

# Responsabilità precontrattuale - doveroso esercizio del potere di autotutela da parte della Stazione appaltante

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Responsabilità precontrattuale - doveroso esercizio del potere di autotutela da parte della Stazione appaltante - non riconosciuto risarcimento del danno al contraente che consapevolmente o colposamente aderito alla iniziativa illegittima dell'Amministrazione\_ il partecipante deve usare l'ordinaria diligenza

**L'Amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto contrastante con norme imperative**

L'Amministrazione deve interrompere la trattativa privata avviata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica;

L'Amministrazione deve annullare gli atti della gara ad evidenza pubblica, se il previsto contratto di per sé risulta in contrasto con una norma imperativa.

Infatti, l'ordinamento da un lato apprezza con favore il ritorno alla legalità, prevedendo i poteri di autotutela dell'Amministrazione, dall'altro non prende in favorevole considerazione - sotto il profilo di possibili pretese risarcitorie - la posizione di coloro che, coinvolti nella trattativa privata o nella gara finalizzate alla stipula del contratto che si rilevi contra legem, abbiano consapevolmente o colposamente aderito alla iniziativa illegittima dell'Amministrazione nessun legittimo affidamento altrui si possa essere formato col bando o nel corso del procedimento seguito dall'atto di autotutela.

non si può ritenere accoglibile una domanda volta al risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale, quando il contratto non sia stato stipulato, perché una delle parti - anche in extremis - rileva che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative (per tutte, Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835; Sez. Un., 14 marzo 1985, n. 1987);

L'Amministrazione pubblica, quando abbia posto in essere trattative per addivenire alla stipula di un contratto da concludere a seguito di un procedimento ad evidenza pubblica, può senz'altro recedere dalle trattative senza incorrere in alcuna responsabilità (Sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545), non potendosi anche in tal caso ravvisare un 'ragionevole affidamento', giuridicamente tutelato, alla relativa stipula.

Considerate le circostanze, ritiene la Sezione che nessun legittimo affidamento altrui si possa essere formato col bando o nel corso del procedimento seguito dall'atto di aututela.

Le ATI concorrenti non hanno utilizzato, invero, in sede di partecipazione alla gara, l'ordinaria diligenza, non potendo certamente sfuggire a professionisti del settore giustizia, e per di più alle compagini professionali di indubitabile valore che hanno partecipato alla gara stessa, il fatto che questa era stata bandita in una situazione di manifesto contrasto con il medesimo testo unico.

Oltre dunque alle considerazioni sopra riportate sulla rilevanza in sé delle norme imperative (ciò che già rileverebbe per escludere un legittimo affidamento), nella specie proprio la qualità dei professionisti coinvolti avrebbe dovuto da subito far loro constatare la manifesta illegittimità della iniziale determinazione dell'Amministrazione: ciò evidenzia non solo la mancanza di un legittimo affidamento, ma anche la loro colpa professionale, dal momento che rientra - o deve rientrare - nel bagaglio di comune conoscenza degli avvocati la regola per cui le Amministrazioni statali si avvalgono e si devono avvalere del patrocinio della Avvocatura dello Stato.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 780 del 3 febbraio 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 00780/2011REG.PROV.COLL.**

**N. 08535/2009 08535/2009 REG.RIC.**

**N. 09283/2009 09283/2009 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sui ricorsi numero di registro generale 8535/2009 8535/2009 e 9283/2009 9283/2009, proposti da\*\*\*

**contro\*\*\***

**per la riforma della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, Sezione seconda Ter, n. 6527 del 7 luglio 2009, resa tra le parti, concernente REVOCA AGGIUDICAZIONE GARA PERLA FORNITURA DI SERVIZI LEGALI - RISARCIMENTO DANNI;**

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, con appello incidentale, dello studio legale Controinteressata e dello studio legale Controinteressata 7 e Associati, nelle qualità dianzi indicate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2010, il Cons. \*\*\*\*\*;

Uditi, per le parti, l'avv. dello Stato \*\*\*\*\*, l'avv. \*\*\*\*\* e l'avv. Vetrò, per delega dell'avv. \*\*\*\*\*;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il TAR, previa riunione dei ricorsi nn. 9038/2008 9038/2008 e 1236/2009, ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo n. 9308/2009 9308/2009

end\_of\_the\_skype\_highlighting, ha respinto i relativi motivi aggiunti unitamente al ricorso n. 1236/2009 ed ha accolto la domanda di risarcimento del danno formulata in primo grado, con cui è stata dedotta la sussistenza di una responsabilità precontrattuale del Ministero delle Politiche agricole, condannando l'Amministrazione al pagamento di 30.000 euro, in favore di ciascuna associazione temporanea, ricorrente in primo grado.

2. Con il ricorso introduttivo n. 9308/2008

9308/2008

end\_of\_the\_skype\_highlighting, in particolare, proposto dallo studio legale Controinteressata 7 e Associati, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con lo studio legale "Avvocati associati Controinteressata 8, \*\*\*\*\* 9, Pensati, Controinteressata 11" (nel prosieguo, ATI Controinteressata 7), è stato chiesto l'annullamento del provvedimento n. 004439 del 4 agosto 2008 con cui il Ministero intimato ha revocato l'aggiudicazione della gara per la fornitura di servizi legali relativi alla protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, con rifusione dei danni asseritamente patiti; con i relativi motivi aggiunti è stato chiesto l'annullamento del decreto n. 9698 del 27 novembre 2008 con cui il Capo del Dipartimento delle Politiche di sviluppo economico e rurale del Ministero intimato ha revocato, in via di autotutela, il bando di gara per la fornitura di servizi legali relativi alla protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche pubblicato sulla GUCE in data 17 febbraio 2007 e sulla GURI (Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana) del 2 marzo 2007.

Con il ricorso n. 1236/2009, lo studio legale Controinteressata, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con lo studio legale Controinteressata 2 e lo studio legale Controinteressata 3 Controinteressata 4 Controinteressata 5 & Del Controinteressata 6 (in seguito: ATI Controinteressata), ha chiesto l'annullamento dell'anzidetto decreto n. 9698 del 27 novembre 2008, di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali ed, in particolare, del parere dell'Avvocatura dello Stato n. 119799 del 15 ottobre 2008, oltre alla condanna del Ministero al risarcimento dei danni.

Con bando pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana del 2 marzo 2007, il Ministero resistente (Dipartimento delle Politiche di sviluppo economico e rurale) aveva indetto una gara avente ad oggetto la fornitura (per la durata di un triennio e per un importo a base d'asta di euro 2.700.000,00) "dei servizi legali comprensivi di quelli di assistenza nelle procedure contenziose, relativi alla protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche in Italia, in Europa e nel mondo" (art. 1 del capitolato d'onori), rivolta agli studi legali associati con le caratteristiche indicate nell'art. 5 del predetto capitolato (in particolare, erano ammessi a partecipare studi legali con un numero di associati, iscritti all'albo degli avvocati, non inferiore a venti alla data di pubblicazione del bando sulla GUCE, ovvero il 17 febbraio 2007).

In un primo momento (30 maggio 2008), la gara era stata aggiudicata all'ATI ricorrente (ATI Controinteressata 7), ma, in seguito alle verifiche sul possesso dei requisiti previsti dal art. 5 del capitolato d'onori (ovvero il numero di associati, iscritti all'albo degli avvocati, non inferiore a venti alla data di pubblicazione del bando sulla GUCE), il Ministero aveva revocato, con provvedimento n. 4439 del 4 agosto 2008, l'affidamento in favore dell'ATI Controinteressata 7 ed aggiudicato il servizio alla seconda classificata, l'ATI Controinteressata.

In particolare, l'amministrazione resistente aveva ritenuto che la documentazione presentata, in sede di verifica, dall'ATI Controinteressata 7 non fosse sufficiente a provare il possesso, alla data di pubblicazione del bando sulla GUCE (17 febbraio 2007), del requisito previsto dal citato art. 5 del capitolato d'onori, relativo al numero minimo di associati (venti) iscritti all'albo degli avvocati.

Di tale atto l'ATI Controinteressata 7 ha chiesto l'annullamento ed, in via subordinata, la condanna del Ministero al risarcimento dei danni.

A seguito dell'acquisizione, da parte del Ministero, del parere 15 ottobre 2008 dell'Avvocatura Generale dello Stato (con cui, dopo aver chiarito che la decisione di affidare il servizio di che trattasi a studi legali non rispettava l'art. 1 del R.D. n. 1611/1933, ha proposto allo stesso Dicastero di procedere alla revoca, in autotutela, del bando di gara), il Ministero stesso, con decreto n. 9608 del 27 novembre 2008, ha revocato il bando di gara in argomento; provvedimento, questo, impugnato dall'ATI studio legale Controinteressata 7 con motivi aggiunti depositati in giudizio il 20 febbraio 2009.

Con il ricorso RG n. 1236/2009, l'ATI studio legale Controinteressata ha chiesto, a sua volta, l'annullamento del decreto n. 9698 del 27 novembre 2008 di revoca del bando di gara di che trattasi e, in via subordinata, ha chiesto la condanna del Ministero al risarcimento dei danni.

3. I primi giudici, riuniti i ricorsi per motivi di connessione, hanno ritenuto opportuno anticipare l'esame dei motivi aggiunti al ricorso n. 9038/2008

9038/2008 e del ricorso n. 1236/2009, avendo il loro esito effetti sulla pronuncia da adottare con riferimento al ricorso introduttivo del giudizio RG n. 9038/2008

9038/2008

end\_of\_the\_skype\_highlighting.

Al riguardo, il TAR ha ritenuto legittimo l'annullamento operato dall'Amministrazione in via di autotutela.

Quanto alla pretese risarcitorie, il TAR:

- ha respinto quelle avanzate dalle ATI interessate in ragione della mancata aggiudicazione della gara di che trattasi, ciò in ragione del fatto che il provvedimento di revoca (recte: annullamento) del bando non era risultato inficiato dai vizi dedotti, con il conseguente automatico travolgimento degli atti di aggiudicazione in favore, prima, dell'ATI Controinteressata 7 e, poi, dell'ATI Controinteressata;

- ha invece ritenuto sussistente la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, atteso che, da un lato, le trattative fra le parti erano state interrotte dall'annullamento in autotutela dell'intera procedura selettiva e, dall'altro, erano intercorsi 21 mesi dall'indizione della gara all'adozione del decreto che ha posto nel nulla l'intera procedura per ragioni idonee - come, in precedenza, precisato - alle quali, attesa la chiarezza preclusiva del dato normativo, non poteva neppure ostare il fatto che, in precedenza, lo stesso Dicastero aveva affidato, mediante gara, servizi similari; avendo, quindi, la P.A. posto in essere comportamenti che non salvaguardavano l'affidamento della controparte in modo da "sorprendere" la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa doveva risponderne per responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. ed il danno doveva essere risarcito nei limiti dell'interesse negativo (ovvero le spese di partecipazione alla procedura e la perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti).

Ciò posto, il primo giudice ha precisato che le ATI interessate nulla avevano provato con riferimento alla seconda voce di danno (ovvero la perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti) tanto che, in questa parte, la richiesta di risarcimento andava dichiarata inammissibile per mancanza di prova; quanto, invece, alle spese di partecipazione, il Tribunale ha ritenuto di dover ricorrere alla valutazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. anche con riferimento alla richiesta dell'ATI Controinteressata che (nel quantificare la propria richiesta per un importo di circa 127.000,00 euro) si era limitata a quantificare, in via generale, un numero di ore per ogni singolo avvocato coinvolto nella procedura selettiva senza, tuttavia, produrre alcuna documentazione giustificativa a corredo.

In conclusione, il TAR ha stimato equo liquidare, in favore dell'ATI Controinteressata 7 e dell'ATI Controinteressata, la somma di euro 30.000,00 (per ciascuno dei raggruppamenti), con l'aggiunta degli



interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza fino all'effettivo soddisfo.

4. Avverso la sentenza propone appello, con due distinti ricorsi (identici, peraltro, nel contenuto), il Ministero delle Politiche agricole; il primo di essi (n. 8535/2009

8535/2009), notificato il 9 ottobre 2009, è stato depositato il successivo 27 ottobre; il secondo (n. 9283/2009

9283/2009) è stato notificato il 9 novembre 2009 e depositato il successivo 19 novembre.

Ad avviso della Amministrazione appellante, poiché l'ATI Controinteressata 7 non sarebbe risultata esistente, non avrebbe potuto presentare offerte e non avrebbe potuto conseguire, quindi, alcun risarcimento; inoltre, poiché sia l'ATI Controinteressata 7 che l'ATI Controinteressata erano espressione di qualificati professionisti, non avrebbero potuto non rendersi conto della invalidità del bando, con la conseguente riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha riconosciuto il diritto di entrambe le associazioni di professionisti al risarcimento del danno.

5. In entrambi gli appelli svolgono gravame incidentale l'ATI Controinteressata 7 da un lato e l'ATI Controinteressata dall'altro.

La prima - con l'appello incidentale svolto nel ricorso n. 8535/2009

8535/2009 - eccepisce, anzitutto, la tardività del deposito del primo dei citati appelli; ad ogni buon conto, deduce, nel merito, l'erroneità della sentenza appellata sia per ciò che attiene ai profili di merito (laddove è stato riconosciuto legittimo l'annullamento della gara) che a quelli risarcitori ed insistendo, altresì (una volta riconosciuta la piena validità dell'indizione della gara), per l'accoglimento delle censure, non esaminate dal TAR, con le quali era stata dedotta l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta in suo favore, in quanto non sarebbero sussistiti i presupposti per procedere in tal senso.

Censure di merito analoghe, con la riproposizione, anche in questo caso, dei motivi non esaminati dai primi giudici, vengono svolte in seno al gravame incidentale proposto dall'ATI Controinteressata 7 nell'appello n. 9283/2009

9283/2009.

L'ATI Controinteressata, a sua volta, con appello incidentale svolto nel ricorso n. 8535/2009 8535/2009, censura la sentenza impugnata, anzitutto, per vizio di ultrapetizione, poiché essa avrebbe affrontato una tematica (quella dell'affidamento, agli avvocati del foro libero, anche dell'attività di consulenza stragiudiziale) del tutto assente, si assume, nell'atto impugnato e nelle stesse difese in giudizio; donde l'erroneità della sentenza laddove basata su considerazioni legate direttamente all'attività stragiudiziale, con la conseguenza che l'annullamento legato ai soli aspetti inerenti all'attività giudiziale avrebbe consentito all'Amministrazione di revocare la procedura limitatamente alla sola attività giudiziale o, in ogni caso, di esperire una nuova procedura avente ad oggetto la sola attività stragiudiziale.

Sempre l'ATI Controinteressata deduce, poi, l'erroneità della sentenza laddove non ha ravvisato l'illegittimità del provvedimento di annullamento della procedura in assenza di un concreto interesse pubblico in tal senso atto a giustificare l'adozione, in un momento in cui era già da tempo seguita la definitiva aggiudicazione, non essendo sufficiente il richiamo al semplice scopo del ripristino della legalità, né gli aspetti legati all'esborso di denaro pubblico, questo essendo dovuto, principalmente, al solo espletamento della preponderante attività stragiudiziale di cui si assume la piena legittimità anche se affidata a studi legali privati.

Anche con riguardo all'attività contenziosa, ad ogni buon conto, la sentenza sarebbe erronea e formalistica in quanto, dall'esame del capitolato speciale e dell'offerta concretamente formalizzata dalla deducente, sarebbero emerse chiaramente le ragioni particolari giustificative (anche ai sensi dell'art. 5 del r.d. n. 1611/1933) dell'operata deroga, anche perché, nell'insieme, l'attività di carattere contenzioso in parola sarebbe stata marginale, aleatoria e del tutto indeterminata; quanto, poi, all'attività stragiudiziale, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, non esisterebbe, nel nostro ordinamento, alcuna disciplina normativa in grado di escluderne l'affidamento a qualificati professionisti, conferma piena in tal senso

dovendo, del resto, rinvenirsi nell'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 e nell'allegato IIB del d.lgs. n. 163/2006.

Contrariamente, poi, a quanto ritenuto dai primi giudici, nella specie sarebbe stato, a tutto concedere, anche possibile operare, in via di subordine, l'annullamento solo parziale della gara, distinguendo tra attività stragiudiziale e giudiziale ed espungendo dall'affidamento in base a gara solo quest'ultima, non essendo neppure ipotizzabili impedimenti in tal senso, tanto più, si assume, nella considerazione dell'assoluta modestia dell'attività contenziosa stessa.

Quanto, infine, al risarcimento del danno, l'ATI Controinteressata insiste, tenuto conto della fondatezza dell'appello incidentale, per il pieno accoglimento delle domande avanzate in primo grado, ovvero, nell'ipotesi di rigetto, per la condanna dell'Amministrazione alle somme richieste in primo grado che si assumono pienamente documentate, salvo, all'occorrenza, l'esperimento, se ritenuto necessario, di un'apposita CTU.

Censure analoghe svolge l'ATI Controinteressata nel gravame incidentale dalla medesima proposto in seno all'appello n. 9283/2009 9283/2009; con memoria unica ribadisce, poi, i propri assunti difensivi.

6. Ritiene il Collegio che l'appello n. 8535/2009

8535/2009, proposto dal Ministero delle politiche agricole, vada dichiarato improcedibile, essendo stato depositato venti giorni dopo la notificazione e, quindi, oltre il termine dimidiato di giorni quindici, trovando applicazione, nel caso in esame, come eccepito dal patrocinio dell'ATI Controinteressata 7, il disposto di cui all'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971.

È, invece, ammissibile l'appello, sempre proposto dal Ministero delle politiche agricole, n. 9283/2009

9283/2009; detta impugnativa, che ricalca fedelmente il precedente appello n. 8535/2009

8535/2009, risulta, infatti, notificata e depositata nei termini di legge.

Nel merito, risulta fondato l'appello principale del Ministero, mentre gli appelli incidentali autonomi svolti, in seno ad entrambi gli appelli, dall'ATI Controinteressata 7 (in disparte quanto potrebbe osservarsi in merito alla loro tempestività), unitamente a quelli svolti dall'ATI Controinteressata, sono infondati.

7. Rileva la Sezione che oggetto della gara era "la fornitura dei servizi legali comprensivi di quelli di assistenza nelle procedure contenziose, relativi alla protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche in Italia, in Europa e nel mondo" (punto II.1.5 del bando di gara e art. 1 del capitolato d'oneri).

Poiché nessun'altra specificazione era contenuta nel bando con riferimento all'oggetto, ne conseguiva che l'appalto riguardava sia la consulenza stragiudiziale in materia di DOP e IGP, che la correlata difesa in giudizio innanzi agli organi giurisdizionali.

Non può pertanto condividersi l'assunto secondo cui l'attività contenziosa avrebbe assunto carattere meramente residuale rispetto alla prevalente attività stragiudiziale, ciò non emergendo affatto dalla lex specialis della gara che poneva le due forme di attività legale sullo stesso piano, con la conseguente inconfigurabilità di un preventivo giudizio di prevalenza; del resto, l'attività di consulenza stragiudiziale sfocia spesso, secondo comuni canoni d'esperienza, nell'avvio di attività precontenziosa e contenziosa, costituendo, in effetti, di sovente due facce della stessa medaglia, l'una essendo il più delle volte intimamente legata all'altra.

In punto di fatto, poi, negli stessi progetti offerta formulati dalle ATI appellanti incidentali figurano (in particolare, e tra gli altri, punti 2 e 5 dell'offerta dell'ATI Controinteressata 7 e n. 3, lett. A, pagg. 15/17,

dell'offerta dell'ATI Controinteressata) significative quanto centrali attività contenziose, collocate sullo stesso piano di quelle di consulenza legale e in sinergia con queste, in un rapporto spesso indissolubile.

Come hanno rilevato correttamente i primi giudici per tale profilo, del resto, neppure poteva assumere carattere dirimente il fatto che l'attività di assistenza giudiziale sarebbe stata svolta a sostegno dei consorzi di tutela, poiché ciò che rilevava era che il bando di gara non solo non escludeva che la difesa in giudizio sarebbe stata svolta anche in favore dello stesso Ministero resistente, ma era stato predisposto utilizzando risorse economiche del bilancio statale, assegnate alla medesima amministrazione.

Ciò premesso, non può convenirsi, con le ATI appellanti, nel ritenere erronea la sentenza per ciò che attiene, anzitutto, alla ritenuta insussistenza delle ragioni particolari che, ai sensi dell'art. 5 del r.d. n. 1611/1933, potrebbero giustificare l'eccezionale deroga ivi prevista (peraltro limitata a casi delimitati e non di certo limitativi delle attività istituzionalmente spettanti all'Avvocatura dello Stato).

La deroga, in ogni caso, avrebbe dovuto essere debitamente esternata e puntualmente motivata sulla accertata ed irrisolvibile impossibilità della Avvocatura dello Stato di svolgere tempestivamente i suoi compiti istituzionali, anche tenuto conto dei verosimili, correlati aggravii di bilancio; né la deroga poteva certamente emergere dai semplici contenuti dell'offerta, quella derogatoria costituendo necessariamente valutazione preventiva rispetto all'indizione della gara che non può certamente trovare implicita giustificazione nei contenuti delle offerte presentate dai concorrenti e, in particolare, nel semplicemente asserito carattere marginale che l'assistenza contenziosa avrebbe, in ipotesi, assunto in seno alle offerte concretamente avanzate.

8. Quanto all'attività stragiudiziale, deduce l'ATI Controinteressata che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, non esisterebbe, nel nostro ordinamento, alcuna disciplina normativa in grado di escluderne l'affidamento a qualificati professionisti, conferma piena in tal senso dovendo, invero, rinvenirsi nell'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 e nell'allegato IIB del d.lgs. n. 163/2006; e che, sul punto, i primi giudici sarebbero andati persino ultra petita, essendo rimasta del tutto assente, si assume, nell'atto impugnato e nelle difese del Ministero la tematica afferente all'affidamento, agli avvocati del foro libero, anche

dell'attività di consulenza stragiudiziale; donde l'erroneità della sentenza laddove basata su considerazioni legate direttamente all'attività stragiudiziale, con la conseguenza che l'annullamento legato ai soli aspetti inerenti all'attività giudiziale avrebbe consentito all'Amministrazione di revocare la procedura limitatamente alla sola attività giudiziale o, in ogni caso, di esperire una nuova procedura avente ad oggetto la sola attività stragiudiziale.

Ritiene la Sezione che anche tali doglianze non appaiono condivisibili, dal momento che la sentenza impugnata va interpretata nel senso che l'attività stragiudiziale possa essere anche conferita a terzi mediante procedura concorsuale o para concorsuale, ma previa esternazione delle ragioni che inducono ad una scelta siffatta.

In particolare, hanno rilevato, i primi giudici, che, pur non essendo rinvenibile una norma espressa nel r.d. n. 1611/1933 atta ad imporre il patrocinio obbligatorio all'Avvocatura dello Stato, non di meno era dato ritenere la sussistenza, nell'ordinamento, di una serie di norme idonee a consentire alle amministrazioni statali, prima di rivolgersi al "mercato" dei servizi legali, di avvalersi di organismi istituzionali che, anche per la loro autorevolezza, sono preposti - tra l'altro - ad affiancarle nella soluzione di questioni controverse, attraverso la formulazione di appositi pareri e, in particolare, alla stessa Avvocatura dello Stato o al Consiglio di Stato in sede consultiva; con l'aggiunta che l'art. 7, comma 6, del d.lgs n. 165/2001 prevede la possibilità per le amministrazioni pubbliche, "per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, (di) conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria...", che peraltro devono essere affidati attraverso procedure comparative disciplinate secondo i rispettivi ordinamenti (cit. art. 7 comma 6 bis).

Ebbene, appare evidente che il TAR si è correttamente limitato a ribadire la sussistenza, nell'ordinamento, di un ordinario onere di puntuale motivazione in presenza di scelte, da parte dell'Amministrazione, in grado di incidere potenzialmente sul bilancio pubblico, scegliendo la strada della collaborazione - pur in presenza di appositi organi deputati, come in particolare, nel caso delle amministrazioni statali, a fornire tale supporto di consultazione - degli apporti di liberi professionisti; ciò, evidentemente, per escludere la possibilità stessa per cui, una volta scartata la possibilità di affidare, mediante concorso, incarichi di

natura contenziosa, potesse, non di meno, direttamente ridursi l'ambito della gara alla sola attività professionale stragiudiziale senza previa, motivata indicazione di una nuova gara circoscritta alla sola attività stragiudiziale ora detta.

Ques'ultima possibilità era ed è logicamente da escludersi anche in considerazione della necessaria concatenazione che, nell'ottica concorsuale in esame, i due tipi di attività erano inevitabilmente destinati ad assumere.

Né, del resto, la riduzione dell'oggetto concorsuale potrebbe essere rimessa al giudice amministrativo, competendo alla sola amministrazione ogni valutazione discrezionale al riguardo.

D'altra parte, non v'è alcun dubbio sulla manifesta illegittimità degli originari atti con cui l'Amministrazione aveva attivato e fatto proseguire il procedimento, per la scelta di professionisti che avrebbero dovuto svolgere l'attività istituzionalmente svolta dalla Avvocatura dello Stato (sicché il decreto n. 9608 del 27 novembre 2008 con evidenza va qualificato come di annullamento dei precedenti atti, e non certo quale revoca).

Il citato testo unico n. 1611 del 1933, infatti, consente alle Amministrazioni statali di designare un professionista del libero foro solo nei casi previsti dalla legge e preclude radicalmente che la medesima attività - in luogo dell'Avvocatura dello Stato - sia svolta da liberi professionisti con oneri a carico dello Stato.

9. Neppure appare condivisibile, poi, la censura secondo cui la sentenza impugnata sarebbe erronea laddove non ha ravvisato l'illegittimità del provvedimento di annullamento della procedura, perché sarebbe mancato un concreto interesse pubblico in tal senso atto a giustificare l'adozione, in un momento in cui era già da tempo seguita la definitiva aggiudicazione (non essendo sufficiente il richiamo al semplice scopo del ripristino della legalità, né gli aspetti legati all'esborso di denaro pubblico, questo

essendo dovuto, principalmente, al solo espletamento della preponderante attività stragiudiziale di cui si assume la piena legittimità anche se affidata a studi legali privati).

Non si tratta, infatti, nella specie, di semplice ripristino della legalità con un atto meramente discrezionale, ma di doverosa osservanza di un obbligo inderogabile di legge, oltre che di rispetto delle funzioni legalmente svolte dalla Avvocatura dello Stato (che neppure potrebbe rinunziarvi), cui si ricollegano anche rilevanti problemi di spesa pubblica; con la conseguenza che deve ritenersi in re ipsa l'interesse alla rimozione del provvedimento illegittimo di indizione della gara.

Quanto al fatto che, secondo l'assunto dell'appellante incidentale, i profili di spesa sarebbero minimali in considerazione dell'assolutamente preponderante attività stragiudiziale, a parte la considerazione che la legge conferisce alla Avvocatura dello Stato anche ogni attività di supporto ai Ministeri, già sopra si è rilevato che un apprezzamento al riguardo sarebbe potuto competere solo all'Amministrazione.

10. In base alle deduzioni proposte dalle ATI appellanti incidentali in via subordinata, la sentenza sarebbe erranea, ad ogni buon conto, nella parte in cui limita a soli € 30.000,00 l'entità risarcitoria.

Quanto a tali domande delle appellanti incidentali, volte a far quantificare il danno da responsabilità precontrattuale in misura superiore a quella liquidata dal TAR, osserva il Collegio che assume carattere preliminare l'esame dell'appello (n. 9283/2009

9283/2009) proposto dal Ministero delle politiche agricole circa l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto fondate le pretese risarcitorie delle originarie ricorrenti, sia pure nel limite dell'interesse negativo.

11. Ritiene la Sezione che l'appello principale del Ministero sia fondato e vada accolto.



11.1. Va premesso che, per la pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione (consolidatasi per le controversie devolute ratione temporis al giudice civile):

non si può ritenere accoglibile una domanda volta al risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale, quando il contratto non sia stato stipulato, perché una delle parti - anche in extremis - rileva che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative (per tutte, Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835; Sez. Un., 14 marzo 1985, n. 1987);

- l'Amministrazione pubblica, quando abbia posto in essere trattative per addivenire alla stipula di un contratto da concludere a seguito di un procedimento ad evidenza pubblica, può senz'altro recedere dalle trattative senza incorrere in alcuna responsabilità (Sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545), non potendosi anche in tal caso ravvisare un 'ragionevole affidamento', giuridicamente tutelato, alla relativa stipula.

La Sezione rileva che tali orientamenti, a loro volta, sono espressione di un più generale principio generale, per il quale l'Amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto contrastante con norme imperative e cioè:

- deve interrompere la trattativa privata avviata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica;

- deve annullare gli atti della gara ad evidenza pubblica, se il previsto contratto di per sé risulta in contrasto con una norma imperativa.

Infatti, l'ordinamento da un lato apprezza con favore il ritorno alla legalità, prevedendo i poteri di autotutela dell'Amministrazione, dall'altro non prende in favorevole considerazione - sotto il profilo di possibili pretese risarcitorie - la posizione di coloro che, coinvolti nella trattativa privata o nella gara finalizzate alla stipula del contratto che si rilevi contra legem, abbiano consapevolmente o colposamente

aderito alla iniziativa illegittima dell'Amministrazione.

11.2. Nella specie, a seguito di una segnalazione già proveniente dal Ministero e poi dell'avviso sulla questione della Avvocatura Generale dello Stato, l'Amministrazione ha legittimamente constatato che il bando di gara mirava ad incidere indebitamente sullo svolgimento della attività istituzionale della medesima Avvocatura e all'esborso di denaro, per ragioni palesemente inconsistenti.

Il Ministero ha quindi constatato che la stipula del contratto avrebbe dato evidentemente luogo alla violazione delle norme imperative, desumibili dal testo unico n. 1611 del 1933 e dalle leggi di contabilità di Stato.

Considerate le circostanze, ritiene la Sezione che nessun legittimo affidamento altrui si possa essere formato col bando o nel corso del procedimento seguito dall'atto di aututela.

Le ATI concorrenti non hanno utilizzato, invero, in sede di partecipazione alla gara, l'ordinaria diligenza, non potendo certamente sfuggire a professionisti del settore giustizia, e per di più alle compagini professionali di indubitabile valore che hanno partecipato alla gara stessa, il fatto che questa era stata bandita in una situazione di manifesto contrasto con il medesimo testo unico.

Oltre dunque alle considerazioni sopra riportate sulla rilevanza in sé delle norme imperative (ciò che già rilevarebbe per escludere un legittimo affidamento), nella specie proprio la qualità dei professionisti coinvolti avrebbe dovuto da subito far loro constatare la manifesta illegittimità della iniziale determinazione dell'Amministrazione: ciò evidenzia non solo la mancanza di un legittimo affidamento, ma anche la loro colpa professionale, dal momento che rientra - o deve rientrare - nel bagaglio di comune conoscenza degli avvocati la regola per cui le Amministrazioni statali si avvalgono e si devono avvalere del patrocinio della Avvocatura dello Stato.

Da ciò consegue la fondatezza dell'appello (n. 9283/2009

9283/2009) proposto dal Ministero delle politiche agricole e, per converso, l'infondatezza di ogni pretesa risarcitoria da parte di entrambe la ATI partecipanti alla gara, con la conseguente reiezione, per tutti i restanti profili, degli appelli incidentali.

11 - Per tali motivi, pronunciando sugli appelli riuniti nn. 8535/2009 8535/2009 e 9283/2009 9283/2009:

- va dichiarato improcedibile l'appello n. 8535/2009 8535/2009 proposto dal Ministero delle politiche agricole;

- va accolto l'appello, sempre proposto dal Ministero delle politiche agricole, n. 9283/2009

9283/2009 e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, vanno integralmente respinte le pretese risarcitorie di primo grado

- vanno respinti gli appelli incidentali autonomi proposti dall'ATI Controinteressata 7 e dall'ATI Controinteressata.

Le spese dei due gradi del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), riunisce gli appelli nn. 8535/2009

8535/2009 e 9283/2009

9283/2009 e, pronunciando sugli stessi, dichiara improcedibile l'appello n. 8535/2009

8535/2009 , accoglie l'appello n. 9283/2009

9283/2009 e, per l'effetto, respinge integralmente le pretese risarcitorie di primo grado;

respinge gli appelli incidentali autonomi proposti dall'ATI Controinteressata 7 e dall'ATI Controinteressata, confermando le statuizioni di reiezione già emesse dal TAR.

Condanna le ATI Controinteressata 7 e Controinteressata al pagamento, a favore del Ministero delle politiche agricole, delle spese del doppio grado che liquida in complessivi € 20.000,00(ventimila/00), altre IVA e CPA, da ripartirsi in parti uguali tra le due soccombenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , Estensore

