'impianto sportivo con piscina ed annessi parcheggi di servizio.

In data 13.11.2008 l'odierna ricorrente presentava il progetto di variante del parcheggio, sulla base delle prescrizioni della Soprintendenza, prevedendo la realizzazione di un sito museale ipogeo e la riduzione della superficie

dell'autorimessa interrata, con riduzione di posti da 334 a 287 ma con la conservazione dei 67 posti auto previsti a servizio dell'impianto sportivo. Inoltre, al fine di recepire le richieste del Presidente del Municipio III, in data 22.6.2009 XXX presentava anche un nuovo progetto dell'impianto sportivo.

In data 20 luglio 2009, con ordinanza commissariale n. 204, veniva approvato il progetto di variante del parcheggio e, successivamente, con atto notarile del 9 settembre 2009, veniva modificata la convenzione con riferimento sia al numero dei posti auto che al corrispettivo del diritto di superficie, che passava ad euro 1.803,195,19.

Il predetto atto ha previsto che, di tale somma, euro 873.965,37 dovessero essere versati dalla XXX ed utilizzati per la realizzazione delle opere di costruzione del museo ipogeo.

Era peraltro confermato che la residua parte degli oneri di concessione rimaneva impegnata per le opere accessorie all'impianto sportivo, il cui progetto avrebbe dovuto essere approvato con successivo provvedimento dall'amministrazione comunale.

Conseguentemente, venivano revocati gli oneri di manutenzione delle opere superficiali di cui all'art. 16 della Convenzione.

XXX ha comunicato l'ultimazione dei lavori del parcheggio in data 9 luglio 2009. In ragione delle complementarità delle due opere, l'ultimazione del parcheggio ha richiesto anche la realizzazione di alcune manufatti relativi all'impianto sportivo (secondo quanto descritto nello stato di avanzamento lavori del 9.7.2009).

Da questo momento, però, è accaduto che l'amministrazione comunale non abbia né consentito la prosecuzione dei lavori per la realizzazione dell'impianto sportivo, né ripreso in consegna la superficie sovrastante il parcheggio, costringendo la società a sopportare gli oneri per la custodia e la manutenzione dell'area.

Due anni dopo la presentazione del progetto dell'impianto sportivo, con d.d. n. 1334 del 30.9.2011, è stata dichiarata positivamente chiusa la Conferenza di Servizi propedeutica all'approvazione in deroga ai sensi dell'art. 14 del d.p.R. n. 380/2001. La XXX ha quindi costituito una società sportiva ad hoc e si è obbligata a costituire un'ATI con la predetta società e la XXX s.r.l., accettando i patti e le condizioni riportate nello schema di disciplinare di concessione trasmesso dall'amministrazione.

Esso ha stabilito in anni 39 la durata di gestione dell'impianto e ha fissato il costo dell'opera in euro 5.935.616,62, di cui euro 4.732.949,77 a titolo di investimento privato.

A partire dal mese di maggio 2010, la società ha poi inviato una serie di diffide all'amministrazione, chiedendo di essere risarcita dei danni e dei maggiori oneri subiti in conseguenza dell'impossibilità di completare l'opera per la parte del centro sportivo, tra i quali i costi delle parti dell'impianto sportivo e del museo ipogeo non coperti dagli oneri relativi ai diritti di superficie, i costi di manutenzione e guardiania dell'area di superficie nonché quelli derivanti dal

mantenimento delle polizza fideiussorie, anche in conseguenza del mancato collaudo del parcheggio, nonché, ancora, quelli dovuti al rifacimento delle impermeabilizzazioni.

La società precisa che le infiltrazioni dovute all'impossibilità di ultimare l'impianto sportivo hanno danneggiato anche l'immagine di XXX in quanto gli acquirenti dei box, ignari delle descritte vicissitudini, hanno attribuito a XXX la responsabilità delle stesse, imputandole a difetti di costruzione.

Con nota prot. n. 5703 dell'11 febbraio 2013, l'amministrazione, per la prima volta, ha dato riscontro alle richieste di XXX, ritenendole inaccoglibili e sollecitando l'impresa a realizzare le sistemazioni superficiali previste dal testo originario della convenzione, nonostante le stesse fossero state espunte proprio in vista della realizzazione dell'impianto sportivo.

Allo stesso modo l'ha sollecitata a versare l'importo di euro 873.965,37 nonostante il fatto che XXX fosse stata autorizzata a scomputare tale quota di oneri.

In data 22 ottobre 2013, dopo ulteriori solleciti e incontri, l'amministrazione capitolina ha richiesto alla ricorrente una perizia giurata a supporto e attestazione di quanto dichiarato in ordine ai costi e gli oneri sostenuti.

La perizia è stata inviata in data 30.12.2013, ma l'amministrazione è rimasta ancora una volta inerte.

XXX adisce ora questo tribunale amministrativo affinché accerti, in primo luogo, l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione capitolina che ha impedito il completamento dell'opera di cui trattasi.

Ribadisce, al riguardo, che i lavori per la realizzazione dell'impianto sportivo sono stati sin dall'origine inquadrati nelle opere di cui all'art. 31 della direttiva 18/2014, recepito negli articoli 57 e 147 del (previgente) codice degli appalti i quali hanno previsto l'affidamento diretto al concessionario dei lavori complementari a quelli oggetto di concessione.

Richiama, in proposito, quanto testualmente disposto dall'ordinanza del commissario delegato n. 56 del 13.9.2007 e confermato dalla convenzione del 9 ottobre 2007.

La società sottolinea, altresì, che l'atto di modifica del 9 settembre 2009 ha revocato gli oneri di manutenzione delle opere di superficie di cui all'art. 16 della convenzione proprio in ragione del fatto che sulla superficie del parcheggio doveva essere realizzato l'impianto sportivo e quindi non avrebbe avuto alcuna ragione d'essere l'imposizione di siffatti oneri.

Nello stesso senso depongono anche l'approvazione del progetto in conferenza di servizi e l'imposizione dell'obbligo di costituire una ATI con una società sportiva. Ciononostante, l'amministrazione capitolina – ledendo l'affidamento della ricorrente - non ha né adottato la delibera che avrebbe dovuto autorizzare la

stipula della convenzione per la realizzazione e gestione dell'impianto sportivo, né ripreso in consegna l'area, lasciando così in capo all'impresa tutti i costi di guardiania e manutenzione della stessa.

XXX limita comunque la propria domanda al risarcimento del danno.

In particolare, ha chiesto di essere risarcita:

- del costo delle opere inscindibilmente connesse alla realizzazione dell'impianto sportivo e delle infrastrutture del museo ipogeo, nella misura eccedente gli oneri relativi al diritto di superficie in quanto non più remunerati dalla gestione dell'impianto sportivo;

- del costo sopportato per la manutenzione e guardiania dell'area, della messa in sicurezza della popolazione arborea, per il rifacimento dei massetti e per il rinnovo delle polizze, il tutto per un importo pari ad euro 2.342.656,12 oltre IVA.

Ha chiesto altresì il risarcimento del danno dall'immagine, da liquidarsi in via equitativa ex art. 1226 c.c. in considerazione del fatto che la popolazione del quartiere ha ritenuto la società responsabile dei ritardi nella costruzione dell'impianto sportivo.

La società imputa a tale situazione anche la mancata vendita di 76 box auto (i potenziali acquirenti sarebbero stati scoraggiati dalle infiltrazioni d'acqua che hanno danneggiato il parcheggio).

Quale lucro cessante XXX richiama il contenuto del PEF, in base al quale il reddito complessivo che avrebbe potuto ricavare dalla gestione del parcheggio ammonta, al tasso di attualizzazione dell'1%, ad euro 6.217.017,45.

Si è costituita, per resistere, l'amministrazione capitolina.

Sulla scorta della relazione predisposta dagli uffici, la difesa capitolina – pur confermando lo svolgimento del procedimento quale rappresentato dalla ricorrente – ha posto l'accento sul fatto che la mancata approvazione della proposta di delibera assembleare concernente l'impianto sportivo è dovuta ad una

successiva valutazione giuridico amministrativa che ha messo in luce la necessità di una procedura ad evidenza pubblica.

Ad ogni buon conto, la difesa capitolina ha eccepito il difetto di legittimazione passiva dell'amministrazione comunale in quanto la mancata realizzazione di quanto promesso sarebbe riconducibile esclusivamente alla gestione commissariale. Da ciò conseguirebbe anche l'inammissibilità del ricorso per difetto di notificazione nei confronti del commissario delegato presso l'Avvocatura dello Stato.

La difesa capitolina dubita anche della sussistenza della giurisdizione amministrativa poiché, in sostanza, si verte in ordine alla conseguenze dell'inadempimento di un rapporto convenzionale.

In ogni caso, sarebbe inammissibile l'azione di accertamento (che viene inquadrata dalla resistente in quella ex art. 31 c.p.a.).

Nel merito, l'amministrazione rivendica di avere sempre lealmente collaborato con il concessionario.

La società ricorrente ha quindi depositato motivi aggiunti, ai fini del risarcimento degli ulteriori danni subiti.

Richiama, anzitutto, il verbale di sopralluogo del 17 aprile 2014 con il quale l'amministrazione ha riconosciuto l'effettuazione di una parte dei lavori relativi all'impianto sportivo.

Lamenta quindi il fatto che, in ulteriore violazione della convenzione, e del dovere di buona fede, il collaudo del parcheggio sia intervenuto solo sei anni dopo la data di ultimazione dei lavori.

Inoltre, sebbene l'amministrazione abbia preannunciato per ben tre volte la propria intenzione di riprendere in consegna l'area, tanto non è ancora avvenuto sicché XXX continua a sopportare gli oneri di custodia e il costo delle polizze fideiussorie.

Né sono stati versati i corrispettivi per i lavori di realizzazione dell'impianto sportivo e del museo ipogeo, sino ad oggi eseguiti, i quali – secondo la ricorrente – hanno ormai superato di gran lunga l'importo degli oneri concessori con i quali si sarebbero dovuti compensare.

Ha quindi aggiornato l'importo dei danni connessi agli esborsi per manutenzione e servizi (euro 994.442,00), per le polizze (euro 42.700,00), per le lavorazioni dell'impianto sportivo (euro 1.769.102,18), per il museo ipogeo (543.964,562). Se a tali somme si sottrae il debito di XXX, pari ad euro 1.803.195,00), si giunge all'importo di euro 509.871,00 cui occorre aggiungere l'IVA.

La società insiste anche per il risarcimento del danno all'immagine e di quello connesso alla mancata vendita di 76 box auto, nonché, infine, delle spese di progettazione e del mancato guadagno derivante dalla gestione dell'impianto. Le parti, hanno presentato memorie, in vista della pubblica udienza del 12 luglio 2017.

XXX ha in primo luogo replicato alle eccezioni di Roma Capitale, evidenziando:

- che non sono in contestazione atti commissariali;
- che l'inadempimento della convenzione è imputabile esclusivamente

all'amministrazione comunale;

- che si verte in un ambito di giurisdizione esclusiva.

Ha sottolineato, in particolare, che i dubbi di legittimità insorti sulla possibilità dell'affidamento diretto dell'impianto sportivo non le sono mai stati partecipati e che, comunque, nessuno dei tentativi di ripresa in consegna dell'area, dal 2014 ad oggi, è andato a buon fine mentre l'esito positivo del collaudo le è stato comunicato solo il 30 luglio 2015.

Si tratta – rimarca la società – di adempimenti indipendenti dalla documentazione della valutazione economica delle opere dell'impianto sportivo e del museo ipogeo

richiesta dall'amministrazione solo a febbraio 2017 e, comunque, consegnata dalla XXX ad aprile.

La società ha poi aggiornato il conto dei danni relativi alle spese sopportate per la custodia e manutenzione dell'area quantificati in euro 1.550.761,63, di cui euro 929.823,00 già pagati dalla XXX ed euro 620.983,63 da pagare, come da preavvisi emessi dalla MAC.

L'amministrazione capitolina, dal canto suo, ha richiamato il contenuto di una relazione dei propri uffici del 26 maggio 2017, in cui si ribadisce:

- che il progetto per la realizzazione dell'impianto sportivo e connessa gestione non sono mai stati approvati dalla Giunta comunale e che, comunque, si tratta di attività ultronee rispetto alle competenze in materia di mobilità del Commissario straordinario per l'emergenza traffico;

- che le operazioni di collaudo sono prodromiche anche alla riconsegna dell'area adibita ad impianto sportivo (parzialmente realizzata a rustico);

- che comunque XXX non avrebbe messo in condizione l'amministrazione di verificare compiutamente le voci di costo.

Il ricorso e i motivi aggiunti, infine, sono passati in decisione alla pubblica udienza del 12 luglio 2017.

## DIRITTO

1. In via preliminare, debbono essere respinte le eccezioni preliminari sollevate da

Roma Capitale.

1.1. Appaiono anzitutto infondati i dubbi espressi in punto di giurisdizione.

Invero, nella vicenda di cui è causa, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sotto un duplice profilo:

- in primo luogo, in relazione alla previsione di cui all'articolo 133, comma 1,

lettera b) del codice del processo amministrativo, secondo cui rientrano

nell'ambito della giurisdizione esclusiva le controversie aventi ad oggetto «atti e provvedimenti

relativi a rapporti di concessione di beni pubblici», escluse le sole controversie in tema di indennità, canoni e altri corrispettivi.

Nella fattispecie, la convenzione all'origine dei fatti di causa ha ad oggetto, per l'appunto, la concessione di un'area pubblica, attraverso la costituzione di un diritto di superficie per la durata di anni 90, a favore della concessionaria, al fine di costruire un parcheggio nel sottosuolo;

- in secondo luogo, in relazione all'art. 133 comma 1 lett. a) n. 2 del c.p.a., secondo cui rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo.

Nel caso di specie, la convenzione sottoscritta tra l'amministrazione capitolina e la società concessionaria è riconducibile agli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/90, trattandosi di atto negoziale, dal contenuto discrezionale, integrativo del provvedimento di concessione dell'area. Esso, peraltro, si inserisce in un complesso procedimento che trae origine da un atto pianificatorio (il Piano Parcheggi di cui all'ordinanza commissariale n. 2/2006, così come successivamente rimodulata ed integrata), volto a risolvere un'esigenza pubblica, avente, per di più, i caratteri dell'emergenza (sulla sussistenza, in materia, della giurisdizione amministrativa, cfr. TAR Lazio, sez. II, sentenza n. 8046 del 23.7.2014; cfr. anche, TAR Napoli, sez. VII, sentenza n. 4733 del 5.9.2014; TAR Milano, sez. I<sup>^</sup>, sentenza n. 2289 dell'1.9.2014, n. 2289; in precedenza, Cons. St., sez. VI, sentenza n. 6297 del 10.12.2012).

A conforto di quanto testé rilevato, vi è poi la giurisprudenza della Cassazione civile secondo cui rientrano nella giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi «tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio», confinando per contro quella del giudice ordinario alle sole questioni concernenti la determinazione delle indennità, canoni

ed altri corrispettivi spettanti al concessionario (Cass., Sez. Un., 20 novembre 2007, n. 24012).

La giurisdizione amministrativa sussiste anche in assenza dell'impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purché la controversia coinvolga il contenuto dell'atto concessorio e cioè i diritti e gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario (id., Sez. Un., 2.2.2011, n. 2418).

In sostanza, la giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e/o di servizi, abbraccia non solo l'affidamento di questi ultimi, ma anche la fase di esecuzione dei relativi rapporti, escluse solo le controversie di carattere patrimoniale (Cons. St., sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 5421/2013),

Anche la domanda di risarcimento dei danni per l'inadempimento degli obblighi derivanti da un accordo di programma attiene alla fase di esecuzione dell'accordo e appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass., Sez. Un., sentenza 7 gennaio 2016, n. 64).

Va ancora precisato che, nel caso di specie, la responsabilità fatta valere dalla ricorrente – ancorché tale qualificazione giuridica non sia stata formalmente dedotta né nella domanda introduttiva né nei motivi aggiunti – ha, a parere del Collegio, natura precontrattuale poiché investe la scorrettezza comportamentale dell'amministrazione capitolina nella fase successiva all'adozione dell'ordinanza n. 56/2007 e alla stipula della convenzione di concessione che ne ha recepito il contenuto, atti dai quali risulta inequivocabilmente la volontà di affidare alla XXX la realizzazione dell'impianto sportivo a scemuto dagli oneri dovuti dalla società per la concessione del diritto di superficie, sia pure subordinatamente all'approvazione del progetto da parte della Giunta.

E' bene precisare che – ove l'amministrazione capitolina fosse effettivamente addivenuta alla stipula della relativa convenzione - eventuali controversie attinenti all'esecuzione di siffatto negozio sarebbero rientrate nella giurisdizione ordinaria,

trattandosi di una concessione di lavori pubblici finalizzata alla costruzione e gestione di un'opera pubblica (cfr., da ultimo Cass. civ., Sez. Un., ordinanza 31 gennaio 2017, n. 2482).

Tuttavia la presente controversia attiene ad uno stadio anteriore, in cui, come detto, si radica invece, sotto molteplici profili, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

1.2. E' altresì infondata l'eccezione con cui l'amministrazione capitolina ha dedotto il proprio difetto di legittimazione passiva, sostanzialmente addossando ogni responsabilità alla pregressa gestione commissariale.

In primo luogo, come già evidenziato da questo Tribunale amministrativo, in una fattispecie analoga relativa alla stessa XXX (sentenza n. 11035 del 4.11.2014), la presente controversia non verte sull'annullamento di atti commissariali, bensì sull'inadempimento degli obblighi dedotti nella convenzione stipulata il 9 ottobre 2007 tra la società e il Comune di Roma, nella parte in cui (art. 14) ha stabilito che la somma dovuta per la costituzione del diritto di superficie «non viene versata dal concessionario che si impegna a realizzare i suddetti lavori e servizi complementari».

Anche nel caso in esame, la convenzione fa seguito ad un'ordinanza in cui il commissario delegato per l'emergenza traffico autorizzava espressamente i competenti dirigenti dell'amministrazione capitolina a stipulare l'atto. La convenzione è stata poi effettivamente stipulata dal Comune di Roma (in

persona del dirigente dell'Ufficio extradipartimentale parcheggi), senza nemmeno richiamare la delega ed è rivolta a regolare «condizioni e rapporti inerenti la concessione del diritto di superficie, il dimensionamento dell'opera e il piano economico finanziario, le modalità e i tempi per l'esecuzione dei lavori, nonché provvedimenti e sanzioni da applicarsi in esito ad eventuali inadempimenti»

Va soggiunto che - anche a volere ipotizzare una responsabilità concorrente della gestione commissariale - tuttavia, ai sensi dell'art. 2055 c.c. «Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno». Il vincolo di solidarietà che lega i coautori del fatto dannoso importa che il danneggiato possa pretendere la totalità della prestazione anche nei confronti di uno solo dei coobbligati, mentre la diversa gravità delle rispettive colpe e, l'eventualmente diseguale efficienza causale di esse può avere rilevanza soltanto ai fini della ripartizione interna del peso del risarcimento tra i corresponsabili. Correlativamente, sul piano processuale, non sussiste litisconsorzio necessario (cfr., ex plurimis, Cass. civ., sez. I, sentenza n. 3573 del 14.2.2011).

Più in generale, quando un danno è provocato da più soggetti, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido «perché sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi stessi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (dei quali, del resto, l'art. 2055 costituisce un'esplicitazione), che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, dovendosi, inoltre, escludere che una delle persone responsabili possa rispondere in via soltanto sussidiaria rispetto alle altre, in difetto in tale senso di una norma di legge o di una volontà convenzionale» (Tribunale Milano, sez. IV, sentenza n. 6048 del 10.5.2014).

Inoltre, nell'ipotesi in cui a giustificazione dell'eventuale inadempimento venga addotto il fatto del terzo, per liberare il creditore da responsabilità è necessario che tale fatto sia del tutto estraneo ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza «nel senso che egli non abbia ommesso di sperimentare quei rimedi che, nel caso concreto, e nei limiti segnati dal criterio della diligenza del buon padre di famiglia, avrebbero

dovuto apparirgli necessari o utili per rimuovere l'ostacolo all'esecuzione dell'obbligo assunto ex contractu» (Cass. civ., sez. II, sentenza n. 11419 del 18.5.2009).

Nel caso in esame, non giova quindi all'amministrazione capitolina invocare, a propria discolpa, il comportamento di altri soggetti pubblici in quanto essa avrebbe

dovuto farsi parte diligente per rimediare alla ritenuta illegittimità, in parte qua, delle pregresse determinazioni commissariali.

In particolare, va considerato che lo stato di emergenza nel settore del traffico e della mobilità nella città di Roma è cessato il 31.12.2012 e che, in base a quanto stabilito con O.P.C.M. n. 97 del 19.6.2013 (e quindi da una data antecedente all'instaurazione del presente contenzioso) Roma Capitale è subentrata al Sindaco di Roma (nella qualità di Commissario Delegato) assumendo in proprio «tutte le attività occorrenti per il proseguimento in regime ordinario delle iniziative in corso finalizzate al superamento del contesto critico in rassegna», e in particolare al fine di provvedere «alla ricognizione e all'accertamento delle procedure e dei rapporti giuridici pendenti ai fini del trasferimento dei medesimi a Roma Capitale, unitamente ai beni e alle attrezzature utilizzate» (art. 1, comma 2),

Da tale data, quindi, l'amministrazione avrebbe potuto autonomamente intervenire in autotutela, revocando l'affidamento dell'impianto sportivo e riprendendo in consegna l'area di cui trattasi, laddove invece, ancora oggi, non risulta nemmeno avere avviato le necessarie procedure di evidenza pubblica.

2. Nel merito, reputa il Collegio che il contenuto, già richiamato, dell'ordinanza commissariale n. 56/2007 (cfr., in particolare, il par. 3 del dispositivo) e il testo della convenzione del 9 ottobre 2007 (art. 14) depongano inequivocabilmente per l'esistenza di un impegno, da parte dell'amministrazione capitolina, di affidare in via diretta alla XXX l'impianto sportivo previsto sulla copertura del parcheggio di

via Como, sia pure subordinatamente all'approvazione del progetto da parte della Giunta.

Anche la modifica della convenzione avvenuta nel 2009 risulta coerente con tale interpretazione in quanto la revoca degli oneri di manutenzione delle opere di superficie del parcheggio può spiegarsi soltanto con il fatto che, su tale area, avrebbe dovuto essere realizzato l'impianto sportivo.

Il collegamento tra la concessione del parcheggio e l'affidamento dell'impianto sportivo – nell'ordinanza, nella convenzione e nei successivi atti modificativi – appare del tutto chiaro e quindi tale da fondare, unitamente al comportamento di Roma Capitale (che, ancora nel 2012, richiedeva alla XXX la sottoscrizione di un atto d'obbligo propedeutico alla concessione), l'affidamento della società nella stipulazione del contratto relativo alla costruzione e gestione dell'impianto sportivo.

Come già detto, non vale ad escludere la rilevanza di siffatto affidamento la circostanza che – secondo quanto successivamente valutato da Roma Capitale - la realizzazione dell'impianto sportivo in deroga alle regole dell'evidenza pubblica

non rientrasse nel fuoco dei poteri emergenziali attribuiti al commissario delegato all'emergenza traffico.

Non risulta infatti che l'amministrazione abbia mai sollecitato l'adozione di forme di autotutela da parte del commissario né che a tanto abbia provveduto autonomamente una volta venuta meno la situazione di emergenza.

Va peraltro rimarcato che anche un eventuale annullamento in autotutela, in parte qua, del provvedimento di affidamento non potrebbe elidere né attenuare le conseguenze del comportamento illecito dell'amministrazione.

Secondo costante giurisprudenza (cfr. Cass. SS.UU. 12 maggio 2008, n. 11656, richiamata da Cons. St., sez. VI, sentenza n. 633 del 1° febbraio 2013; da ultimo, Cons. St., sez. V<sup>^</sup>, 2 maggio 2017, n. 1979) la responsabilità precontrattuale è una

responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide sul diritto di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali e, pertanto, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.

In sostanza, anche i soggetti pubblici, sia nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia nell'ambito di procedure di gara, sono tenuti ad improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza scolpito nell'art. 1337 c.c., omettendo di determinare nella controparte privata affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati.

Tale canone si specifica in una serie di regole di condotta, tra le quali l'obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale esistenza di cause ostative rispetto a detto esito (TAR Lazio, sez. II<sup>^</sup>, sentenza n. 488 del 19.1.2011; cfr. anche, Cons. St., A.P., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. S.U. 12 maggio 2008, n. 11656).

In sostanza, perché possa ravvisarsi una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. in capo all'amministrazione, è necessario che questa abbia creato nella controparte un legittimo affidamento in ordine alla positiva conclusione del procedimento, situazione che può configurarsi anche in caso di procedura illegittima (TAR Trento, 15.11.2016, n. 3888 e Cons. St., V, 5.5.2016, n. 1797) sempre che l'amministrazione, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela, non abbia ritirato immediatamente i propri provvedimenti, prolungando inutilmente lo svolgimento del procedimento.

In ordine all'elemento soggettivo della colpa, secondo la tesi prevalente nella più recente giurisprudenza (da ultimo Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188), la responsabilità precontrattuale integra una ipotesi di responsabilità c.d. contrattuale

da inadempimento di un'obbligazione di protezione (di lealtà e correttezza) che nasce, ex lege, in conseguenza del contatto sociale che si instaura tra le parti nel corso della trattativa precontrattuale.

Trattandosi di responsabilità di matrice contrattuale, l'onere della prova trova la sua disciplina nell'art. 1218 c.c. e non nell'art. 2043 c.c..

Non è, quindi, il danneggiato a dovere fornire la prova della colpa del danneggiante, ma è quest'ultimo, debitore di un'obbligazione ex lege, a dover fornire la prova liberatoria indicata dall'art. 1218 c.c.

L'art. 1218 c.c., peraltro, prevede una prova liberatoria che non si esaurisce nella prova dell'assenza di colpa. La norma codicistica richiede infatti al debitore uno sforzo probatorio maggiore, dovendo questi dimostrare che l'inadempimento è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da una causa (che lo stesso debitore ha l'onere di individuare, subendo il rischio della c.d. causa ignota) derivante da un fatto a lui non imputabile.

Nel caso di specie, va in particolare rimarcato che, mentre fino al 2012 l'amministrazione sembrava ancora intenzionata a realizzare il programma negoziale stabilito nel 2007 - al punto da richiedere la sottoscrizione di un atto d'obbligo, propedeutico alla concessione dell'impianto sportivo - il diverso e contrario avviso relativo alla necessità di una procedura di evidenza pubblica è stato esternato solo nel 2014 e, come già detto, non è stato nemmeno formalizzato attraverso la modifica della convenzione e/o l'adozione di atti incompatibili con la volontà di procedere ad un affidamento diretto (quali, ad esempio, quelli relativi all'indizione di una gara ad evidenza pubblica).

Deve, in definitiva, rilevarsi la sussistenza di una fattispecie di responsabilità precontrattuale ascrivibile all'amministrazione capitolina poiché la XXX è stata indotta per più di cinque anni (ovvero dalla data di ultimazione del parcheggio e almeno fino al 2014), a confidare nella conclusione positiva del procedimento.

Va soggiunto che nemmeno può ipotizzarsi una sorta di concorso colposo dell'impresa ricorrente per avere partecipato ad una procedura di cui doveva conoscere l'illegittimità, alla stregua di quanto previsto dall'art. 1338 c.c., secondo cui «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

L'amministrazione capitolina ha infatti esternato i propri dubbi sulla legittimità dell'affidamento diretto dell'impianto sportivo solo nel 2014 a fronte di una l'ordinanza commissariale che, nel richiamare la "complementarità" sussistente tra i lavori di costruzione dell'impianto sportivo e la concessione riguardante il parcheggio, recava, a tale riguardo, una motivazione non del tutto implausibile,

3. In caso di responsabilità precontrattuale, il danno risarcibile è commisurato non all'interesse positivo (ovvero alle utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto) ma al c.d. interesse negativo, da intendersi come interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, o, comunque, a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a trattative destinate a rivelarsi inutili a causa del comportamento scorretto della controparte.

In tale prospettiva, non possono essere risarcite le voci di danno che fanno riferimento all'interesse positivo in quanto esse attengono, appunto, alle utilità e ai vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto.

L'interesse negativo include poi sia il danno emergente (per le spese sostenute ai fini della partecipazione alla gara e/o in previsione della stipulazione del contratto), sia il lucro cessante, dovuto alla perdita di ulteriori occasioni contrattuali, sfumate a causa dell'impegno derivante dall'aggiudicazione, non sfociata nella stipulazione, o, comunque in ragione dell'affidamento nella positiva conclusione del procedimento (cfr. Cons. St., sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 6406 del 29.12.2014).

Nel caso di specie, dalle voci di danno allegate dalla ricorrente, devono essere espunte quelle relative al reddito che la XXX avrebbe potuto conseguire attraverso la gestione dell'impianto sportivo in quanto attengono all'interesse c.d. positivo, nonché le spese relative alla realizzazione del museo ipogeo che la società ha dovuto necessariamente affrontare per ottenere, secondo le indicazioni date dalla Soprintendenza archeologica capitolina, l'approvazione della variante e la modifica della convenzione di concessione del parcheggio.

Relativamente al danno emergente, non vi è poi alcuna prova del fatto che la mancata vendita di circa 76 box auto sia conseguenza immediata e diretta della mancata realizzazione dell'impianto sportivo e delle infiltrazioni medio tempore verificatesi, ovvero del "vulnus" che le vicende sopra descritte avrebbero procurato all'immagine della società.

A tale riguardo, va altresì evidenziato che il ritardo nell'avvio delle operazioni di collaudo del parcheggio appare addebitabile alla stessa XXX la quale ha consegnato all'amministrazione la necessaria certificazione tecnico – contabile soltanto nell'aprile 2017.

Per la stessa ragione, non possono essere computate quali voci di danno le spese relative al rinnovo delle polizze fideiussorie per il versamento degli oneri concessori e la corretta esecuzione dei lavori, in quanto il loro svincolo non avrebbe potuto avvenire prima della definizione dei rapporti di dare e avere e dell'effettuazione del collaudo.

Deve invece essere riconosciuto il danno emergente costituito dalla spesa sostenute da XXX esclusivamente ai fini dell'affidamento dell'impianto sportivo e, comunque, per la manutenzione e custodia dell'area ad esso destinata che, allo stato, Roma Capitale non ha ancora ripreso in consegna.

Si tratta, in particolare delle seguenti voci:

- progettazione dell'impianto e realizzazione anticipata delle opere inscindibilmente connesse al parcheggio;
- opere di manutenzione delle aree esterne e dei manufatti già realizzati;
- messa in sicurezza della popolazione arborea e rimozione di alberature;
  
- servizio di guardiania.

Al riguardo, il Collegio reputa opportuno, in applicazione dell'art. 34, comma 4, del c.p.a., affidare alla stessa amministrazione capitolina il compito di quantificare la somma dovuta, commisurandola da un lato, alle opere risultanti dal verbale "ricognitivo" del 17.4.2014, non contestato dalla ricorrente, e, dall'altro, ai certificati di pagamento, alle fatture già pagate e ai "preavvisi" di fattura esibiti in giudizio da XXX, non contestati dall'amministrazione.

Tali documenti costituiscono infatti indizi gravi, precisi e concordanti, idonei a fondare una presunzione semplice che consente di ritenere provato il danno allegato (cfr., da ultimo, Cons. St., sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 1979 del 2.5.2017).

Come già accennato, l'amministrazione non ha puntualmente contestato la congruità delle fatture esibite (ovvero dei preavvisi di fattura), ma si è limitata a stigmatizzare il fatto che la società XXX non sia stata autorizzata ad avvalersi della società MAC.

Va tuttavia osservato che la presente controversia non concerne l'inadempimento di obblighi connessi ad una concessione di lavori (mai stipulata) bensì il risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente per avere inutilmente confidato nell'affidamento di tale concessione.

La difesa capitolina non è stata peraltro in grado di dedurre quale obbligo convenzionale ovvero legale sarebbe stato violato da XXX, la quale, come già detto, relativamente all'impianto sportivo, non ha mai formalmente assunto il ruolo di concessionario.

Ai fini della quantificazione delle poste risarcitorie non rilevano quindi le modalità con cui la ricorrente abbia appaltato i lavori, poiché, in ogni caso, essa ha dovuto

affrontare un esborso che, se l'amministrazione si fosse comportata correttamente, non avrebbe sostenuto o che avrebbe potuto remunerare con i proventi derivanti dalla gestione dell'impianto sportivo.

Dall'importo così determinato, dovrà poi essere detratto quello relativo agli oneri concessori di cui XXX è tuttora debitrice, pari ad euro 1.803.195, 19.

Sulla somma residua – che ha natura risarcitoria e costituisce un debito di valore – vanno aggiunti gli importi della rivalutazione e gli interessi legali sulla somma rivalutata.

La rivalutazione dovrà essere computata a partire dal concretizzarsi del comportamento omissivo dell'amministrazione e quindi dalla chiusura della Conferenza di servizi convocata per l'esame del progetto dell'impianto sportivo, avvenuta, con esito positivo, il 30.9.2011.

Le somme così quantificate dovranno essere liquidate dall'amministrazione capitolina nel termine di centoventi giorni dalla comunicazione e/o notificazione, della presente sentenza.

4. Appare infine equo, in ragione dell'accoglimento solo parziale della domanda di risarcimento del danno, compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II<sup>^</sup>, definitivamente pronunciando sul ricorso, di cui in premessa, accoglie in parte la domanda di risarcimento del danno, da liquidarsi secondo i tempi ed i criteri

indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

XXX XXX

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**