

Nel merito va confermata la condanna dell'amministrazione a titolo di responsabilità precontrattuale : la revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura è valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti.

E' restato però - dopo tale revoca (caducatoria dell'aggiudicazione e degli altri atti del procedimento) - il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (affidamenti che sono perdurati fino a quando non è stata comunicata alla parte privata la revoca degli atti avanti ricordati).

Ed invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso: occorre, naturalmente, che i comportamenti predetti - per porsi quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale - risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del c.c..

Ed invero nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito).

La mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione veniva assumendo quando la procedura di evidenza pubblica risultava già avviata e addirittura pervenuta all'aggiudicazione ha fatto sì che, con grave delusione delle aspettative della parte privata, si rendesse inevitabile la rimozione di tutti gli atti della fase pubblicistica compresa l'aggiudicazione.

Un comportamento - quello dell'amministrazione - tanto più disattento ove si consideri che gli affidamenti radicatisi nell'impresa si sono lasciati perdurare al di là del tempo strettamente indispensabile non offrendosi ad horas (come la situazione avrebbe imposto) notizie sulla revoca dell'aggiudicazione (la revoca disposta il 14 settembre 2002 è stata comunicata all'impresa solo il 5 novembre).

Quanto, infine, alla pretesa risarcitoria dell'impresa va anzitutto disposta una rettifica in riduzione condividendosi quanto rilevato dal Ministero.

Ed invero, effettivamente, dalla somma di euro 46.984,79, liquidata dai giudici di primo grado per le spese sostenute dalla soc. ricorrente per partecipare alla gara in esame, va detratta quella di euro 2.118,38 e di euro 2.118,41 per la costituzione della cauzione provvisoria e definitiva per le quali, stante la mancata stipulazione del contratto, deve presumersi l'intervenuta restituzione.

Anche con riferimento alla perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, sembra preferibile conformarsi al criterio equitativo suggerito dall'amministrazione appellante (e già adottato qualche volta dalla giurisprudenza amministrativa): riconoscimento al concorrente dell'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta. Sicché, nel caso in esame, tenuto anche conto della facoltà per l'amministrazione di ridurre di un quinto l'importo del contratto, per determinare l'entità del risarcimento, va calcolato il 10% dei quattro quinti dell'importo della gara.

Riferimenti di legge

Regio decreto 23 maggio 1924, n. 827
Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità
generale dello Stato
(...)

articolo113

1. Per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato, il ministro o l'autorità delegata per l'approvazione può negare l'approvazione ai contratti anche se riconosciuti regolari.

2. L'autorità delegata, nel caso in cui non ritenga di approvare il contratto, ne riferisce al ministro.

Art. 1337 cc Trattative e responsabilità precontrattuale

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208).

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito il testo dell'adunanza plenaria numero 6 del 5 settembre 2005 del Consiglio di Stato

N. Reg.Dec.6/2005

N. 4 Reg.Ric.

ANNO 2005

Disp.vo 2/2005



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4/2005, proposto dal MINISTERO DELLA DIFESA rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio eletto in Roma Via dei Portoghesi n. 12;

contro

SOC. ALFA SPA IN P. E Q.LE MANDATARIA ATI,

ATI ALFA VIAGGI E TURISMO SPA, rappresentate e difese dall'Avv. Salvatore Alberto Romano con domicilio eletto in Roma C.so Vittorio Emanuele II n. 284;

per l'annullamento

della sentenza del TAR Lazio – Roma Sezione I bis n. 5991/2003;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Soc. ALFA SPA in proprio e quale mandataria ATI e ATI ALFA VIAGGI e TURISMO SPA;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 16 maggio 2005, relatore il Consigliere Cons. Sabino Luce ed uditi, altresì, l'avvocato dello Stato Cosentino e l'avv. Romano.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 14 giugno 2002, il Ministero della difesa (Direzione generale armamenti terrestri) indiceva una procedura accelerata e ristretta, ai sensi del decreto legislativo n. 157 del 1995, per l'affidamento del servizio di guida di automezzi militari non adibiti a compiti operativi. Al termine della procedura, la Commissione di gara, in data 30 luglio 2002, aggiudicava il servizio alla ALFA s.p.a. mandataria di un raggruppamento

d'impresa. La stazione appaltante dava di ciò, il 31 successivo, comunicazione alla ALFA s.p.a. invitandola a costituire il deposito cauzionale per la stipulazione del contratto.

In seguito, tuttavia, su invito del Segretariato generale del Ministero, la Direzione generale che aveva bandito la procedura, con nota del 5 novembre 2002, informava di non potere più stipulare il contratto e revocava, quindi, la gara e l'aggiudicazione che l'aveva conclusa con provvedimento del 5 novembre 2002 per gravi motivi d'interesse generale ai sensi dell'art. 113 del R.D. n. 827 del 1923 (non disponibilità in bilancio delle somme occorrenti per stipulare il contratto e darvi esecuzione).

Il provvedimento era impugnato dalla ALFA s.p.a. innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio che, con sentenza n. 5991, del 7 luglio 2003, pronunciava l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione e degli altri atti del procedimento di gara, condannando l'amministrazione al risarcimento dei danni. Chiarivano i giudici di primo grado che la revoca risultava illegittimamente disposta per vizi relativi alla sua motivazione. Quanto alla condanna ai danni si osservava che la stessa - disposta a titolo di responsabilità precontrattuale - aveva alla sua base il fatto che l'amministrazione non aveva saputo assicurare il permanere della copertura finanziaria al contratto da stipulare dandosi, per giunta, in ritardo comunicazione all'impresa del sopraggiunto impedimento in relazione alle risorse finanziarie venute meno.

La responsabilità dell'amministrazione, poi, in considerazione del titolo che le ineriva (responsabilità precontrattuale), doveva ritenersi circoscritta alla sola misura dell'interesse negativo rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso della trattativa e dalla perdita di occasioni per la stipulazione di ulteriori contratti.

Contro l'indicata sentenza, il Ministero della difesa proponeva appello al Consiglio di Stato chiedendo, con ricorso notificato il 30 settembre 2003, l'annullamento della sentenza con restituzione in vita della revoca dell'aggiudicazione e degli altri atti fatti venir meno dalla sentenza di primo grado.

Dal suo canto l'impresa - oltre a resistere al gravame difendendo l'annullamento disposto in primo grado della revoca dell'aggiudicazione e degli altri atti della procedura - sosteneva che l'amministrazione avrebbe dovuto essere condannata alla corresponsione di somme maggiori.

Il titolo di responsabilità dell'amministrazione era, infatti, da ritenersi contrattuale e non precontrattuale dovendo l'aggiudicazione essere, in *toto*, assimilata al contratto.

Si indicava l'importo richiesto in euro 458.725,22 oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria e alle spese del giudizio.

L'Amministrazione, dal suo canto, contestava la misura - ritenuta eccessiva - della condanna patrimoniale.

Con pronuncia n. 920/2005 del 25 gennaio/7 marzo 2005, la quarta Sezione del Consiglio di Stato, investita dell'appello - definiti con sentenza parziale due punti dell'appello stesso di cui si daranno più avanti più precise indicazioni - rimetteva, per ogni altro aspetto, la decisione del ricorso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in considerazione della complessità delle questioni e del valore di larga massima di talune di esse.

Il ricorso, chiamato per l'udienza odierna, all'esito è stato trattenuto in decisione dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

DIRITTO

1. La Sezione IV del Consiglio di Stato ha adottato una pronuncia (la n. 920 del 2005) che racchiude due diverse statuizioni: una decisione parziale e un'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria di questo Consiglio.

Sono da ricondurre nell'ambito della decisione parziale - e restano, perciò, investite dall'autorità del *decisum* - le seguenti statuizioni (l'una relativa all'appello principale

dell'amministrazione, soccombente in primo grado; l'altra concernente l'appello incidentale proposto dalla Soc. ALFA):

a) In accoglimento dell'appello dell'amministrazione principale la decisione parziale ha riportato in vita la revoca dell'aggiudicazione e degli altri atti della procedura ad evidenza pubblica disposta, per gravi ragioni di interesse pubblico, dall'amministrazione ai sensi dell'art. 113 del r.d. n. 827 del 1924 (revoca annullata in primo grado). E' restata ferma, così, la revoca dell'aggiudicazione e degli altri atti della procedura adottata, a suo tempo, dall'amministrazione per la carenza in bilancio delle risorse necessarie per far fronte agli impegni del contratto che si era sul punto di concludere;

b) E' investita pure dal *decisum* della stessa sentenza parziale quel punto dell'appello incidentale (condizionato) dell'impresa che, nel presupposto – per la verità non realizzatosi – della reiezione dell'appello principale dell'Amministrazione (e, perciò, della perdurante operatività dell'aggiudicazione e degli altri atti della procedura), chiedeva al giudice d'appello di condannare l'impresa al ristoro dei danni non a titolo di responsabilità precontrattuale (o extracontrattuale) - come disposto in prime cure - ma a titolo di responsabilità per inadempimento contrattuale. E ciò in considerazione dell'attitudine dell'aggiudicazione disposta a favore dell'impresa a dar vita ad un vero e proprio contratto tra amministrazione e aggiudicatario.

In relazione al detto punto la cit. decisione parziale - battendo uno degli itinerari (tutti sfavorevoli all'impresa) percorribili - ha ritenuto di dover dichiarare inammissibile il gravame incidentale dell'impresa perché proposto solo con memoria non notificata.

2. Definiti dalla decisione parziale i due punti ora riferiti (la operatività della revoca dell'aggiudicazione; l'impossibilità di fare spazio nel presente giudizio a pretese a titolo di responsabilità contrattuale fondate su un contratto che non risulta concluso) rimane da

esaminare la domanda dell'impresa con la quale si chiede la condanna, a titolo di responsabilità precontrattuale, dell'amministrazione (domanda da quest'ultima contrastata nel *quantum*).

Si deduce, in sostanza, dalla impresa che la condotta tenuta dall'amministrazione dando vita alla procedura pubblicistica di cui si è resa, poi, inevitabile la revoca realizzerebbe un comportamento divergente da quelle regole di buona fede e correttezza (art. 1337 cod. civ.) che vanno osservate anche dall'Amministrazione nella fase precontrattuale.

Ed invero l'amministrazione avrebbe avviato e condotto a termine la procedura di evidenza pubblica trascurando di vigilare perché restassero ferme le risorse finanziarie necessarie per la stipula del contratto e la sua esecuzione (rendendo così inevitabile la rimozione degli atti della fase pubblicistica).

3. Prima di passare all'esame nel merito della pretesa patrimoniale ora riferita la Adunanza plenaria è chiamata a proporsi d'ufficio - su sollecitazione dell'ordinanza di rimessione - una questione di giurisdizione: se i danni lamentati in questa sede dall'impresa a titolo di responsabilità precontrattuale provocati dalla revoca dell'aggiudicazione e degli atti della procedura (aggravati dal ritardo con il quale la detta revoca è stata comunicata all'impresa) debbano essere conosciuti dal giudice amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva) o - come pure si adombra nell'ordinanza con richiamo a taluni orientamenti giurisprudenziali - dal giudice ordinario.

Non è di ostacolo ad una tale indagine la circostanza che, in primo grado, è stata adottata, pur se in forma implicita, una statuizione sulla giurisdizione procedendosi alla definizione nel merito della pretesa.

Ed invero (come è riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza). quando il giudice amministrativo di primo grado non abbia (come nella specie) espressamente statuito sulla giurisdizione è consentito all'organo giurisdizionale di appello - anche in assenza di gravame -

di ritornare *ex officio* sul punto della giurisdizione valutando se debba, o meno, ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo riconosciuta in prime cure.

4. Passando ora alla risoluzione della questione di giurisdizione di cui si è avanti fatto cenno l'Adunanza plenaria ritiene che spetti al giudice amministrativo di conoscere della presente controversia.

L'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 ha dato vita ad una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attribuendo a quest'ultima "tutte" le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie concernino interessi che diritti soggettivi.

Si è ampliato, così, il campo di azione del giudice amministrativo concernente, prima della nuova giurisdizione esclusiva di cui all'art. 6 della legge n. 205 del 2000 cit., solo le questioni concernenti interessi legittimi in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Il giudice amministrativo non è oggi più chiamato a conoscere delle sole le controversie rivolte a garantire la tutela degli interessi legittimi (di regola pretensivi) del privato attraverso l'annullamento di atti (o di silenzi rifiuti) e la successiva attività di conformazione dell'amministrazione (e se quest'ultima attività non risulti possibile il ristoro per equivalente degli interessi pretensivi).

Al giudice amministrativo viene, infatti, dalla nuova normativa conferita – dopo la caducazione degli atti della fase pubblicistica che hanno costituito in capo all'interessato effetti vantaggiosi (dall'ammissione alla procedura all'aggiudicazione del contratto) - la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno.

Ed invero nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la

cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito).

5. E' del tutto evidente, poi, che nessuna influenza esercita in relazione alla giurisdizione esclusiva in tema di scelta del contraente di cui all'art. 6 della legge n. 205 del 2000 citata la decisione n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale.

Va rilevato, anzitutto, che la detta pronuncia investe tutt'altra normativa: non l'art. 6 della legge n.205 del 2000 ma l'art. 7 della stessa legge che ha modificato l'originaria versione negli artt. 33 e 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998 relativi alla giurisdizione esclusiva in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici.

Ne' i principi, di rango costituzionale, in tema di giurisdizione esclusiva enunciati dalla citata decisione della Corte possono indurre a sospettare di illegittimità costituzionale il cit. art. 6 della legge n. 205 del 2000.

La giurisdizione esclusiva, configurata da quest'ultima disposizione (le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori servizi e forniture) conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro. Ed invero il legislatore del 2000, dando vita, con l'art. 6, ad una disciplina non dissimile da quella prevista per gli atti degradatori in area di urbanistica e di edilizia (l'art. 34 del D.L.vo n. 80 del 1998 nella versione di cui all'art. 7 della legge n. 205 del 2000), prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica (le pretese per responsabilità precontrattuale).

Sussiste, quindi, con riferimento alla giurisdizione ora in esame quella situazione di interferenza tra diritti soggettivi e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono come *conditio sine qua non* - secondo la Corte - per la legittimità costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo.

6. Nel merito va confermata la condanna dell'amministrazione a titolo di responsabilità precontrattuale (nei limiti che saranno precisati nel successivo punto 7).

La revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura è valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti.

E' restato però - dopo tale revoca (caducatoria dell'aggiudicazione e degli altri atti del procedimento) - il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (affidamenti che sono perdurati fino a quando non è stata comunicata alla parte privata la revoca degli atti avanti ricordati).

Ed invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso.

Occorre, naturalmente, che i comportamenti predetti - per porsi quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale - risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del c.c..

Sembrano, peraltro, essersi verificate, nel caso in esame, le condizioni volute dalla legge.

La mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione veniva assumendo quando la procedura di evidenza pubblica risultava già avviata e addirittura pervenuta all'aggiudicazione ha fatto sì che, con grave delusione delle

aspettative della parte privata, si rendesse inevitabile la rimozione di tutti gli atti della fase pubblicistica compresa l'aggiudicazione.

Un comportamento – quello dell'amministrazione - tanto più disattento ove si consideri che gli affidamenti radicatisi nell'impresa si sono lasciati perdurare al di là del tempo strettamente indispensabile non offrendosi *ad horas* (come la situazione avrebbe imposto) notizie sulla revoca dell'aggiudicazione (la revoca disposta il 14 settembre 2002 è stata comunicata all'impresa solo il 5 novembre).

7. Quanto, infine, alla pretesa risarcitoria dell'impresa va anzitutto disposta una rettifica in riduzione condividendosi quanto rilevato dal Ministero.

Ed invero, effettivamente, dalla somma di euro 46.984,79, liquidata dai giudici di primo grado per le spese sostenute dalla soc. ALFA per partecipare alla gara in esame, va detratta quella di euro 2.118,38 e di euro 2.118,41 per la costituzione della cauzione provvisoria e definitiva per le quali, stante la mancata stipulazione del contratto, deve presumersi l'intervenuta restituzione.

Anche con riferimento alla perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, sembra preferibile conformarsi al criterio equitativo suggerito dall'amministrazione appellante (e già adottato qualche volta dalla giurisprudenza amministrativa): riconoscimento al concorrente dell'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta. Sicché, nel caso in esame, tenuto anche conto della facoltà per l'amministrazione di ridurre di un quinto l'importo del contratto, per determinare l'entità del risarcimento, va calcolato il 10% dei quattro quinti dell'importo della gara. E poiché il servizio di conduzione di autoveicoli, cui si riferiva la gara in esame, è stato aggiudicato per l'importo di euro 2.118.404,30, i quattro quinti dello stesso ammontano ad euro 1.694.723,44, il cui 10% è pari ad euro 169.472,34. Con la conseguenza che, complessivamente, alla ALFA s.p.a. deve essere risarcito dal Ministero della difesa il danno di

euro 212.220,34 (42.748,00 + 169.472,34), oltre agli interessi nella misura legale dalla data della sentenza al definitivo saldo.

Per la complessità delle questioni che sono emerse nella presente controversia ricorrono giusti motivi per dichiarare integralmente compensate le spese e gli onorari.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza plenaria), viste le statuizioni della sentenza parziale n. 920 del 2005, accoglie l'appello del Ministero appellante limitatamente alla quantificazione del danno. Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio (Adunanza Plenaria) del 16 maggio 2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

Alberto de Roberto	Presidente del Consiglio di Stato
Mario Egidio Schinaia	Presidente di Sezione del Consiglio di Stato
Raffaele Iannotta	Presidente di Sezione del Consiglio di Stato
Sabino Luce	Consigliere di Stato Est.
Raffaele Carboni	Consigliere di Stato
Costantino Salvatore	Consigliere di Stato
Filippo Patroni Griffi	Consigliere di Stato
Giuseppe Farina	Consigliere di Stato
Luigi Maruotti	Consigliere di Stato
Carmine Volpe	Consigliere di Stato
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere di Stato
Pier Luigi Lodi	Consigliere di Stato
Marinella Dedi Rulli	Consigliere di Stato

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Dirigente

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Addì.....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