

Legittimo (anche per il Consiglio di Stato) il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione emesso a carico dell'aggiudicatario per non aver sottoscritto nel termine indicato la bozza di contratto predisposta dall'Amministrazione e non aver presentato la cauzione definitiva con conseguente richiesta di escussione della cauzione provvisoria

mancata prestazione della cauzione definitiva prima della stipula del contratto: può essere accettata la tesi per la quale tale adempimento non avrebbe potuto effettuarsi prima della stipulazione, ma avrebbe dovuto invece seguire l'avvenuto incontro delle volontà, in quanto volto a garantire l'esecuzione delle sole prestazioni contrattuali? in caso di mancata sottoscrizione del contratto, è legittima la richiesta di escussione della cauzione provvisoria?

La tesi non può essere condivisa. Dal punto di vista della *lex specialis*, il ragionamento dell'appellante, secondo cui i primi giudici avrebbero fatto ricorso ad un "espediente ...puramente retorico", è contraddetto dal dato testuale offerto dal punto B1 del Capitolato Generale Amministrativo: "Prima della stipulazione del contratto...la ditta aggiudicatario dovrà costituire la cauzione definitiva...". E, nell'ultimo capoverso: "Qualora il titolare della ditta aggiudicatario...non si presenti per il perfezionamento del contratto ..., la ditta aggiudicatario decadrà dall'appalto o dalla fornitura e perderà la cauzione che sarà incamerata dall'ANM a titolo di penale.". La disposizione sembra sufficientemente eloquente. Dal punto di vista sostanziale, in linea astratta, potrebbe consentirsi che l'aggiudicatario non debba costituire la cauzione definitiva se non quando si è raggiunto l'accordo tra le parti, e quindi nella specie, non essendosi addivenuti all'accordo non sussisteva l'obbligo in questione. Ma l'argomento non è spendibile, perché l'intero atto di appello è volto a dimostrare che la ricorrente, per parte sua, era pronta alla stipula ("in quanto nessuno dei motivi di contrasto rilevati da controparte e dalla sentenza impugnata...può essere interpretato come rivelatore di un atteggiamento della ricorrente dolosamente o colposamente contrario alla stipula ...", atto di appello, pag. 25; si è dimostrato che la ricorrente si è resa pienamente disponibile a stipulare un contratto in parte diverso ..., pag. 31). **Ne consegue che, coerentemente, l'appellante avrebbe dovuto dar corso alla cauzione definitiva, come richiesto dalla disposizione capitolare.**

Merita di essere segnalata la decisione numero 5574 del 10 novembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 17 novembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< L'avvenuto incameramento della cauzione provvisoria da parte dell'A.N.M. è stato contestato anche in appello non essendosi verificata, secondo l'assunto, la rinuncia all'aggiudicazione, prevista nel documento Norme di Gara come unica causa di escussione del garante.

Merita adesione in proposito la motivazione della sentenza secondo cui la mancata presentazione nei giorni stabiliti per la stipulazione della bozza predisposta dalla stazione appaltante integra, in assenza di valide ragioni giustificative, gli estremi di un rifiuto, come tale pienamente legittimante l'incameramento della cauzione provvisoria.>

Ma l'imaginata decisione è importante anche per il seguente insegnamento:

< La sentenza ha accolto in parte la domanda risarcitoria avanzata in via incidentale dall'ANM. E' stato accertato il diritto dell'Amministrazione: a) ai danni connessi alle spese sostenute dall'A.N.M. per l'espletamento della gara, per un ammontare di € 166.716,00, tale essendo la somma risultante dalle voci di cui al punto b) della memoria della A.N.M. del 3.3.2005, ad eccezione delle spese legali sostenute per la difesa in giudizio della procedura, pregiudizio ritenuto non risarcibile;>

b) all'importo liquidato in favore di A.N.M. per la mancata percezione del canone, detratto quanto già percepito dall'A.N.M. a titolo di cauzione provvisoria, pari ad € 103.457,00 circa, restando pertanto da versare da parte della ALFA a titolo risarcitorio la somma di € 295.664,60.

L'appellante ha contestato anche questo capo di sentenza.

Quanto al titolo sub a) la sentenza afferma (pag. 17) che tale importo risulta documentato, e non è stato contestato dalla Wall in primo grado, e quindi, i rilievi della pretesa esorbitanza della somma, svolti in appello, sono inammissibili.

Quanto al titolo sub b), l'appello è fondato.

L'Amministrazione aveva domandato la condanna al ristoro della mancata percezione dell'utile contrattuale riferibile allo stesso periodo, da calcolarsi nella misura del 10% del canone offerto dalla ALFA, pari a 150 milioni di lire o di quello proposto dalla nuova appaltatrice, pari a € 303.300,00, e la sentenza ha accolto la domanda ritenendola riferita ad una lesione dell'interesse contrattuale negativo derivante alla mancata conclusione del contratto imputabile alla condotta assunta dalla ALFA.

L'appellante ha rilevato che la statuizione si pone in contrasto con i principi civilistici in materia di responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), perché si risolve nel riconoscimento di una responsabilità nelle forme conseguenti all'inadempimento di un contratto perfezionato.

La tesi va condivisa.

Secondo il costante insegnamento della Corte di Cassazione la responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall'art. 1337 c.c., a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a carico del danneggiato (art. 2043 e 2059 c.c.). Per la relativa valutazione, in considerazione delle caratteristiche tipiche di tale responsabilità, nel caso di ingiustificato recesso dalla trattativa, occorre coordinare il principio secondo il quale il vincolo negoziale e i diritti che ne derivano sorgono soltanto con la stipula del contratto - sì che non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto - con quello per cui dalla lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce il diritto ad esser risarcito per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto (cosiddetto interesse negativo) (Cassazione civile, sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172>

A cura di Sonia LAzzini

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 5574/08 Reg.Sent.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Anno

**IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**

N. 9140 Reg.Ric.

**Sezione Quinta**

Anno 2005

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 9140 del 2005, proposto da ALFA (Aktiengesellschaft, s.p.a.), rappresentata e difesa dagli avv. ti Rocco Troiano e Giovanni Mangialardi, elettivamente domiciliata presso i medesimi in Roma, via Principessa Clotilde n. 7;

contro

l'Azienda Napoletana Mobilità, s.p.a. (in seguito ANM), rappresentata e difesa dagli avv. ti Fiorenzo Liguori e Marina Terrana, elettivamente domiciliata in Roma, presso l'avv. Pansarella, Via Corsica, n. 6;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, 11 agosto 2005 n. 10703, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata ANM;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 1° luglio 2008 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avv. ti Fantini per delega delega di Troiano e Liguori;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso n. 5250 del 2002 al Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sede di Napoli, la s.p.a. ALFA ha chiesto l'annullamento del provvedimento n. 3032 del 4.10.aprile 2002 con il quale l'Azienda Napoletana Mobilità, in seguito ANM, comunicava la decadenza della ricorrente "dall'aggiudicazione definitiva della gara europea per l'installazione e la gestione di complementi dell'arredo urbano e di utilità per il trasporto pubblico, a fronte dello sfruttamento per la durata di anni 15 di spazi pubblicitari su paline e pensiline sulla

rete ANM” e la volontà di incamerare la cauzione provvisoria (fideiussione n. E/92860) prestata in data 13.4.2001 dalla Intesabci s.p.a. a favore di ANM a garanzia dell’offerta di ALFA;

del provvedimento n. 3517 del 26.4.2002 con il quale ANM richiedeva alla Intesabci s.p.a. “di procedere all’accredito dell’intero importo della cauzione provvisoria” sul proprio conto corrente;

di ogni altro provvedimento connesso, presupposto o conseguente, ancorché non conosciuto, nonché l’accertamento dell’obbligo di ANM di stipulare con ALFA il contratto per l’installazione la gestione di complementi dell’arredo urbano e di utilità per il trasporto pubblico, in conformità al contenuto dell’offerta presentata da ALFA in sede di gara;

e la condanna di ANM a stipulare con ALFA il contratto per l’installazione la gestione di complementi dell’arredo urbano e di utilità per il trasporto pubblico, in conformità al contenuto dell’offerta presentata da ALFA in sede di gara;

o, in subordine, la pronuncia ai sensi dell’art. 2932 c.c. di sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto non concluso da ANM e ALFA secondo l’offerta di quest’ultima accettata dal ANM;

o la declaratoria di legittimità del rifiuto di ALFA di addvenire alla stipula del contratto nel testo predisposto da ANM;

e comunque il risarcimento a parte di ANM di tutti i danni subiti da ALFA, anche a titolo di responsabilità precontrattuale e dei danni derivanti dall’eventuale escussione della cauzione provvisoria.

2. L’ANM ha proposto ricorso incidentale per la declaratoria dell’inadempimento da parte della ricorrente principale che si è colpevolmente rifiutata di stipulare ed eseguire il

contratto di appalto per l'installazione e gestione di complementi di arredo urbano di utilità per il trasporto pubblico;

e per l'accertamento e conseguenziale condanna della ricorrente principale al risarcimento di tutti i danni cagionati all'ANM in esito alla mancata stipula ed esecuzione del contratto.

3. Con la sentenza in epigrafe il TAR: a) ha estromesso dal giudizio la società Intesabci; b) ha respinto il ricorso principale; c) ha accolto in parte il ricorso incidentale; d) ha condannato la ricorrente alle spese del giudizio.

4. La Società Vall Ag ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza.

L'ANM si è costituita in giudizio per resistere all'impugnazione.

Le parti hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 1° luglio 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. L'appello concerne in primo luogo la statuizione con la quale i primi giudici, rigettando le censure avanzate dall'aggiudicataria Vall Ag s.p.a., hanno ritenuto legittimo il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione emesso a carico della medesima per non aver sottoscritto nel termine indicato la bozza di contratto predisposta dall'Amministrazione.

La Società, che aveva presentato una propria bozza di contratto, ha sostenuto che le clausole non condivise dall'Amministrazione, tuttavia, erano da ritenere conformi alla offerta presentata in gara. L'intervenuta aggiudicazione dimostrerebbe che tali clausole erano state ritenute compatibili con le disposizioni del capitolato, e che erano state implicitamente accettate.

La sentenza, quindi, ha verificato se la mancata sottoscrizione da parte della ALFA della bozza predisposta dalla Azienda potesse o meno ritenersi giustificata alla luce del

contenuto della sua offerta, nonché della rispondenza della stessa bozza rispetto al capitolato, con conseguenziale difformità rispetto a quest'ultimo delle soluzioni contrattuali proposte dalla ricorrente.

Sono state analizzate, quindi, le divergenze sussistenti tra la bozza aziendale e quella predisposta della società ricorrente limitatamente a cinque dei sei aspetti posti a base del provvedimento decadenziale, e, più specificamente, quelle afferenti all'onere per il rilascio delle autorizzazioni, al termine finale stabilito per le installazioni, alla problematica relativa alle imposte, alla variazione del corrispettivo, nonché al preteso inserimento di una clausola di gradimento relativamente all'ubicazione ed alla distribuzione degli spazi pubblicitari.

2. Il sesto profilo di divergenza si riferiva all'indicazione del termine per l'ultimazione delle installazioni di cui la ALFA nella propria offerta aveva proposto il completamento entro trecento giorni dall'ottenimento delle autorizzazioni necessarie, mentre la bozza dell'ANM, conformemente al capitolato, imponeva un termine di 12 mesi dalla stipula del contratto.

A tale riguardo i primi giudici hanno ritenuto che detto termine non doveva essere inteso come sostitutivo di quello fissato dalla *lex specialis*, ma solo migliorativo di questo, nel senso che conteneva l'impegno a compiere l'adempimento in questione entro i richiamati 300 giorni, ma pur sempre prima dello spirare del termine stabilito dal capitolato (art. 3). Tale interpretazione del contenuto dell'offerta è stato preferito, non solo perché maggiormente coerente con una logica concorrenziale ed alla connessa assunzione del rischio di impresa, ma anche perché la coesistenza di entrambi i termini era stata prevista proprio all'art. 3 della stessa bozza predisposta dalla società ricorrente.

E' stato dunque escluso che tale profilo di divergenza costituisse valido motivo di revoca dell'aggiudicazione.

3. Sui residui motivi di contrasto tra le posizioni delle due parti, la sentenza merita di essere confermata.

Viene in considerazione il punto dell'onere di conseguire le autorizzazioni necessarie alla esecuzione dell'appalto. E' innegabile che l'art. 12 sia della bozza aziendale, sia dello schema predisposto dalla ALFA imponevano a quest'ultima tale onere, e tuttavia è altrettanto certo che la premessa della bozza redatta dall'appellante imponeva all'A.N.M. il compito "di provvedere all'ottenimento di tutte le autorizzazioni preliminari atte all'esecuzione del presente contratto. ...Tali autorizzazioni saranno consegnate alla Wall in tempo utile per la presentazione delle richieste di autorizzazioni definitive."

Il testo, che l'appellante non ha inteso modificare, introduceva un elemento di ambiguità, cui giustamente l'Amministrazione non poteva consentire.

4. Il terzo punto di contrasto è quello relativo al pagamento delle imposte ed in particolare di quelle relative all'occupazione di suolo pubblico per l'installazione dei manufatti; infatti, mentre l'art 12 della bozza dell'A.N.M., in perfetta aderenza con quanto prescritto dal capitolato, pone detti oneri tributari integralmente in capo all'aggiudicataria, lo schema della ALFA esclude espressamente ogni impegno da parte della società con riferimento all'installazione delle pensiline e delle paline, in tal modo discostandosi inspiegabilmente dalle inequivoche prescrizioni dettate sul punto dalla lex specialis di gara.

L'appellante sostiene che si sarebbe detta disposta a superare tale contrasto, allegando la nota 28 marzo 2002, dalla quale dovrebbe evincersi che solo due erano rimasti i profili di divergenza (pagamento dei canoni e qualità delle ubicazioni); ma la tesi è contraddetta dall'art. 12 della ultima bozza prodotta in giudizio (doc. 12), nella quale ancora figura la esclusione degli oneri tributari per paline e pensiline.

5. La quarta ragione di difformità riguardava l'art 17 bis della bozza ALFA, che prevedeva una diminuzione proporzionale del corrispettivo da versare all'A.N.M. in ipotesi di riduzione degli spazi pubblicitari posti a base di gara, fattispecie non prevista dal capitolato speciale il cui contenuto, sul punto, si presentava esattamente riproposto nella bozza predisposta dall'Azienda.

La Wall ha ribadito in appello che la clausola sarebbe stata inserita a seguito della nota dell'A.N.M. del 14.12.2001 in cui, al punto 3, era stato previsto che “se la superficie teorica utilizzabile per lo sfruttamento pubblicitario fosse risultata inferiore a quella messa in gara (pari a mq 8092) per un peraltro improbabile ripensamento del Comune di Napoli circa la computabilità di tali spazi nel piano generale degli impianti, il canone annuo sarebbe stato proporzionalmente decurtato”.

I primi giudici, tuttavia, hanno perspicuamente avvertito che da tale nota emergeva soltanto la possibilità di una riduzione proporzionale del corrispettivo in caso di una minore disponibilità degli spazi pubblicitari *rispetto alla superficie indicata nel bando al momento della stipula del contratto.*

In altri termini, l'Amministrazione aveva concesso un meccanismo perequativo del solo sinallagma genetico del rapporto e non anche di quello funzionale, non intendendo, perciò, introdurre un sistema costante di revisione del corrispettivo in presenza di un'eventuale riduzione degli spazi pubblicitari disponibili, non essendo in alcun modo una tale interpretazione suffragata dalle disposizioni della lex specialis di gara.

L'appellante non ha contrapposto all'interpretazione della nota offerta dai primi giudici valida contestazione, e ciò induce il Collegio a rigettare la censura.

6.1. Il TAR ha poi preso in esame il motivo di revoca consistente nella volontà della ALFA di inserire nel contratto una sorta di clausola di gradimento circa l'ubicazione e l'assetto degli spazi pubblicitari da sfruttare quale corrispettivo dell'appalto.



Si tratta dell'art. 10 della bozza Wall Ag che, nello stabilire che le installazioni sarebbero state collocate nei siti indicati dall'A.N.M., prevedeva, tuttavia, anche la necessità del soddisfacimento delle condizioni qualitative della ALFA con riferimento ad un'ubicazione presso i principali flussi di traffico, con angolazione più favorevole rispetto a quest'ultimo, all'assenza di ostacoli visivi ed alla garanzia di una zona circostante ottimale.

I primi giudici sono stati dell'avviso che la portata letterale della disposizione finiva con l'imporre un vero e proprio vincolo per l'Azienda circa la scelta dei siti, limitazione assolutamente non prevista dalla disciplina di gara. Né è stata condivisa la tesi della Società che la clausola era destinata a offrire un mero apporto collaborativo di carattere non vincolante da parte della ALFA, atteso che la disposizione in questione fa, invece, specifico riferimento ad una vera e propria condizione qualitativa del sito da assicurarsi per la salvaguardia dell'interesse economico della società aggiudicataria.

Una tale previsione è stata ritenuta non giustificabile in base alle previsioni del capitolato, ed in contrasto con lo stesso potere dell'Azienda di individuare l'ubicazione delle paline e delle pensiline su cui apporre i messaggi pubblicitari, che deve avvenire esclusivamente in vista del soddisfacimento di esigenze di viabilità e di massima fruibilità del servizio di trasporto da parte dell'utenza, senza poter essere in alcun modo subordinata o comunque condizionata da ragioni di salvaguardia dell'interesse economico della società collegate al miglior sfruttamento del messaggio pubblicitario.

6.2. L'appellante ha censurato la detta motivazione osservando che la ALFA non ha mai preteso di collocare gli spazi pubblicitari prescindendo dalla volontà dell'Amministrazione, ma ha solamente chiesto alla stazione appaltante di tenere conto, nella localizzazione, anche dell'interesse dell'aggiudicataria alla "visibilità" del messaggio pubblicitario e quindi della appetibilità dello spazio da parte degli inserzionisti. La

possibilità di concedere in locazione in modo fruttuoso gli spazi pubblicitari, condizionando ogni speranza di redditività del contratto, imponeva alla aggiudicataria di intervenire nel procedimento di ubicazione e di orientamento degli spazi.

Si addebita quindi all'Amministrazione una condotta contraddittoria e illegittima, posto che la Società, nella propria offerta (vol. 3, pagg. 46-48), premiata con l'aggiudicazione, aveva precisato che avrebbe gestito la comunicazione pubblicitaria negli rispetto di appositi studi effettuati e di programmi diretti a mettere in luce i siti più idonei ad accogliere i messaggi promozionali. Parrebbe dunque inspiegabile la pretesa di imporre unilateralmente la localizzazione degli spazi, frustrando le *chances* di successo dell'iniziativa imprenditoriale.

La tesi dell'appellante, ad avviso del Collegio, offre una lettura riduttiva della clausola contrattuale che non è supportata dal testo.

Si legge, infatti, nell'art. 10 che: "Le installazioni dovranno essere effettuate nei siti che verranno indicati dall'Azienda, ...fermo restando il fatto che i relativi spazi pubblicitari ...dovranno soddisfare le condizioni qualitative della Wall e, cioè:

- presso i principali flussi di traffico e con l'angolazione più favorevole rispetto al flusso di traffico;
- nessun ostacolo visivo;
- garanzia di una zona circostante ottimale".

Difficile negare che la sottoscrizione di una simile clausola avrebbe comportato l'obbligo per l'Amministrazione di ottenere l'assenso dell'aggiudicataria, non solo sulla collocazione dei messaggi all'interno delle fermate, come vorrebbe sostenere l'appellante, ma sulla stessa ubicazione della pensilina, ossia della fermata, o di altra istallazione prevista dal contratto. E l'Amministrazione legittimamente ha rifiutato di aderire alla richiesta.

Una richiesta che, invero, non può pretendersi preannunciata dal contenuto dell'offerta. Le pagine 46-48 del volume 3 illustrano interessanti approfondimenti dedicati alla tecnica del messaggio pubblicitario, ma non prevedono una sorta di "carta bianca" sulla individuazione dei siti.

La censura, quindi, va disattesa.

7. La sentenza ha respinto anche il motivo di ricorso volto alla contestazione della causa di decadenza consistente nella mancata prestazione della cauzione definitiva prima della stipula del contratto come previsto dal punto B1 del Capitolato Generale Amministrativo.

Secondo l'appellante tale adempimento non avrebbe potuto effettuarsi prima della stipulazione, ma avrebbe dovuto invece seguire l'avvenuto incontro delle volontà, in quanto volto a garantire l'esecuzione delle sole prestazioni contrattuali.

La tesi non può essere condivisa.

Dal punto di vista della *lex specialis*, il ragionamento dell'appellante, secondo cui i primi giudici avrebbero fatto ricorso ad un "espediente ...puramente retorico", è contraddetto dal dato testuale offerto dal punto B1 del Capitolato Generale Amministrativo: "*Prima della stipulazione del contratto...la ditta aggiudicataria dovrà costituire la cauzione definitiva...*". E, nell'ultimo capoverso: "*Qualora il titolare della ditta aggiudicataria...non si presenti per il perfezionamento del contratto ..., la ditta aggiudicataria decadrà dall'appalto o dalla fornitura e perderà la cauzione che sarà incamerata dall'ANM a titolo di penale.*". La disposizione sembra sufficientemente eloquente.

Dal punto di vista sostanziale, in linea astratta, potrebbe consentirsi che l'aggiudicatario non debba costituire la cauzione definitiva se non quando si è raggiunto l'accordo tra le parti, e quindi nella specie, non essendosi addivenuti all'accordo non sussisteva l'obbligo in questione. Ma l'argomento non è spendibile, perché l'intero atto di appello è volto a

dimostrare che Wall, per parte sua, era pronta alla stipula (*“in quanto nessuno dei motivi di contrasto rilevati da controparte e dalla sentenza impugnata...può essere interpretato come rivelatore di un atteggiamento di ALFA dolosamente o colposamente contrario alla stipula ...”*, atto di appello, pag. 25; *si è dimostrato che ALFA si è resa pienamente disponibile a stipulare un contratto in parte diverso ...*, pag. 31).

Ne consegue che, coerentemente, l'appellante avrebbe dovuto dar corso alla cauzione definitiva, come richiesto dalla disposizione capitolare.

8. L'avvenuto incameramento della cauzione provvisoria da parte dell'A.N.M. è stato contestato anche in appello non essendosi verificata, secondo l'assunto, la rinuncia all'aggiudicazione, prevista nel documento Norme di Gara come unica causa di escussione del garante.

Merita adesione in proposito la motivazione della sentenza secondo cui la mancata presentazione nei giorni stabiliti per la stipulazione della bozza predisposta dalla stazione appaltante integra, in assenza di valide ragioni giustificative, gli estremi di un rifiuto, come tale pienamente legittimante l'incameramento della cauzione provvisoria.

9. La sentenza ha accolto in parte la domanda risarcitoria avanzata in via incidentale dall'ANM.

E' stato accertato il diritto dell'Amministrazione: a) ai danni connessi alle spese sostenute dall'A.N.M. per l'espletamento della gara, per un ammontare di € 166.716,00, tale essendo la somma risultante dalle voci di cui al punto b) della memoria della A.N.M. del 3.3.2005, ad eccezione delle spese legali sostenute per la difesa in giudizio della procedura, pregiudizio ritenuto non risarcibile;

b) all'importo liquidato in favore di A.N.M. per la mancata percezione del canone, detratto quanto già percepito dall'A.N.M. a titolo di cauzione provvisoria, pari ad €

103.457,00 circa, restando pertanto da versare da parte della ALFA a titolo risarcitorio la somma di € 295.664,60.

L'appellante ha contestato anche questo capo di sentenza.

Quanto al titolo sub a) la sentenza afferma (pag. 17) che tale importo risulta documentato, e non è stato contestato dalla Wall in primo grado, e quindi, i rilievi della pretesa esorbitanza della somma, svolti in appello, sono inammissibili.

Quanto al titolo sub b), l'appello è fondato.

L'Amministrazione aveva domandato la condanna al ristoro della mancata percezione dell'utile contrattuale riferibile allo stesso periodo, da calcolarsi nella misura del 10% del canone offerto dalla ALFA, pari a 150 milioni di lire o di quello proposto dalla nuova appaltatrice, pari a € 303.300,00, e la sentenza ha accolto la domanda ritenendola riferita ad una lesione dell'interesse contrattuale negativo derivante alla mancata conclusione del contratto imputabile alla condotta assunta dalla ALFA.

L'appellante ha rilevato che la statuizione si pone in contrasto con i principi civilistici in materia di responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), perché si risolve nel riconoscimento di una responsabilità nelle forme conseguenti all'inadempimento di un contratto perfezionato.

La tesi va condivisa.

Secondo il costante insegnamento della Corte di Cassazione la responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall'art. 1337 c.c., a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a carico del danneggiato (art. 2043 e 2059 c.c.). Per la relativa valutazione, in considerazione delle caratteristiche tipiche di tale responsabilità, nel caso di ingiustificato recesso dalla trattativa, occorre coordinare il principio secondo

il quale il vincolo negoziale e i diritti che ne derivano sorgono soltanto con la stipula del contratto - sì che non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto - con quello per cui dalla lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce il diritto ad esser risarcito per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto (cosiddetto interesse negativo) ( [Cassazione civile , sez. III, 10 ottobre 2003 , n. 15172](#)).

10. L'accoglimento soltanto parziale dell'appello costituisce valida ragione per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite

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

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie in parte l'appello in epigrafe, e per l'effetto, riforma della sentenza appellata come in motivazione;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 1° luglio 2008 con l'intervento dei magistrati:

Domenico La Medica	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est.
Giuseppe Caringella	Consigliere

**L'ESTENSORE**

F.to Marzio Branca

**IL PRESIDENTE**

F.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

F.to Agatina Maria Vilardo

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**10.11.2008**

**(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)**

**P/IL DIRIGENTE**

**F.to Livia Patroni Griffi**