

Ipotesi di responsabilità precontrattuale ex art 1337 cc. (Cons. di Stato N. 00552/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

La pubblica amministrazione, al pari dei soggetti privati, è tenuta a comportarsi con correttezza e secondo buona fede nelle relazioni con i terzi nella fase prenegoziale.

correttezza e buona fede esigevano che il Comune informasse in modo tempestivo la ricorrente sulle possibili soluzioni viarie alternative emerse in seguito all'aggiudicazione in via provvisoria e, più in generale, sul fatto che era in corso una rinnovata valutazione sul permanere dell'interesse pubblico a confermare il progetto approvato, con ripercussioni sulla procedura di gara

sull'insorgere di responsabilità precontrattuale in capo alla P. A. non incide la circostanza che ragionevoli finalità di pubblico interesse abbiano spinto il Comune a revocare gli atti e i provvedimenti in epigrafe, assumendo rilievo unicamente il comportamento della pubblica autorità, successivo all'aggiudicazione in via provvisoria, non improntato a correttezza e a buona fede

il danno risarcibile consiste nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definita comunemente "interesse contrattuale negativo".

Passaggio tratto dalla decisione numero 552 del 2 febbraio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato

Il riconoscimento della legittimità dell'esercizio del potere da parte del Comune non è tuttavia

incompatibile con una affermazione di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione medesima ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. , con le conseguenze che si diranno tra breve sul piano risarcitorio (sull'affermazione di principio, riferita a casi di revoca legittima di atti di procedure di gara, ma che appare tuttavia applicabile anche alla peculiare vicenda per cui è causa, si vedano Cons. St. , IV, n. 3380/08, V, 4947/08 e 6137/07, e VI, 4921/11 e 6264/08).

Detto altrimenti, sull'insorgere di responsabilità precontrattuale in capo alla P. A. non incide la circostanza che ragionevoli finalità di pubblico interesse abbiano spinto il Comune a revocare gli atti e i provvedimenti in epigrafe, assumendo rilievo unicamente il comportamento della pubblica autorità, successivo all'aggiudicazione in via provvisoria, non improntato a correttezza e a buona fede.

Ora, l'aggiudicazione provvisoria non consuma il potere discrezionale dell'amministrazione in ordine al modo di concludere il procedimento di gara

D'altra parte, una volta riconosciuto che specifiche ragioni di interesse pubblico giustificavano la revoca dell'approvazione del progetto e il conseguente annullamento delle operazioni di gara, ciò non esclude che, nella vicenda di causa, invero del tutto peculiare, possa sussistere, secondo quanto prospettato dall'appellante, una ipotesi di responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. , dovendosi accertare se il Comune abbia nel tempo compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con il principio ricavabile dalla disposizione predetta, secondo cui la pubblica amministrazione, al pari dei soggetti privati, è tenuta a comportarsi con correttezza e secondo buona fede nelle relazioni con i terzi nella fase prenegoziale.

Nella specie, diversamente da quanto ritenuto dal Giudice di primo grado, correttezza e buona fede esigevano che il Comune informasse in modo tempestivo la ricorrente sulle possibili soluzioni viarie alternative emerse in seguito all'aggiudicazione in via provvisoria e, più in generale, sul fatto che era in corso una rinnovata valutazione sul permanere dell'interesse pubblico a confermare il progetto approvato, con ripercussioni sulla procedura di gara.

Il Comune, infatti, sin dal novembre del 1997, aveva predisposto una soluzione viaria alternativa a quella oggetto di gara.

Come fondatamente osserva la difesa della impresa, la possibilità e l'opportunità di valutare soluzioni alternative rispetto a quelle di cui al progetto approvato e di determinarsi, conseguentemente, in senso diverso rispetto alla gara indetta era nota alla P. A. da circa due anni prima della comunicazione del 21.9.1999. La sequenza procedimentale riassunta al p. 2.1. evidenzia la contrarietà a buona fede e correttezza del comportamento della P. A. , in un contesto in cui l'impresa aveva ripetutamente -quanto inutilmente- sollecitato la stazione appaltante a far conoscere lo stato della procedura.

Il fatto poi che la "lex specialis" prescrivesse che nel caso di non convalida dei risultati di gara l'impresa provvisoriamente aggiudicataria non avrebbe avuto nulla a pretendere per il mancato affidamento dell'appalto non è incompatibile con il riconoscimento della responsabilità suddetta, in presenza di un agire della P. A. contrario a correttezza e a buona fede, dato che si fa questione di clausola contrastante con l'art. 1355 cod. civ. , configurandosi come una condizione meramente potestativa.

Sulla quantificazione del danno nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale, esclusa la risarcibilità del pregiudizio da mancato guadagno e da perdita di chance (quest'ultima, tra l'altro, non è stata minimamente comprovata), il danno risarcibile consiste, secondo la costante giurisprudenza, dalla quale il Collegio non intende discostarsi (v. , "ex multis", Cons. St. , VI, n. 20 del 2010), nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definita comunemente "interesse contrattuale negativo".

La società appellante fa riferimento, in particolare, "alle spese inutilmente sopportate per la partecipazione alla gara" .

Al riguardo il Collegio, premesso di considerare utilizzabili parametri equitativi, ai sensi degli articoli

1226 e 2056 cod. civ. , ritiene di poter riconoscere, per questa voce di danno, l'1 % dell'importo a base d'asta, che risultava di lire 3.359.785.000 (pari a euro 1.735.184), per una somma, quindi, di € 17.351,8, oltre a interessi e rivalutazione monetaria.

GIURISPRUDENZA SEGNALATA

Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007

decisione numero 4921 del 2 settembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

Adunanza plenaria numero 6 del 5 settembre 2005 del Consiglio di Stato

Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 6 dicembre 2007

GIURISPRUDENZA SEGNALATA

Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007

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'ideale 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 provvedimento 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 (provviso-ria);

-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 co-stituzione di una società pubblica multiservice non è azione con-trastante con il principio espresso dall'art. 1337 c.c. e nel con-tempo appare non rientrare entro i normali ed ordinari canoni comportamentali richiedere che, in una fase meramente ricogni-tiva 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 pre-contrattuale.>

decisione numero 4921 del 2 settembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

Giurisprudenza segnalata presente nel commento

adunanza plenaria numero 6 del 5 settembre 2005 del Consiglio di Stato

Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 6 dicembre 2007

Revoca legittima ma illecita: violazione dei doveri di correttezza e buona fede di cui è espressione l'art. 1337 Cod. civ. _riconosciuti euro 60.000,00 per responsabilità precontrattuale

anche nel caso di revoca legittima degli atti della procedura di gara può sussistere una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nel caso di affidamenti suscitati nella impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi (Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; V, 30 novembre 2007, n. 6137; 8 ottobre 2008, n. 4947; 11 maggio 2009, n. 2882; VI, 17 dicembre 2008, n. 6264) potendo aver confidato l'impresa sulla possibilità di diventare affidataria e, ancor più, in caso di aggiudicazione intervenuta e revocata, sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso (Cons. Stato, Ad. plen n. 6 del 2005, cit.).

Si tratta allora di verificare se l'Amministrazione, in questo rapporto, abbia violato i doveri di correttezza

e buona fede di cui è espressione l'art. 1337 Cod. civ.. Questi, nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica, si traducono in primo luogo nell'obbligo di rendere al partecipante alla gara in modo tempestivo le informazioni, necessarie a salvaguardare la sua posizione, su eventi, o sulla rinnovata valutazione dell'interesse pubblico alla gara, che possano far ipotizzare fondatamente la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento; affidamento che deve ritenersi tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara.

Passaggio tratto dalla decisione numero 4921 del 2 settembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato_a conferma della sentenza di primo grado: la sentenza numero 4175 del 16 marzo 2010 del Tar Lazio, Roma

Giurisprudenza segnalata presente nel commento

adunanza plenaria numero 6 del 5 settembre 2005 del Consiglio di Stato

Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 6 dicembre 2007

In questo quadro il Collegio ritiene che, quand'anche il comportamento dell'Amministrazione possa ritenersi giustificato rispetto a taluno dei rilievi individuati dal primo giudice rispetto a singole fasi, resta indubbio che nel procedimento in esame, in linea generale, l'azione amministrativa non risulta compiutamente coerente con le esigenze di programmazione e di continuità dell'attività corrispondente e che, in particolare, l'Amministrazione è giunta a disporre di informazioni idonee a configurare la fondata ipotesi della revoca della gara in una fase del procedimento antecedente a quella in cui la relativa informazione è stata poi resa, con il provvedimento di revoca, risultando l'adempimento quindi tardivo e per tale motivo da qualificare dannoso per i partecipanti alla gara.

Tutto ciò rilevato, il Collegio ritiene che nella società partecipante alla gara si sia formato un apprezzabile affidamento a fronte della tardiva indicazione della necessità della revisione progettuale, riconoscibile invece almeno con la fine dell'anno 2008.

E' perciò da condividere la complessiva valutazione del primo giudice poiché, da un lato, pur ritenuta la legittimità della revoca, il comportamento dell'Amministrazione non risulta coerente con l'adempimento del dovere di informazione tempestiva e corretta nei confronti delle parti private, con conseguente responsabilità precontrattuale. Dall'altro, l'affidamento della società appellata non aveva raggiunto il maggiore e netto grado di consolidamento proprio di chi sia risultato aggiudicatario, non potendo, inoltre, essere del tutto trascurato l'elemento della disposizione di cui all'art. 18, lett. q), del bando comunque nota ai partecipanti alla gara.

Alla luce di queste considerazioni il Collegio ritiene di confermare la quantificazione del danno stimato in via equitativa dal primo giudice nella misura di alfao 60.000,00 (sessantamila/00), con interessi legali dalla data della pubblicazione della sentenza di primo grado fino al soddisfo

Ecco la confermata sentenza di primo grado

la sentenza numero 4175 del 16 marzo 2010 del Tar Lazio, Roma

Come noto, la giurisdizione risarcitoria del Giudice amministrativo sulla responsabilità precontrattuale (così come configurata dal Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6; e poi Cass. Civ., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656) è stata affermata nell'ipotesi in cui l'esercizio del jus poenitendi di autoannullamento concerne l'aggiudicazione della procedura di gara.

può configurarsi una responsabilità di carattere precontrattuale in capo all'Amministrazione nelle ipotesi

(quale quella oggetto della presente controversia) in cui nel complesso delle circostanze si possa obiettivamente riscontrare il mancato rispetto dei generali canoni di correttezza in contraendo.

La responsabilità per la revoca della gara da parte dell'Amministrazione, seppure oggettivamente legittima, si costituisce quando il fine pubblico è tuttavia attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà. In tale scia anche la revoca legittima degli atti della procedura di gara può infatti integrare una responsabilità della pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale nel caso di affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 08 ottobre 2008, n. 4947)._Tale orientamento in sostanza ha operato una scissione fra la legittima determinazione di revocare l'aggiudicazione della gara ed il complessivo tenore del comportamento tenuto dalla medesima Amministrazione nella sua veste di controparte negoziale, non 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., n. 6 cit.; Cons. Stato Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; id., Sez. V, 14 marzo 2007, n. 1248)._Le medesime categorie giuridiche ben possono essere estese anche al caso della procedura di gara revocata per motivi di opportunità amministrativa in una fase antecedente alla aggiudicazione provvisoria.

In particolare, nel caso in esame, dunque la responsabilità aquiliana ed il danno per culpa in contraendo conseguenti alla mancata conclusione del procedimento ad evidenza pubblica devono essere ricollegati:

-- alla colpevole coeva adozione di scelte oggettivamente contraddittorie da parte del Ministero appaltante , che si sostanziano in intese operative, in spregio sia dei più elementari oneri di programmazione annuale e pluriennale dell'Amministrazione, che delle esigenze di una coerenza e continuità dell'azione amministrativa;

-- agli ingiustificati ritardi di conduzione del procedimento stesso: al bando del 2007 era seguita una stasi durata fino al 3.6.2008, data della comunicazione della ripresa dei termini per la presentazione delle offerte;

- al fatto che la revoca è stata adottata e comunicata ben molto oltre il termine dei 180 giorni che (forse ottimisticamente in relazione alle relativa complessità dell'intervento) era previsto al punto g) della lettera di invito quale termine per la scadenza della cauzione provvisoria e quindi per la stipula del contratto;

-- alla evidente mancanza del necessario ed indispensabile flusso di comunicazione tra le strutture di immediata collaborazione ed i vertici dell'amministrazione che avevano in gestione il procedimento;

-- alla mancata comunicazione agli interessati di sopravvenute decisioni, ecc. anche solo al fine di consentire loro di riadeguare le proprie strategie aziendali al possibile esito infruttuoso del procedimento. Come è stato affermato in un caso analogo costituisce una violazione del canone di correttezza, la circostanza che l'amministrazione, non appena venuta a conoscenza della nuova circostanza che può legittimare la revoca, non si sia posta il problema degli affidamenti creati nei concorrenti e non abbia proceduto quanto meno alla immediata motivata sospensione degli atti di gara, in attesa di ogni definitiva decisione al riguardo, soprattutto nel caso in cui i concorrenti abbiano affrontato notevoli spese ed eventualmente perso altre possibilità di guadagno (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6405).

Tutti i predetti elementi integrano un comportamento colposo dell'Amministrazione e fanno concludere che la pur legittima revoca della procedura di gara, è stata attuata in un quadro d'azione i cui dati oggettivi inducono ad una valutazione complessiva contrastante con il dovere di lealtà e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. .

In conclusione, l'inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e di affidamento ha cagionato l'ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle ditte partecipanti alla gara, poi legittimamente revocata, ed ha comportato dunque una responsabilità a titolo precontrattuale in quanto non vi sono dubbi che abbia ingenerato un danno ingiusto del quale appunto viene chiesto il ristoro con il terzo motivo che, nei limiti e negli esaminati profili, è fondato.

5.2.§. Quanto alla sua quantificazione si deve ricordare, come è noto, che se, in diritto comune, in caso di ordinaria responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., il danno deve essere risarcito nei limiti dell'interesse negativo e della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti, nel caso di revoca della procedura non possa farsi un meccanicistico richiamo al predetto principio.

Ciò posto, la ricorrente ha quantificato il danno subito per spese di partecipazione alla procedura in € 267.074,78 oltre alla richiesta di rivalutazione economica ed interessi; mentre nulla ha evidenziato con riferimento alla voce relativa alla perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti.

Per quanto riguarda le spese di partecipazione, il Collegio, considera che la mancata aggiudicazione di una gara d'appalto rappresenta un'evenienza del tutto ordinaria e che rientra nel campo del rischio d'impresa, per cui per il suo ristoro si ritiene di dover ricorrere alla valutazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. .

In ragione di ciò, il Collegio stima equo liquidare alla ricorrente la somma di € 60.000,00, a cui vanno aggiunti gli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza fino all'effettivo soddisfo.

6.§. Nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti, il ricorso introduttivo ed i relativi motivi aggiunti vanno disattesi mentre la richiesta risarcitoria deve essere accolta nei limiti di cui al punto che precede.

Giurisprudenza segnalata presente nel commento

adunanza plenaria numero 6 del 5 settembre 2005 del Consiglio di Stato

Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 6 dicembre 2007

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 fidarsi, 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 pubblicitaria 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

(...)

articolo 113

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).

§§§

Consiglio di Stato nella decisione numero 6137 del 30 novembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 6 dicembre 2007

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 provvedimentoale 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 (provviso-ria);

-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 co-stituzione di una società pubblica multiservice non è azione con-trastante con il principio espresso dall'art. 1337 c.c. e nel con-tempo appare non rientrare entro i normali ed ordinari canoni comportamentali richiedere che, in una fase meramente ricogni-tiva 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 ordi-ne alla mancanza di vigilanza e coordinamento sulla permanente convenienza degli impegni assunti ed in ordine al comportamen-to 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 pre-contrattuale.>

<https://www.diritto.it/ipotesi-di-responsabilita-precontrattuale-ex-art-1337-cc-cons-di-stato-n-005522012/>