

Fattispecie di responsabilità civile precontrattuale della Stazione Appaltante:

l'esigenza di salvaguardare i livelli occupazionali in essere (se pure condivisibile in via di principio), avrebbe dovuto essere inclusa in un'apposita prescrizione della lex specialis, sulla cui base le imprese partecipanti avrebbero potuto correttamente ed in modo consapevole impostare le proprie offerte: se pure la scelta dell'Ente appellato di concordare con le OO.SS. la salvaguardia di determinati livelli occupazionali può rispondere a finalità in astratto condivisibili, per le modalità concrete con cui è stata adottata, essa ha determinato un'evidente violazione del principio della bona fides in contrahendo, con ogni conseguenza anche sotto il profilo risarcitorio.(limitatamente al rimborso dalle spese inutilmente sopportate e al ristoro della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi)

è certamente illegittima la scelta dell'Ente di assumere ex post impegni dalle inevitabili ricadute economiche, le quali si sarebbero riverberate su soggetti che avevano presentato le proprie offerte sconoscendo in assoluta buona fede il contenuto dei medesimi impegni? è possibile annoverare fra le fattispecie di responsabilità civile precontrattuale il danno per cui la ricorrente richiede il ristoro in quanto cagionato dall'illegittima determinazione della Stazione Appaltante di revocare l'aggiudicazione a suo tempo correttamente disposta in suo favore, in tal modo rendendo impossibile il sorgere dello stesso vincolo contrattuale? Quali sono le limitazioni che il Consiglio di Stato ritiene di dover applicare al danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte della pubblica Amministrazione a seguito della mancata stipula dal contratto?

Né può essere condivisa la deduzione della Difesa erariale, secondo cui correttamente “il protocollo di intesa sottoscritto dall'ESAF il 28 dicembre 2001 con le organizzazioni sindacali vincolava le imprese aggiudicatrici ‘dei nuovi appalti’, vale a dire di quelli successivi al 28 dicembre 2001 ” (pag. 4 della memoria in data 16 dicembre 2003). ***Al riguardo, è sufficiente osservare che l'Ente appellato non avrebbe potuto in alcun modo alterare con proprie determinazioni successive alla pubblicazione del bando di gara (se pure, anteriori alla stipula dei conseguenti contratti) gli equilibri e gli assetti disciplinari ed economici che esso stesso aveva liberamente determinato e sulla cui base le imprese partecipanti avevano correttamente fondato le proprie offerte e le relative valutazioni di convenienza.*** RESPONSABILITA' CIVILE PRECONTRATTUALE: Ed infatti, non sussiste alcuna ragione sistematica onde escludere che in ipotesi quale quella all'origine dei fatti di causa possa individuarsi un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione, atteso che – per un verso – le trattative fra le parti sono state interrotte al mero stadio dell'aggiudicazione provvisoria (fase in cui, anche nel sistema anteriore all'entrata in vigore del c.d. ‘Codice dei contratti’ era pacifica l'assenza di un vincolo stricto sensu contrattuale) e che – per altro verso – nel corso di tale fase grava sul soggetto pubblico l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, atteso che nel corso delle trattative sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. ***Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, se durante la fase formativa di un negozio giuridico la P.A. viola il dovere di lealtà e correttezza,***

ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.

In tema di responsabilità civile precontrattuale della pa, merita di essere segnalata la decisione numero 6266 del 17 dicembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 31 dicembre 2008 , emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

< Al riguardo, non sfugge al Collegio che la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato relativa alla declinazione in ambito amministrativo dell'istituto in questione abbia avuto essenzialmente origine da ipotesi in cui l'esercizio del jus poenitendi dal parte dell'Amministrazione fosse stato correttamente disposto, così determinando una sorta di scissione funzionale fra la (legittima) determinazione di caducare l'aggiudicazione – ad es., per la carenza della necessaria provvista finanziaria – ed il complessivo tenore del comportamento tenuto dalla medesima Amministrazione nella sua veste di controparte negoziale, il quale non risulterebbe informato alle generali regole di correttezza e buona fede che devono essere osservate dall'Amministrazione anche nella fase precontrattuale (in tal senso: Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6, ma anche: Sez. V, sent. 30 novembre 2007, n. 6137; id., Sez. V, sent. 14 marzo 2007, n. 1248).

Tuttavia, il Collegio ritiene che non emergano ragioni sistematiche onde escludere la configurabilità di una responsabilità di carattere precontrattuale in capo all'Amministrazione in ipotesi (quale quella oggetto della presente controversia) in cui il mancato rispetto dei generali canoni di buona fede e correttezza in contrahendo si sia risolto in un'attività nel suo complesso illegittima, la quale abbia comunque determinato l'impossibilità del sorgere del vincolo contrattuale (arg. ex Cass. Civ., Sez. I, sent. 15 aprile 2008, n. 9906; id., Sez. I, sent. 26 maggio 2006, n. 12629).>

Ma non solo

< Riconducendo i principi in questione alle peculiarità del caso di specie, il Collegio osserva che, effettivamente, la complessiva condotta tenuta dall'Amministrazione all'indomani dell'aggiudicazione provvisoria non sia stata informata al modello di contegno probato, leale ed informato a chiarezza il quale rappresenta un corollario del più generale obbligo di buona fede precontrattuale sancito dal più volte richiamato art. 1337 cod. civ.

Ancora, l'indebito contegno complessivamente tenuto dall'Amministrazione (e concretatosi dapprima nell'illegittima determinazione di revoca dell'aggiudicazione e dipoi nell'impossibilità in concreto di instaurare con l'odierna appellante il vincolo contrattuale cui essa avrebbe avuto legittimamente titolo) presenta tutti i profili richiesti per individuare la sussistenza in concreto di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.>

Ed in particolare, per quanto concerne la singolare fattispecie sottoposta ai Giudizi di Palazzo Spada

< Non altrimenti può valutarsi il contegno dell'Ente appellato il quale, in un momento immediatamente successivo all'atto di aggiudicazione e senza in alcun modo consultarsi al riguardo con l'impresa aggiudicataria, concordava con terzi soggetti un accordo le cui ricadute economiche non avrebbero potuto che riverberarsi sugli equilibri economici del medesimo aggiudicatario.

Ancora, non può valutarsi diversamente il contegno dell'Amministrazione la quale, richiamata dalla parte privata al rispetto degli obblighi rinvenienti dall'originaria configurazione della lex specialis di gara, adottava un illegittimo atto di revoca il quale (anche a causa del

sopraggiungere di particolari vicende storiche e normative) comportava a propria volta per l'odierna appellante la definitiva perdita della possibilità di concludere ed eseguire il contratto di appalto all'origine dei fatti di causa.>

Attenzione però, il Giudice di Palazzo Spada limita l'ammontare del danno da riconoscere in caso di responsabilità civile precontrattuale della pa

< Tanto premesso in ordine alla più corretta configurabilità sistematica del tipo di responsabilità che qui si intende far valere, il Collegio osserva che, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte della pubblica Amministrazione a seguito della mancata stipula dal contratto, debba intendersi limitato:

- a) al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), nonché
- b) al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto (in tal senso, ex plurimis: Cons. Stato, Sez. IV, sent. 6 giugno 2008, n. 2680; id., Sez. V, sent. 14 aprile 2008, n. 1667)>

quale voce quindi non va riconosciuta?

< Al riguardo, si osserva che l'odierna appellante ha appunto incentrato la propria istanza risarcitoria sul mancato utile di impresa ritraibile dal contratto non concluso, richiedendone il ristoro attraverso la tecnica del c.d. 'decimo' (cfr. l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. 'F', art. 245), in quanto "l'illegittima revoca dell'aggiudicazione [avrebbe] chiaramente leso una situazione soggettiva che era ormai entrata a far parte della sfera giuridica della ricorrente" (pag. 8 dell'atto di appello).

Al contrario, la soc. ALFA non ha fornito alcun elemento volto ad individuare e quantificare le spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative in vista del contratto non concluso, né ha fornito alcun elemento di prova relativo ad ulteriori, possibili occasioni di stipulazione di contratti (altrettanto o maggiormente vantaggiosi rispetto a quello non concluso) i quali sarebbero stati impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte, in tal modo determinando l'obbligo di ristoro sotto il profilo del lucro cessante.

Conseguentemente, l'istanza risarcitoria in questione, riqualficata ai sensi di quanto sin qui esposto, non potrebbe comunque trovare accoglimento.>

Giurisprudenza correlata

Sez. V, sent. 30 novembre 2007, n. 6137:

< Quali sono le conseguenze per un Comune se, la costituzione di una società multiservice, a capitale pubblico, soggetta al controllo diretto dell'Amministrazione comunale, ha fatto venir meno le ragioni dell'affidamento, mediante gara ad una Società esterna, di servizi compresi in quelli da gestire dalla costituita società.? Può esserci una responsabilità precontrattuale, ex articolo 1337 cc, in capo al Comune?ha importanza il fatto che la ricorrente avesse solo la veste di aggiudicataria provvisoria?

Il potere di revoca, in sede di autotutela, di un provvedimento di approvazione d'aggiudicazione, con rescissione del relativo contratto d'appalto deve trovare fondamento in ragioni di pubblico interesse: un' idonea e compiuta motivazione deve supportare anche il provvedimento di diniego d'approvazione

definitiva degli atti di gara, intervenuto a conclusione dell'attività della commissione giudicatrice; anche se determinato dall'intervenuta scelta della stessa Amministrazione di un diverso affidamento del servizio pubblico, il rappresentato mutamento della situazione di fatto, intervenuto in corso di svolgimento del procedimento di gara ad evidenza pubblica, rende conforme l'atto al principio di buon andamento ed evidente l'opportunità di non procedere all'aggiudicazione definitiva.

Merita di essere segnalata la particolare fattispecie sottoposta al Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 6 dicembre 2007 nella quale un Comune, dopo aver avviato una procedura ad evidenza pubblica, ne annulla l'aggiudicazione per aver, nel frattempo, espresso la volontà di costituire una Società a capitale pubblico a cui affidare lo stesso servizio

Per il Supremo Giudice Amministrativo:

< L'atto di ritiro è conseguente a sopraggiunte situazioni di fatto e di diritto che hanno mutato il quadro degli interessi (prima ancora che si consolidasse la situazione giuridica soggettiva della parte privata) e che hanno indotto l'Amministrazione ad utilizzare un istituto differente dall'appalto, quale quello della creazione di un nuovo soggetto giuridico privato a capitale pubblico e con finalità pubbliche (l'erogazione di servizi alla collettività).>

e sulla richiesta di risarcimento del danno per presunta responsabilità precontrattuale del Comune?

In generale:

< La reiezione della domanda di annullamento di un provvedimento di revoca degli atti della procedura conclusasi con l'aggiudicazione di una gara d'appalto non esclude che possa sussistere una responsabilità pre-contrattuale in capo all'Amministrazione (Cfr. Cons. St., Ad. Pl., 5 settembre 2005 n.6).

Secondo un indirizzo giurisprudenziale allora non univoco, il preventivo accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, era il necessario presupposto del diritto al risarcimento del danno ed indebita sarebbe stata la "commistione tra i parametri dettati dal legislatore ordinario per la risoluzione dei conflitti intersoggettivi di natura privatistica e quelli volti ad operare il controllo di legalità dell'esercizio della funzione amministrativa"

Con la pronuncia della Adunanza Plenaria sopra richiamata ha assunto ora una non discussa rilevanza giudiziale il principio dell'affidamento che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 Cod. civ., parametri non più esclusivi dell'autonomia privata ma propri anche dell'espletamento dell'attività provvedimentale della pubblica Amministrazione. >

Pur se l'obbligo di correttezza deve essere inteso in senso oggettivo, occorre, comunque, che l'elusione delle aspettative della controparte, seppure non intenzionale, sia colposa e risulti priva di ogni ragione giustificativa..>

Nella particolare fattispecie peraltro:

< Nella specie, ai fini dell'accertamento, rimesso a questo giudice, dell'esistenza di una responsabilità pre-contrattuale, tre sono gli atti salienti da prendere in esame:
- la delibera consiliare 18 dicembre 2003 n. 69 di determinazione di indire la gara ad evidenza pubblica;

-il verbale emesso 5 novembre 2004 con il quale la commissione di gara ha indicato la soc.GOSAP come aggiudicataria (provvisoria);
-la delibera 30 dicembre 2004 n. 41 con la quale l'Amministrazione ha scelto di diversamente affidare il servizio pubblico, per essere mutata la situazione di fatto in corso di svolgimento del procedimento di gara ad evidenza pubblica.>

dunque:

< L'aver avviato in corso di gara uno studio di fattibilità per la costituzione di una società pubblica multiservice non è azione contrastante con il principio espresso dall'art. 1337 c.c. e nel contempo appare non rientrare entro i normali ed ordinari canoni comportamentali richiedere che, in una fase meramente ricognitiva e volta ad acquisire elementi di valutazione, fin da allora l'Amministrazione fosse tenuta ad interrompere il procedimento di gara, prima di determinarsi con l'adozione della delibera 30 dicembre 2004 n.41.

Secondo le conclusioni rese dal giudice di prime cure, non può muoversi all'Amministrazione comunale alcun addebito in ordine alla mancanza di vigilanza e coordinamento sulla permanente convenienza degli impegni assunti ed in ordine al comportamento tenuto nelle relazioni intercorse con la ricorrente in una fase prenegoziale.

L'esercizio del potere di autotutela è stato tempestivo e, d'altro canto, la ricorrente aveva la veste di aggiudicataria provvisoria.>

Di conseguenza:

< Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello indicato in epigrafe, respinge il ricorso in appello, ivi compresa la domanda di risarcimento per responsabilità precontrattuale.>>

Le ultime sentenze

Secondo un costante ed univoco insegnamento giurisprudenziale, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, il pregiudizio risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale si intende limitato al rimborso delle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), ed al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto

Come noto, i più recenti orientamenti giurisprudenziali hanno ammesso la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A. in tutti i casi in cui l'Amministrazione, nel corso delle trattative con il privato, non abbia rispettato i principi della buona fede e della correttezza e hanno affermato che spetta al giudice di merito accertare se il comportamento dell'Amministrazione abbia ingenerato nei privati un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto.

Al riguardo, l'art. 1337 c.c. stabilisce che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. La giurisprudenza ha, anche di recente, ritenuto che la responsabilità precontrattuale presuppone che: <a. tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella conclusione del contratto; b. che una delle parti le abbia interrotte così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione finale del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli; c. che il comportamento della parte inadempiente sia stato determinato, se non da malafede, almeno da colpa, e non sia quindi assistito da un giusto motivo>. **Pertanto, il riconoscimento di tale forma di responsabilità richiede l'atteggiarsi di una attività rivolta alla preparazione della positiva conclusione del contratto, nonché la dimostrazione del requisito psicologico, ossia del dolo o della colpa dell'Amministrazione, quale apparato burocratico cui incombeva la responsabilità delle trattative e della loro necessaria conclusione.**

In tema di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale della pa, merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 11343 del 12 dicembre 2008, emessa dal Tar Lazio, Roma

< Per quanto riguarda l'onere della prova, per il danno emergente si ritiene sufficiente che siano documentate le spese sostenute; per il lucro cessante, invece, il privato deve dimostrare anche il mancato accrescimento della sua sfera patrimoniale nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento amministrativo riconosciuto illegittimo non fosse stato adottato o eseguito (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 2/2003).

Dunque – premesso che la domanda risarcitoria può riguardare soltanto l'interesse negativo (spese sostenute e favorevoli occasioni contrattuali perdute) - ALFA ha quantificato i danni subiti da ultimo sia nella nota inviata a Laziodisu in data 8.2.2008 che mediante il deposito di memoria in data 11.10.2008.

In proposito, alla pagina 6 della memoria ha precisato che:

- a). <nell'anno di riferimento dell'appalto per cui è causa avrebbe potuto introitare l'importo di € 180.000,00; calcolando un margine di guadagno di circa il 10% il mancato convenzionamento avrebbe determinato un mancato guadagno di almeno 18.000,00>;
- b). inoltre <a causa dell'improvviso venir meno del convenzionamento ha subito una perdita per spese correnti di circa € 40.000,00; il danno in termini di mancato guadagno e di spese correnti si è aggirato su € 60.000,00>;
- c). <a queste voci vanno aggiunti il danno all'immagine ed il danno all'avviamento commerciale>.

In conclusione ha insistito per la richiesta di risarcimento dei danni nella misura di € 150.000,00 più le spese del giudizio.

Ad avviso del Collegio la pretesa risarcitoria può essere accolta solo parzialmente non potendosi dare luogo al riconoscimento di un risarcimento nella misura richiesta senza che sia stata fornita prova alcuna di ulteriori danni non meglio specificati.

Sub a). Deve ritenersi senz'altro risarcibile la prima voce di danno.

Per ciò che concerne la perdita di altre occasioni favorevoli da parte dell'impresa, l'ammontare del risarcimento può essere determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio nella misura del 10%.

Tale danno, che non può essere provato nel suo preciso ammontare, va determinato in via equitativa nel 10% del corrispettivo contenuto nell'offerta con riferimento al criterio offerto dagli articoli 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F sui lavori pubblici, che fissa nella decima parte del valore le opere non eseguite il corrispettivo a carico dell'amministrazione per il recesso anticipato dal contratto, e 37-setpimes della legge 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'articolo 11 della legge 18 novembre 1998 n. 415, che fissa nella stessa misura "l'indennizzo a titolo di risarcimento per mancato guadagno" nel caso di risoluzione del rapporto di concessione di opera pubblica per inadempimento del concedente.

applicabile, ivi comprese quelle attinenti al risarcimento del danno, ove spettante.

Sussiste la fattispecie di responsabilità civile precontrattuale, per la violazione degli articoli 1337 e 1338 del Codice civile, nel caso in cui una Stazione Appaltante giustifichi la determinazione di non procedere alla realizzazione del nuovo complesso facendo presente che le esigenze sono nel frattempo mutate, in vista di far fronte alle proprie necessità mediante il recupero di manufatti preesistenti?

come sottolineato dalla Adunanza plenaria di questo Consiglio (decisione n. 6 del 5 settembre 2005) con specifico riferimento alla materia ora in trattazione, la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto può assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte interessata; ma nel caso in esame tale affidamento non poteva ritenersi concretamente formato, atteso che la ditta ricorrente non aveva mai conseguito l'aggiudicazione e non aveva mai assunto, quindi, la veste specifica di contraente; b) in secondo luogo, non sembra qualificabile come negligente ed illegittimo il comportamento dell'Amministrazione la quale, dopo aver impugnato, sia in sede d'appello che in sede di revocazione, la sentenza del T.A.R. di annullamento della graduatoria della gara, aveva riconsiderato le esigenze poste a base dell'appalto pervenendo, infine, alla conclusione che risultava preferibile la soluzione di provvedere alle proprie necessità non mediante la costruzione di nuovi locali, ma piuttosto attraverso recupero di manufatti già esistenti. A parte, infatti, che l'Amministrazione non può essere censurata né per essersi avvalsa degli strumenti giuridici di difesa apprestati dall'ordinamento (per cui appare fuori luogo quanto stigmatizzato nella sentenza appellata circa la “resistenza giurisdizionale protratta fino ad ogni possibile limite consentito”), né per aver privilegiato una soluzione ispirata ad apprezzabili ragioni di maggiore convenienza economica e funzionale; deve, poi, in ogni caso aggiungersi che nello stesso bando di gara l'Amministrazione non si era affatto impegnata a dare necessariamente corso all'affidamento dell'appalto **risultando, quindi, priva dei vizi dedotti dalla parte interessata l'impugnata determinazione di non affidare l'incarico di progettazione, deve coerentemente escludersi un nesso di causalità tra la determinazione stessa ed il danno “ingiusto” asseritamente subito dalla ditta ricorrente, così come la sussistenza del dolo o della colpa dell'Amministrazione per le scelte legittimamente e correttamente compiute**

merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 5633 del 14 novembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< Ad avviso del Collegio sono invece fondate le censure rivolte avverso le statuizioni del primo giudice - il quale ha condannato l'Amministrazione al risarcimento del danno per la violazione degli articoli 1337 e 1338 del Codice civile - dovendosi condividere le argomentazioni prospettate dall'appellante con particolare riferimento ai seguenti punti:

a) in primo luogo, come sottolineato dalla Adunanza plenaria di questo Consiglio (decisione n. 6 del 5 settembre 2005) con specifico riferimento alla materia ora in trattazione, la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto può assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte interessata; ma nel caso in esame tale affidamento non poteva ritenersi concretamente formato, atteso che la ditta ricorrente non aveva mai conseguito l'aggiudicazione e non aveva mai assunto, quindi, la veste specifica di contraente;

b) in secondo luogo, non sembra qualificabile come negligente ed illegittimo il comportamento dell'Amministrazione la quale, dopo aver impugnato, sia in sede d'appello che in sede di revocazione, la sentenza del T.A.R. di annullamento della graduatoria della gara, aveva riconsiderato le esigenze poste a

<Di conseguenza il ricorso medesimo è fondato e va accolto. Tuttavia, tale accoglimento, quanto alla domanda di annullamento, va rapportato all'interesse della parte ricorrente e all'utilità che può ad essa derivarne, poiché la stessa insta, principalmente, al fine di ottenere il risarcimento del danno per equivalente, in considerazione dei costi affrontati per partecipare ad una gara che, poi, non si è più conclusa per fatto dell'amministrazione. Ritiene, dunque, il Collegio che l'annullamento consequenziale rispetto al riconoscimento di fondatezza delle censure vada pronunciato limitatamente all'interesse della ricorrente medesima, laddove la P.A. resistente –stante che nessun altra delle partecipanti ha inteso contrastare giudizialmente l'arresto della gara a seguito della revoca qui impugnata- potrà, se del caso, indire o proseguire la gara che essa si propone di svolgere in conformità ai suoi mutati intendimenti e alle verificate esigenze secondo il modello organizzativo meditatamente prescelto (eventualmente sulla base dello studio di fattibilità approvato con le delibere n. 749 del 30.08.2007 e n. 747 del 25.09.2007), ma con serietà di intenti e senza riserve di ripensamento, rivelatrici della scarsa convinzione di volere effettivamente svolgere una procedura a evidenza pubblica e quindi di impegnarsi contrattualmente con il vincitore.

Va, pertanto, accolta la domanda di risarcimento per equivalente formulata dalla ricorrente, alla quale spetta –a titolo di responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., per il quale sussiste l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative contrattuali (e, per quanto riguarda gli organi della P.A., nel corso delle procedure a evidenza pubblica dirette a sfociare nella stipulazione di un contratto di appalto o concessione)- il ristoro delle spese sostenute per partecipare alla gara. Tale forma di responsabilità, invero, è stata da epoca relativamente recente ritenuta applicabile anche alla P.A., con particolare riguardo al comportamento da essa tenuto in merito all'affidamento ingenerato dall'indizione di una gara poi per sua volontà non è più proseguita ed anzi (come nel caso di specie) revocata >

Ma vi è di più

<Quanto alla quantificazione del risarcimento medesimo, la ricorrente ha prodotto un'articolata richiesta con la memoria difensiva datata 29.11.2007 (pag. 10 – 12). Le singole voci (come il totale preteso) non sono state puntualmente contestate ex adverso; tuttavia, va in primo luogo espunta, tra le voci ivi figuranti, la pretesa formulata per il risarcimento del danno subito a titolo di perdita chance, poiché lo stesso potrebbe riconoscersi solo in presenza di una ragionevole probabilità di aggiudicarsi la gara, cosa che qui non è dimostrata, ed anzi nemmeno affermata. Né, d'altra parte la ricorrente afferma di avere perso opportunità di lavoro o di affari, come, ad es., contratti non stipulati, commesse non assunte, affari non conclusi, ecc., a seguito della inutile partecipazione alla gara poi revocata.

Anche le altre voci appaiono non strettamente dipendenti dal comportamento della P.A. resistente (come, ad es., le spese sopportate per “consulenza per progettazione di un fabbricato destinato a magazzino economale e sanitario...”, indicata in € 162.000,00, dovuto piuttosto ad iniziative della ricorrente medesima, e che pertanto va congruamente ridotta).

Ai fini della quantificazione del risarcimento in discorso, l'ASL 16 (congiuntamente con l'azienda ospedaliera di Padova) formulerà –ai sensi dell'art. 35.2 del D. Lgs. n. 80/98, nel testo confermato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205- un'offerta, avendo riguardo alle singole voci dell'articolata richiesta, tranne quella relativa al danno da perdita di chance, e sensibilmente riducendo quella poco addietro menzionata, relativa alla consulenza per la progettazione del fabbricato. L'amministrazione, a tal fine, seguirà il criterio della redditività del denaro dal tempo della presentazione dell'offerta per la partecipazione alla gara, in base al tasso di rendimento medio dei titoli di Stato (BOT, CCT, ecc.) che avrebbero potuto rappresentare un modo di impiego del denaro medesimo nell'ipotesi che la ricorrente non lo avesse impegnato per partecipare alla gara, tenendo conto del tempo trascorso fino alla data del pagamento. L'offerta dovrà pervenire alla ricorrente entro il termine di quarantacinque giorni dalla data

di comunicazione in via amministrativa –o dalla notificazione a cura di parte, se più tempestiva- della presente sentenza>

A cura di Sonia Lazzini



REPUBBLICA ITALIANA

N.6266/2008

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Reg.Dec.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N. 11202 Reg.Ric.

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 11202 del 2003 proposto:

- dalla soc. *ALFA* s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Matteo Mazzone, Cesare Loria e Domenico Colaci ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, alla Via Antonelli, n. 45;

c o n t r o

- l'*Ente Sardo Acquedotti e Fognature*, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, n. 734/03 dell'11 giugno 2003, resa *inter partes*.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Sardo Acquedotti e Fognature;

Viste le memorie difensive delle parti costituite;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 7 Novembre 2008, relatore il Consigliere Claudio Contessa ed udito, altresì l'avv. dello Stato Soldani;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La soc. *ALFA* s.r.l. riferisce di aver partecipato alla gara d'appalto indetta dall'Ente Sardo Acquedotti e Fognature (d'ora in poi: *l'ESAF*) relativa ai servizi di conduzione e manutenzione degli impianti di trattamento delle acque nella zona operativa *'La Nurra Bidigibinzu'*.

Riferisce, altresì, che con nota in data 28 dicembre 2001, *l'ESAF* ebbe a comunicare l'avvenuta aggiudicazione provvisoria in proprio favore.

Nell'ambito della nota in questione, l'Ente appellato comunicava (*inter alia*) che *“il passaggio del personale attualmente addetto alla gestione degli impianti ricadenti nelle diverse zone operative dovrà avvenire secondo le procedure definite dai CCNL vigenti ed alle specifiche norme richiamate nel capitolato d'oneri”*.

La nota in questione faceva riferimento ad un protocollo di intesa intercorso fra *l'ESAF* e le OO.SS. lo stesso 28 dicembre 2001 con il quale l'Ente appellato, in relazione alle gare d'appalto recentemente svoltesi in relazione ai propri impianti, riferiva di *“aver ricompreso il volume delle attività in atto anche nei nuovi capitolati d'appalto”*, impegnandosi al contempo a *“garantire il mantenimento dell'attuale livello occupativo, vincolando le imprese aggiudicatarie dei nuovi appalti al passaggio diretto di tutto il personale in servizio negli appalti in essere al 31.12.2001, anche attraverso la mobilità del personale rispetto alle norme contrattuali”*.

Con nota in data 29 dicembre 2001, la soc. *ALFA* obiettava di non essere in grado di eseguire l'appalto in questione in modo economicamente conveniente, laddove fosse stata astretta agli obblighi contenuti nel richiamato protocollo di intesa (per altro, intercorso fra diversi soggetti, non conosciuto all'atto della presentazione dell'offerta e comunque successivo all'atto di aggiudicazione).

Contestualmente, l'odierna appellante riferiva che il rispetto del richiamato accordo avrebbe compromesso gli equilibri insiti nell'analisi dei costi sulla cui base era stata stilata la propria offerta

(offerta che, fra l'altro, prevedeva anche la riduzione del numero di unità lavorative da adibire alla gestione dell'appalto di che trattasi).

La soc. *ALFA*, comunque, confermava la propria volontà di eseguire l'appalto in questione, nel rispetto degli impegni assunti in sede di gara.

Seguiva una fase in contraddittorio con l'Ente il quale infine, con il provvedimento in data 29 gennaio 2002 (fatto oggetto di impugnativa in primo grado), determinava la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto di cui sopra per non avere l'odierna appellante preso in consegna gli impianti ed avviato il servizio, disponendo al contempo l'affidamento dell'appalto in questione a trattativa privata in favore di altra impresa.

La determinazione in questione (così come l'affidamento del servizio ad altro soggetto) venivano impugnati dalla soc. *ALFA* innanzi al T.A.R. per la Sardegna il quale, con la sentenza oggetto dell'odierno gravame, accoglieva in parte il ricorso.

In particolare, dopo aver disatteso alcune eccezioni preliminari in punto di rito sollevate dalla Difesa dell'Ente, il primo Giudice riteneva fondato il motivo di doglianza fondato sulla violazione, nel caso di specie, del bando di gara e del capitolato speciale.

Ciò in quanto l'imposizione relativa alla salvaguardia dei pregressi livelli occupazionali era stata disposta solo in data successiva a quella dell'aggiudicazione, mentre – per poter essere correttamente disposta – avrebbe dovuto formare oggetto di specifiche previsioni in sede di bando di gara.

Secondo il primo Giudice, infatti, *“ove l'Ente avesse voluto farsi carico delle aspettative dei lavoratori della precedente gestione, avrebbe dovuto prevedere nel disciplinare di gara l'applicazione [degli impegni assunti con le OO.SS., i quali facevano espresso rinvio alla contrattazione collettiva]”*.

Con il proprio comportamento, in definitiva, l'Ente convenuto aveva determinato un'illegittima alterazione *ex post* degli equilibri economici sui quali l'impresa aveva correttamente impostato le propria offerta.

Per quanto concerne, invece, l'istanza risarcitoria, il T.A.R. riteneva che essa non fosse accoglibile.

In particolare, il primo Giudice osservava che *“l'accoglimento del ricorso in esame, con l'annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e dell'atto di affidamento del servizio alla controinteressata, non potrà che condurre all'aggiudicazione definitiva ed alla successiva stipula del contratto con la ricorrente, purché, ovviamente, la stessa dimostri il possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione, attraverso la presentazione della documentazione di cui al citato punto 16 del disciplinare.*

Ciò conduce alla reiezione della domanda di risarcimento danni proposta dalla ALFA, atteso che l'accoglimento del ricorso è idoneo a farle conseguire il risultato avuto di mira con la partecipazione alla gara di appalto. Questo infatti attiene alla prestazione di un servizio per un determinato arco di tempo, che può essere svolto anche in un periodo successivo, previo adeguamento agli indici Istat dell'importo di aggiudicazione.

Per cui, ben può ammettersi che il servizio non svolto, a causa dell'illegittimo atto di revoca dell'aggiudicazione, possa essere prestato nel periodo successivo alla pronuncia di questo giudice.

Pertanto la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica della pronuncia di annullamento, rende impraticabile la possibilità di ottenere il risarcimento per equivalente, la cui domanda deve, quindi, essere respinta”.

La sentenza in parola veniva gravata in appello dalla soc. *ALFA* s.r.l., la quale ne chiedeva la riforma per la parte in cui era stata respinta l'istanza risarcitoria per equivalente pecuniario.

Al riguardo, l'appellante articolava un unico, complesso motivo di doglianza (*Erroneità della sentenza appellata – Diritto al risarcimento danni per equivalente*).

Si costituiva in giudizio l'Ente appellato, il quale concludeva nel senso dell'integrale reiezione del gravame.

L'Ente proponeva a propria volta appello incidentale, chiedendo che la sentenza in parola venisse riformata per la parte in cui aveva respinto le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate in via preliminare.

All'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2008 le Parti costituite rassegnavano le proprie conclusioni ed il ricorso veniva trattenuto in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Giunge alla decisione del Collegio l'appello proposto dalla soc. *ALFA* s.r.l. avverso la sentenza del T.A.R. Sardegna con cui è stato accolto solo in parte il ricorso avverso gli atti con cui l'*Ente Sardo Acquedotti e Fognature* (d'ora innanzi: '*ESAF*') ha revocato l'aggiudicazione a suo tempo disposta in proprio favore di una gara per la gestione di impianti di trattamento delle acque.

In particolare, l'appellante censura la sentenza in epigrafe per la parte in cui ha respinto l'istanza di risarcimento per equivalente pecuniario sull'assorbente rilievo per cui l'annullamento dell'illegittimo provvedimento di revoca non avrebbe potuto che determinare l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della soc. *ALFA*, con la conseguenza per cui l'accoglimento del ricorso sarebbe stato idoneo a far conseguire alla medesima società il risultato avuto di mira con la partecipazione alla gara d'appalto.

2. In primo luogo, il Collegio ritiene di esaminare i motivi articolati dall'Ente nell'ambito dell'appello incidentale.

Viene innanzitutto in rilievo il motivo di doglianza con cui si chiede la riforma della sentenza gravata per la parte in cui il T.A.R. non ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso in primo grado.

Con l'eccezione in questione (qui riproposta nell'ambito del ricorso incidentale), l'*ESAF* chiede dichiararsi l'inammissibilità del ricorso in primo grado per carenza di interesse, atteso che la soc. *ALFA* era comunque incorsa in un'ipotesi di decadenza dall'aggiudicazione per non aver prodotto alcuni documenti richiesti dal disciplinare di gara entro i termini ivi previsti in modo

tassativo.

L'eccezione non può essere condivisa.

Al riguardo appare dirimente osservare che il motivo di decadenza in questione non era in alcun modo stato articolato nell'ambito del provvedimento impugnato in prime cure, il quale connetteva piuttosto la decadenza alla mancata presa in consegna degli impianti e conseguente avvio del servizio.

In definitiva, si tratta di un motivo di decadenza inammissibilmente articolato per la prima volta in sede processuale, senza che esso fosse mai stato esposto nella corretta *sedes procedimentale*.

Ciò, a tacere del fatto che la mancata trasmissione da parte della soc. *ALFA* dei documenti prodromici alla stipula del contratto era conseguita alla situazione di stallo determinata dalla richiesta avanzata dall'Ente *ex post* (ed illegittimamente) e finalizzata a concludere il contratto di appalto a condizioni più gravose di quelle rinvenienti dagli atti di gara.

3. Nel merito, il Collegio ritiene che l'appello sia infondato e che la sentenza in questione debba essere confermata, sia pure con diversa motivazione.

3.1. Ai limitati fini che qui rilevano, il Collegio osserva che la sentenza in questione risulti corretta per la parte (per altro, non fatta oggetto di gravame) in cui rileva l'illegittimità della determinazione di revoca dell'aggiudicazione, disposta in violazione delle previsioni del bando di gara e del capitolato speciale.

La pronuncia in parola risulta infatti del tutto condivisibile laddove osserva che l'esigenza di salvaguardare i livelli occupazionali in essere (se pure condivisibile in via di principio), avrebbe dovuto essere inclusa in un'apposita prescrizione della *lex specialis*, sulla cui base le imprese partecipanti avrebbero potuto correttamente ed in modo consapevole impostare le proprie offerte.

Al contrario, è certamente illegittima la scelta dell'Ente di assumere *ex post* impegni dalle inevitabili ricadute economiche, le quali si sarebbero riverberate su soggetti che avevano presentato

le proprie offerte sconoscendo in assoluta buona fede il contenuto dei medesimi impegni.

Né può essere condivisa la deduzione della Difesa erariale, secondo cui correttamente “*il protocollo di intesa sottoscritto dall’ESAF il 28 dicembre 2001 con le organizzazioni sindacali vincolava le imprese aggiudicatarie ‘dei nuovi appalti’, vale a dire di quelli successivi al 28 dicembre 2001*” (pag. 4 della memoria in data 16 dicembre 2003).

Al riguardo, è sufficiente osservare che l’Ente appellato non avrebbe potuto in alcun modo alterare con proprie determinazioni successive alla pubblicazione del bando di gara (se pure, anteriori alla stipula dei conseguenti contratti) gli equilibri e gli assetti disciplinari ed economici che esso stesso aveva liberamente determinato e sulla cui base le imprese partecipanti avevano correttamente fondato le proprie offerte e le relative valutazioni di convenienza.

4. Con l’unico motivo di ricorso, la soc. *ALFA* lamenta l’erroneità della sentenza gravata per la parte in cui ha respinto la domanda risarcitoria per equivalente pecuniario, ritenendo soddisfacente dell’interesse della ricorrente l’annullamento della revoca dell’aggiudicazione il quale (in sede conformativa) non avrebbe potuto che condurre all’aggiudicazione definitiva in suo favore ed all’esecuzione dell’appalto contestato.

Nella tesi dell’appellante, tuttavia, la contestata parte della pronuncia in questione risulterebbe fondata su un erroneo presupposto di fatto.

In particolare, nel respingere la domanda risarcitoria per equivalente pecuniario, il Tribunale avrebbe ommesso di considerare che nel caso di specie la reintegrazione in forma specifica (attraverso il conseguimento di una situazione di vantaggio del tutto identica a quella che si sarebbe conseguita nell’assenza della condotta foriera di danno ingiusto) non era *in tutto o in parte possibile*, in tal modo facendo venir meno il presupposto necessario per il riconoscimento del risarcimento in forma specifica (art. 2058, I co., cod. civ.), preclusivo del riconoscimento di un risarcimento per equivalente.

In particolare, anche laddove l’Amministrazione avesse proceduto, a seguito della sentenza

gravata, ad aggiudicare in via definitiva l'appalto in favore dell'odierna appellante, quest'ultima non avrebbe potuto comunque *ora per allora* dedurre dalla sua esecuzione le medesime *utilitates* che avrebbe potuto conseguire laddove l'appalto le fosse stato legittimamente stato aggiudicato nella situazione di fatto e di diritto esistente nel periodo 2001-2002.

Ciò in quanto, al tempo della presentazione della propria offerta, la soc. *ALFA* avrebbe potuto fruire di un particolare (ed irripetibile) vantaggio economico (lo sgravio contributivo totale per i nuovi assunti, di cui all'art. 44 della l. 28 dicembre 2001, n. 448) il quale le avrebbe consentito di rispettare la struttura dei costi articolata in sede di offerta e di salvaguardare i propri equilibri economici nella gestione dell'appalto.

Tuttavia l'appellante osserva che poiché il vantaggio contributivo in questione non è stato ulteriormente riproposto per gli anni successivi, la conseguenza sarebbe nel senso di destituire di fondamento la pronuncia gravata, per la parte in cui ha ritenuto che il risarcimento in forma specifica (preclusivo del ristoro per equivalente pecuniario) fosse *in tutto o in parte possibile*: tale possibilità, infatti, resterebbe preclusa dal diverso quadro normativo ed economico vigente al momento dell'adozione della sentenza di primo grado rispetto a quanto sussistente al momento dell'espletamento della gara all'origine dei fatti di causa.

Conseguentemente, la soc. *ALFA* chiede che la sentenza in questione venga riformata per la parte relativa alla domanda risarcitoria, con conseguente condanna dell'Ente appellato al ristoro per equivalente della lesione di “*una situazione soggettiva attiva che era ormai entrata a far parte della sfera giuridica della ricorrente*” (pag. 8 dell'atto di appello).

Per quanto concerne la quantificazione del danno patito, l'appellante chiede di procedersi alla sua liquidazione mediante il ricorso alla particolare tecnica di liquidazione di cui al comma 2 dell'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (ovvero direttamente, in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226, cod. civ.), tenendo in particolare conto:

a) dell'ammontare delle spese generali connesse alla partecipazione alla gara di appalto;

b) dell'utile di impresa, da determinare in misura pari al 10 per cento dell'importo contrattuale.

4.1. L'argomento non può trovare accoglimento.

4.2. Al riguardo il Collegio osserva che, anche a prescindere dalla fondatezza dell'argomento relativo alla ristorabilità per equivalente pecuniario del danno asseritamente patito (in assenza delle condizioni per procedere al ristoro in forma specifica *ex art. 2058 cod. civ.*), la domanda risarcitoria risulti nondimeno inammissibile.

A tal fine, appare necessario inquadrare correttamente sotto il profilo sistematico la domanda risarcitoria oggetto del presente giudizio, onde verificare compiutamente la presenza nel caso di specie di tutti i presupposti per la sua corretta proposizione.

In base a quanto esposto in narrativa, il danno per cui la soc. *ALFA* chiede il ristoro è stato cagionato dall'illegittima determinazione dell'ESAF di revocare l'aggiudicazione a suo tempo correttamente disposta in suo favore, in tal modo rendendo impossibile il sorgere dello stesso vincolo contrattuale.

E' quindi evidente che la vicenda in questione debba essere inquadrata nell'ambito della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 cod. civ. (un tipo di responsabilità di cui è pacifica l'ascrizione all'ambito della giurisdizione risarcitoria dell'adito Giudice amministrativo – Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6; ma anche: Cass. Civ., Sez. Un., sent. 12 maggio 2008, n. 11656 -)

Al riguardo, non sfugge al Collegio che la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato relativa alla declinazione in ambito amministrativo dell'istituto in questione abbia avuto essenzialmente origine da ipotesi in cui l'esercizio del *jus poenitendi* dal parte dell'Amministrazione fosse stato correttamente disposto, così determinando una sorta di scissione funzionale fra la (legittima) determinazione di caducare l'aggiudicazione – ad es., per la carenza della necessaria provvista finanziaria – ed il complessivo tenore del comportamento tenuto dalla medesima Amministrazione nella sua veste di controparte negoziale, il quale non risulterebbe

informato alle generali regole di correttezza e buona fede che devono essere osservate dall'Amministrazione anche nella fase precontrattuale (in tal senso: Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6, ma anche: Sez. V, sent. 30 novembre 2007, n. 6137; *id.*, Sez. V, sent. 14 marzo 2007, n. 1248).

Tuttavia, il Collegio ritiene che non emergano ragioni sistematiche onde escludere la configurabilità di una responsabilità di carattere precontrattuale in capo all'Amministrazione in ipotesi (quale quella oggetto della presente controversia) in cui il mancato rispetto dei generali canoni di buona fede e correttezza *in contrahendo* si sia risolto in un'attività nel suo complesso illegittima, la quale abbia *comunque* determinato l'impossibilità del sorgere del vincolo contrattuale (arg. *ex* Cass. Civ., Sez. I, sent. 15 aprile 2008, n. 9906; *id.*, Sez. I, sent. 26 maggio 2006, n. 12629).

Ed infatti, non sussiste alcuna ragione sistematica onde escludere che in ipotesi quale quella all'origine dei fatti di causa possa individuarsi un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione, atteso che – per un verso – le trattative fra le parti sono state interrotte al mero stadio dell'aggiudicazione provvisoria (fase in cui, anche nel sistema anteriore all'entrata in vigore del c.d. 'Codice dei contratti' era pacifica l'assenza di un vincolo *stricto sensu* contrattuale) e che – per altro verso – nel corso di tale fase grava sul soggetto pubblico l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, atteso che nel corso delle trattative sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, se durante la fase formativa di un negozio giuridico la P.A. viola il dovere di lealtà e correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.

Riconducendo i principi in questione alle peculiarità del caso di specie, il Collegio osserva che, effettivamente, la complessiva condotta tenuta dall'Amministrazione all'indomani

dell'aggiudicazione provvisoria non sia stata informata al modello di *contegno probato, leale ed informato a chiarezza* il quale rappresenta un corollario del più generale obbligo di buona fede precontrattuale sancito dal più volte richiamato art. 1337 cod. civ.

Ancora, l'indebito contegno complessivamente tenuto dall'Amministrazione (e concretatosi dapprima nell'illegittima determinazione di revoca dell'aggiudicazione e dipoi nell'impossibilità in concreto di instaurare con l'odierna appellante il vincolo contrattuale cui essa avrebbe avuto legittimamente titolo) presenta tutti i profili richiesti per individuare la sussistenza in concreto di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Ed infatti, se pure la scelta dell'Ente appellato di concordare con le OO.SS. la salvaguardia di determinati livelli occupazionali può rispondere a finalità in astratto condivisibili, per le modalità concrete con cui è stata adottata, essa ha determinato un'evidente violazione del principio della *bona fides in contrahendo*, con ogni conseguenza anche sotto il profilo risarcitorio.

Non altrimenti può valutarsi il contegno dell'Ente appellato il quale, in un momento immediatamente successivo all'atto di aggiudicazione e senza in alcun modo consultarsi al riguardo con l'impresa aggiudicataria, concordava con terzi soggetti un accordo le cui ricadute economiche non avrebbero potuto che riverberarsi sugli equilibri economici del medesimo aggiudicatario.

Ancora, non può valutarsi diversamente il contegno dell'Amministrazione la quale, richiamata dalla parte privata al rispetto degli obblighi rinvenienti dall'originaria configurazione della *lex specialis* di gara, adottava un illegittimo atto di revoca il quale (anche a causa del sopraggiungere di particolari vicende storiche e normative) comportava a propria volta per l'odierna appellante la definitiva perdita della possibilità di concludere ed eseguire il contratto di appalto all'origine dei fatti di causa.

4.3. Tanto premesso in ordine alla più corretta configurabilità sistematica del tipo di responsabilità che qui si intende far valere, il Collegio osserva che, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte

della pubblica Amministrazione a seguito della mancata stipula dal contratto, debba intendersi limitato:

a) al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), nonché

b) al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto (in tal senso, *ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. IV, sent. 6 giugno 2008, n. 2680; *id.*, Sez. V, sent. 14 aprile 2008, n. 1667).

Al riguardo, si osserva che l'odierna appellante ha appunto incentrato la propria istanza risarcitoria sul mancato utile di impresa ritraibile dal contratto non concluso, richiedendone il ristoro attraverso la tecnica del c.d. '*decimo*' (cfr. l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. 'F', art. 245), in quanto "*l'illegittima revoca dell'aggiudicazione [avrebbe] chiaramente leso una situazione soggettiva che era ormai entrata a far parte della sfera giuridica della ricorrente*" (pag. 8 dell'atto di appello).

Al contrario, la soc. *ALFA* non ha fornito alcun elemento volto ad individuare e quantificare le spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative in vista del contratto non concluso, né ha fornito alcun elemento di prova relativo ad ulteriori, possibili occasioni di stipulazione di contratti (altrettanto o maggiormente vantaggiosi rispetto a quello non concluso) i quali sarebbero stati impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte, in tal modo determinando l'obbligo di ristoro sotto il profilo del lucro cessante.

Conseguentemente, l'istanza risarcitoria in questione, riqualificata ai sensi di quanto sin qui esposto, non potrebbe comunque trovare accoglimento.

5. Per le considerazioni che precedono il ricorso in appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi onde disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le

parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 7 novembre 2008 con l'intervento dei

Sigg.ri:

Claudio Varrone	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere
Claudio Contessa	Consigliere, est.

Presidente

Claudio Varrone

Consigliere

Claudio Contessa

Segretario

Stefania Martines

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il....17/12/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria