

# Appalti-responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per annullamento di una procedura di affidamento lavori-sopravvenuta carenza di risorse finanziarie-risarcimento dell'interesse negativo-ammissibilità del risarcimento del danno da perd

**Autore:** Maria Carmen Agnello

**In:** Diritto amministrativo

La vicenda giudiziaria, affrontata dal Consiglio di Stato riguarda la questione, relativa alla richiesta del risarcimento dei danni, derivanti dall'annullamento di una procedura di affidamento lavori, per una sopravvenuta carenza di risorse finanziarie. In particolare, nella vicenda in esame la revoca è intervenuta a seguito dell'emanazione di un provvedimento di aggiudicazione, quando la società aggiudicataria ha maturato un affidamento meritevole di tutela. Al fine di ottenere il risarcimento per il danno subito, l'aggiudicatario ha agito giudizialmente. A tale stregua, il Consiglio di Stato, adito a fronte del parziale accoglimento del ricorso di primo grado, ha affrontato le questioni, relative all'ammissibilità del risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale determinato dalla revoca degli atti di gara e della quantificazione delle singole voci risarcitorie.

Nell'affrontare tale questione, il Consiglio di Stato ha rilevato "La responsabilità precontrattuale prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che formalizza la volontà dell'Amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara". Al riguardo, il Collegio giudicante, in adesione ad un consolidato orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità ed amministrativa, ha precisato che la responsabilità precontrattuale può derivare non solo dalla violazione di norme di diritto pubblico, la cui violazione determina l'annullamento del provvedimento ed una responsabilità da attività provvedimento illegittima, ma anche dalla violazione di regole comuni, secondo cui, la pubblica amministrazione ha l'obbligo, secondo l'art. 1337 c.c., di osservare nelle trattative precontrattuali, i doveri di correttezza e di buona fede<sup>1</sup>. In particolare, nelle ipotesi di responsabilità

precontrattuale, l'interesse leso del privato non è la mancata aggiudicazione, ma la formazione di una corretta autodeterminazione negoziale. A tale stregua, in caso di responsabilità precontrattuale da ingiustificato recesso dalle trattative, quale la revoca degli atti di gara, secondo il Consiglio di Stato "(...) il danno è commisurato non al c.d. interesse positivo (ovvero alle utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto), ma al c.d. interesse negativo, quale "interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a trattative (o, nel presente caso, a gare d'appalto) destinate poi a rivelarsi del tutto inutili a causa del recesso scorretto della controparte".

A tale stregua, il Consiglio di Stato ha riconosciuto il risarcimento del danno per lesione dell'interesse negativo, relativo a "tutte le spese documentate e specificamente sostenute per la gara", mentre ha escluso il risarcimento dell'interesse c.d. positivo, ossia delle spese relative all'esecuzione dell'appalto e per le utilità e i vantaggi, derivanti da tale esecuzione, compreso il danno curriculare. Alla base di quanto espresso, il Consiglio di Stato, in accoglimento parziale dell'appello principale, ha riconosciuto il diritto al rimborso, a titolo di risarcimento del danno emergente, delle spese vive sostenute per la partecipazione alla gara, nei limiti degli importi di cui è dimostrato il pagamento ed il diritto al rimborso, a titolo di risarcimento del danno emergente, delle spese relative al personale ed alla struttura, nella misura forfettaria del 25% dell'importo.

Infine il Consiglio di Stato ha riconosciuto il risarcimento, a titolo di lucro cessante per la perdita della chance contrattuale alternativa, in quanto i rapporti con le offerte provenienti dalle altre imprese, sono state valutate non come mere proposte, ma come trattative, giunte ad un tale livello di avanzamento, da ritenere configurabile l'esistenza di una significativa chance contrattuale alternativa.

Stante l'impossibilità di eseguire più contratti nello stesso momento, il collegio ha individuato la chance risarcibile "nella mancata esecuzione di un solo dei concretamente possibili contratti alternativi", in quanto "(...) tutte le altre proposte contrattuali ricevute, per quanto serie e concrete anch'esse, sarebbero risultate a loro volta incompatibili con quello sulla base di considerazioni analoghe a quelle che portano a ritenere l'esecuzione dei lavori appaltati dalla società termale incompatibile con altri impegni contrattuali". In assenza di un criterio normativo di determinazione del danno ed a fronte della difficoltà

di determinare con precisione tale chance contrattuale, il Consiglio di Stato ha effettuato una valutazione equitativa, nella misura, pari al 5% dell'importo del contratto alternativo.

## **La vicenda giudiziaria**

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, è stata indetta una procedura aperta, ad oggetto l'affidamento, secondo il criterio del prezzo più basso, dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione, per un importo complessivo di (...), del Nuovo Complesso Termale di Santa Cesarea Terme. Le risorse utilizzate ai fini dell'appalto in questione derivavano dalle agevolazioni finanziarie concesse alla Terme di Santa Cesarea s.p.a. da parte del Ministero delle Attività Produttive nell'ambito di un procedimento di programmazione negoziata, conclusosi con la stipulazione di un contratto di programma in data 27 marzo 2006. A seguito, di un contenzioso giudiziario (iniziato con il ricorso giurisdizionale proposta da uno dei partecipanti contro la sua esclusione dalla procedura), la gara è stata aggiudicata all'a.t.i.\*\*\* (composta dalla società \*\*\*, come mandataria capogruppo, e dalla società \*\*\* s.r.l. e \*\*\* s.r.l., come società mandanti).

In data 1 agosto 2007, nelle more del giudizio amministrativo, relativo alla gara in questione, la procura della Repubblica, ha disposto il sequestro dell'immobile da riqualificare. Con successivo provvedimento del 7 aprile 2008, la Procura della Repubblica, nell'ambito dell'indagine, ad oggetto la sussistenza di eventuali illeciti che si presumevano consumati in occasione della richiesta da parte della società Terme di Santa Cesarea delle agevolazioni finanziarie utilizzate per l'appalto in oggetto adottava un nuovo decreto di sequestro probatorio su tale immobile. Con determina n. 1850/08, il Ministero dello Sviluppo Economico ha sospeso in via cautelare l'iter procedimentale relativo alle agevolazioni finanziarie richieste dalla Terme di Santa Cesarea s.p.a. In data 31 luglio 2008, il Consiglio di Amministrazione della Terme di Santa Cesarea s.p.a., preso atto che per effetto del sequestro giudiziario del Nuovo Complesso Termale era stato impossibile eseguire i lavori di riqualificazione, deliberava di rinunciare all'investimento e di risolvere il contratto stipulato con il Comune di Santa Cesarea Terme avente ad oggetto la concessione in godimento dell'immobile termale. In conseguenza di ciò, il Ministero dello Sviluppo Economico prendeva atto della rinuncia della società all'investimento sull'immobile del Nuovo Centro Termale ed annunciava la formalizzazione di una richiesta di finanziamento al CIPE.5. Nella seduta del 20 novembre 2008, il

Consiglio di Amministrazione della società Terme di Santa Cesarea ha rinvenuto la necessità e l'opportunità di procedere ad una rivalutazione dell'interesse alla realizzazione degli interventi oggetto della procedura di affidamento dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione del nuovo Complesso Termale. A seguito di ciò, è stato deliberato l'avvio del procedimento di riesame in autotutela degli atti di tale procedimento concorsuale. Con provvedimento del Consiglio di Amministrazione del 13 febbraio 2009, la società Terme di Santa Cesarea ha deliberato la revoca dei atti e i provvedimenti del procedimento di gara relativo all'affidamento dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione indetto con delibera del Consiglio di Amministrazione del 20 ottobre 2006 e bandito in data 2 / 5 gennaio 2007, a partire dalla delibera di indizione e gli atti successivi, incluso quello di aggiudicazione.

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede distaccata di Lecce, l'Ati \*\*\* ha chiesto la condanna della società Terme di Santa Cesarea al risarcimento del danno derivante dall'esercizio dell'autotutela. La sentenza del Tribunale amministrativo regionale di Lecce ha riconosciuto la responsabilità precontrattuale della società Terme di Santa Cesarea per la violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative e ha condannato al risarcimento del danno nei limiti del c.d. interesse negativo. Al riguardo, il T.A.R. ha riconosciuto, soltanto alcune delle voci risarcitorie, richieste dalla ricorrente, quali le spese sostenute per la partecipazione alla gara, il Tribunale amministrativo regionale, con esclusione dei danni dovuti al mantenimento della struttura aziendale e all'apprestamento del cantiere, in assenza della consegna dei lavori. Inoltre, la sentenza di primo grado ha escluso il risarcimento delle spese sostenute per la costituzione della cauzione provvisoria e definitiva per le quali, stante la mancata stipulazione del contratto, ha ritenuto presumibile la restituzione da parte della stazione appaltante. La sentenza di primo grado ha escluso il risarcimento delle voci di spese connesse alla consegna dei lavori ovvero all'esecuzione dell'opera (come le spese generali di sede ovvero quelle di cantiere). Infine, è stato disconosciuto il risarcimento del c.d. danno curriculare. Infine, la sentenza di primo grado ha escluso il risarcimento del danno relativo alla perdita delle favorevoli occasioni contrattuali alternative, in quanto non è stato provato che le maestranze e i mezzi d'opera delle a.t.i. fossero di entità tale da impedire di essere contemporaneamente utilizzate per altri cantieri. Secondo il giudice di I grado, le mere comunicazioni inviate dalle ricorrenti alle presunte ditte commissionanti i lavori costituiscono delle mere offerte di lavori, delle quali comunque non vi è la prova dell'avvenuta accettazione da parte delle ditte destinatarie. Da ciò, si presume che le stesse assumano la valenza di mere proposte contrattuali, ossia atti unilaterali, non seguite da accettazione e, quindi da concreti contratti.

Inoltre, come espresso dalla difesa della resistente, tali offerte sono da collocare nell'arco temporale coperto dalla trattazione dei ricorsi innanzi al Tar di Lecce (ric. nn.547/2007 e 78/2008) ed al Consiglio di Stato (n. 7498/2008) nei quali l'ATI ricorrente ha partecipato, quindi l'incertezza dell'affidamento dell'appalto non poteva giustificare la rinuncia a commesse certe a fronte di una commessa di importo inferiore e di incerto esito poichè sottoposta a procedimento giurisdizionale. Invero, ai sensi dell'art. 1227 comma 2, c.c., il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, giacchè il dovere di correttezza da esso imposto al danneggiato presuppone un'attività che avrebbe avuto il risultato sicuro di evitare.

Per ottenere la riforma parziale di tale sentenza, in riferimento al punto relativo alla quantificazione del danno, le tre società partecipanti alla gara in questione in forma di a.t.i., hanno proposto appello.

La sentenza è stata impugnata, con appello incidentale tardivo, dalla Terme di Santa Cesarea s.p.a., che ha contestato l'an il punto della sentenza relativo alla responsabilità precontrattuale della stazione appaltante. Alla pubblica udienza del 13 novembre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione. Con sentenza del 01.02.13 l'appello incidentale tardivo proposto dalla società Terme di Santa Cesarea è stato respinto, mentre l'appello principale, l'a.t.i. \*\*\*, in modo parziale è stato accolto.

### **La questione della configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a.**

In modo prioritario è stato esaminato l'appello incidentale tardivo proposto dalla società Terme di Santa Cesarea, che ha contestato l'an della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, rispetto all'appello principale, il cui motivo di gravame riguarda il quantum dell'importo liquidato a titolo di risarcimento del danno.

L'appello incidentale tardivo, è stato ritenuto ammissibile, in quanto "La proponibilità, nel processo amministrativo, dell'appello incidentale tardivo è previsto dall'art. 96, comma 4, Cod. proc. amm., che

specifica che l'impugnazione incidentale tardiva può riguardare (...)capi autonomi della sentenza". Tuttavia, è stato precisato come l'appello incidentale tardivo non può avere efficacia se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile. Nel caso di specie, l'impugnazione incidentale tardiva riguarda lo stesso capo della sentenza gravata con appello principale, ossia la domanda risarcitoria, ma un punto diverso, relativo all'anno della responsabilità e connesso (perchè pregiudiziale) rispetto a quello gravato in via principale.

Nel merito, invece il collegio ha ritenuto infondato l'appello incidentale tardivo, in quanto "(...) il comportamento complessivo tenuto dalla stazione appaltante, sfociato nella revoca degli atti di gara, integra un illecito precontrattuale, perchè si pone in contrasto con le regole di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 Cod.civ. riferite ad una pubblica amministrazione".

Secondo l'orientamento consolidato espresso dalla giurisprudenza, la responsabilità precontrattuale si configura "(...) se durante la fase formativa del contratto la pubblica amministrazione viola quel dovere di lealtà e di correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte (anche colposamente, perchè non occorre un particolare comportamento di malafede, nè la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente) in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale.

Secondo quanto espresso dal Consiglio di Stato "La responsabilità precontrattuale prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che formalizza la volontà dell'Amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara" in quanto "La responsabilità precontrattuale non discende (...) dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della pubblica amministrazione e dalla cui violazione discende l'illegittimità dell'atto" ma ha origine "dalla violazione delle regole comuni (in particolare del principio generale di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 Cod. civ..) che trattano del comportamento precontrattuale, ponendole in capo alla pubblica amministrazione doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali".

In applicazione di tali principi, nel caso di specie il Collegio ha individuato una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, in quanto i fatti, che hanno determinato la revoca dell'aggiudicazione sono riconducibili ad un comportamento non diligente della stazione appaltante. Invero, il provvedimento di revoca si fonda sul ritiro delle risorse finanziarie necessarie al finanziamento dei lavori. A seguito del procedimento penale iniziato dalla Procura della Repubblica per presunti illeciti consumati dalla società termale in occasione della richiesta di finanziamento pubblico, la società ha rinunciato al finanziamento e, conseguentemente, ha disposto la revoca della gara.

Secondo il Tribunale amministrativo regionale, a prescindere dall'esito dell'azione penale, il comportamento della società appaltante è negligente nella gestione della fase prenegoziale, in quanto " invece di rinunciare al finanziamento e disporre la revoca degli atti di gara, avrebbe dovuto, visto che la gara era stata bandita e aggiudicata e quindi, si configurava un fondato affidamento dell'aggiudicatario in ordine alla prossima conclusione del contratto, quanto meno adoperarsi per trovare soluzioni alternative, prima di rinunciare unilateralmente al finanziamento già ottenuto, di reperire congruamente risorse finanziarie da altre fonti, onde dare comunque seguito ai lavori per i quali la gara era stata espletata". A tale stregua, "Nel caso di specie, in altri termini, si è in presenza di una fattispecie nella quale la stazione appaltante, dopo aver bandito e aggiudicato una gara, ha deciso di non concludere il contratto (e di revocare quindi gli atti di gara) a causa di una sopravvenuta carenza di risorse finanziarie, carenza imputabile non a circostanze eccezionali o estranee alla propria sfera di controllo, ma a una scelta consapevolmente e volontariamente effettuata, che si è risolta nella rinuncia al finanziamento già ottenuto senza cercare prima ragionevoli alternative a tutela del maturato affidamento del suo contraente. Rinuncia compiuta in un momento in cui già vi era un provvedimento di aggiudicazione e, quindi, era configurabile in capo all'aggiudicatario un tale affidamento meritevole di tutela e di prudente considerazione".

Dalla successione temporale degli avvenimenti, il collegio rileva che "l'autentica ragione determinante la revoca degli atti di gara è stata la rinuncia al finanziamento, determinata all'avvio dell'indagine penale: significativa, in tal senso, è la circostanza che il provvedimento di autotutela è stato adottato il 20 novembre 2008, a distanza di pochi giorni dalla nota (del 27 ottobre 2008) con la quale il Ministero dello Sviluppo Economico aveva comunicato la formalizzazione al CIPE di una richiesta di finanziamento".



Inoltre, secondo il Collegio il comportamento della società termale presenta ulteriori profili di scorrettezza, in quanto “La valutazione sulla convenienza economica di un investimento deve, infatti, essere effettuata con particolare attenzione prima di bandire e aggiudicare la gara. La possibilità che, anche per un contenzioso giudiziario relativo agli atti di gara, vi siano dei ritardi evenienza non eccezionale, da prudentemente prevedere e mettere in conto”. A quanto esposto, il Consiglio di Stato aggiunge un altro profilo di scorrettezza, per l’impegnatività con cui la società termale ha deciso di agire in autotutela: (...) decisa, infatti, dopo che era decorso più di un anno dal primo sequestro penale e, comunque, dopo che erano decorsi quasi otto mesi dal secondo decreto di sequestro e dalla sentenza del Consiglio di Stato che ha definito il contenzioso amministrativo”.

### **La questione dell’individuazione del danno risarcibile nell’ipotesi di responsabilità precontrattuale: l’individuazione e la quantificazione delle singole voci risarcitorie rientranti nell’interesse negativo**

Per quanto attiene all’individuazione del danno risarcibile nell’ipotesi di responsabilità precontrattuale, il Collegio ha confermato la sentenza del Tar, PUGLIA-SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n.02039/2011, che ha risarcito l’interesse negativo del danneggiato, che include soltanto le spese sostenute per la partecipazione alla gara ed, eventualmente, la perdita della c.d. chance contrattuale alternativa. Secondo il Collegio giudicante, invece non meritano risarcimento le voci relative all’interesse c.d. positivo, quali all’esecuzione dell’appalto, relative alle utilità ed ai vantaggi, derivanti dall’esecuzione del contratto. In riferimento alla richiesta di risarcimento del danno curriculare, avanzata dalla ricorrente, i Giudici, nella consapevolezza di precedenti giurisprudenziali contrastanti, hanno espresso la non risarcibilità di tale voce di danno, perché non attiene all’interesse negativo, ma, all’interesse positivo, in quanto “deriva dalla mancata esecuzione dell’appalto e non dall’inutilità della trattativa”. A tale stregua, “non è configurabile una sua risarcibilità nel caso in cui si invochi come titolo risarcitorio, piuttosto che la mancata aggiudicazione, l’arbitrario recesso dalla trattativa della stazione appaltante: vale a dire un fatto antecedente rispetto alla mancata aggiudicazione.”

Il Consiglio di Stato perviene a tale conclusione, dopo avere definito il danno curriculare quale “ (...) il pregiudizio subito dall’impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non



poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto". Il risarcimento di tale danno, quindi si fonda sulla "(...) consapevolezza che il fatto di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava con il corrispettivo pagatole dalla stazione appaltante), è fonte per l'impresa di un vantaggio che è economicamente valutabile, perchè accresce verso gli altri la sua capacità di competere sul mercato e quindi aumenta le chances di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti". Invero, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza, l'interesse leso in tali situazioni non riguarda l'esecuzione della singola opera e del relativo ricavo ma riguarda "l'immagine della società e il suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo segmento di mercato, illegittimamente dichiarate aggiudicatrici della gara".

Un secondo profilo di rilievo riguarda l'individuazione delle voci di danno risarcibili nell'ambito dell'interesse negativo, ossia riguardanti la partecipazione alla gara. In parziale accoglimento dell'appello, il Collegio ha ritenuto risarcibili "tutte le spese documentate e specificamente sostenute per la gara" ed in particolare "le spese inerenti la elaborazione dell'offerta, la progettazione e pianificazione della commessa nella fase precedente alla gara, le spese sostenute per la costituzione dell'associazione temporanea di imprese, le spese sostenute per le polizze fideiussorie e, più in generale, tutte le spese comunque riconducibili all'attività svolta per la partecipazione alla gara". In riferimento all'onere probatorio, il Collegio ha ammesso il risarcimento di tali spese con il limite che "(...) l'a.t.i. (...) sia in grado di fornire alla stazione appaltante copia dei pagamenti effettuati per la partecipazione alla gara, non potendosi ritenere sufficiente la mera esibizione della fattura, atteso che essa non dimostra l'avvenuto pagamento e, quindi, l'effettivo sostenimento del costo da rimborsare".

Un altro profilo di rilievo riguarda il risarcimento delle spese, sostenute per la retribuzione del personale dipendente della società e per il funzionamento della struttura aziendale impiegate per partecipare a tale gara. Nel caso di specie, secondo il collegio il danno "deriva dal fatto che le società partecipanti all'a.t.i. \*\*\* hanno destinato una parte delle loro risorse umane e materiali alla partecipazione alla gara, rinunciando al loro utilizzo in altre attività e sopportando, quindi, un costo-opportunità". Tuttavia, a seguito delle difficoltà nel quantificare tali spese, il Consiglio di Stato ha risarcito tale danno, in modo equitativo e forfettario, "(...)nella misura del 25% dell'importo relativo alle spese sostenute per i costi vivi affrontati per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara".

## **La questione dell'ammissibilità e della quantificazione del risarcimento del danno da perdita di chance contrattuale**

Nell'ambito del percorso motivazionale, il Consiglio di Stato ha riconosciuto meritevole di tutela e risarcibile il risarcimento del danno da perdita di chance contrattuale alternativa, in quanto rientrante nell'interesse negativo del ricorrente. Nell'ambito del giudizio di primo grado, la richiesta relativa al risarcimento del danno da perdita di chance è stata rigettata, in quanto non è stato provato che le maestranze e i mezzi d'opera dell'a.t.i. fossero di entità tale da impedirle di essere contemporaneamente impegnata sul fronte delle trattative con la società termale e con altri cantieri. Inoltre, secondo il giudizio di I grado "si trattava di mere proposte contrattuali non ancora seguite da accettazione (quindi il relativo contratto non era ancora stato concluso)" e "l'incertezza circa l'affidamento dell'appalto in questione (peraltro sottoposto a procedimento giurisdizionale) non giustificava, anche alla luce dell'art. 1227, comma 2, Cod. civ. la rinuncia a commesse certe a fronte di una commessa di importo inferiore e meno vantaggiosa (...)". A tale stregua "(...) gli atti depositati sono stati valutati non come contratti perfezionati, ma mere proposte". Il giudizio di II grado, non ha considerato convincenti le considerazioni svolte dal Tribunale amministrativo regionale e ha accolto in parte la domanda risarcitoria relativa alla perdita della c.d. chance contrattuale alternativa, in quanto secondo quanto è emerso dagli atti "ciascuna delle società partecipanti all'a.t.i. \*\*\* ha rinunciato, a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, ad altre proposte contrattuali provenienti da altre possibili committenti".

In particolare, il giudice ha evidenziato non solo che agli atti definiti come mere proposte dal primo giudice, fossero delle trattative in stato avanzato, che "(...) si erano sostanzialmente concluse mediante l'accettazione, da parte dei vari committenti, delle proposte o dei preventivi inviati dalle imprese che compongono l'a.t.i. \*\*\*. Le trattative erano quindi giunte a un punto molto serio e avanzato, il che permette qui di ritenere configurabile l'esistenza di una significativa chance contrattuale alternativa".

A tale stregua, il presupposto di tale danno deriva dal fatto che, con l'affidamento sull'aggiudicazione definitiva dell'appalto poi revocato, l'Ati ha scelto di rinunciare a concludere altri contratti. Nell'individuazione di tale presupposto, ossia "nella mancata conclusione del contratto che si presentava come chance alternativa non si richiede che il contratto alternativo poi rinunciato sia già stato concluso,

ed è al contrario sufficiente (anzi è proprio questo il presupposto del danno) che si dimostri che vi era una reale e concreta possibilità di concludere un diverso e fruttuoso contratto e che questo non è stato concluso proprio per effetto dell'affidamento concretamente e seriamente ingenerato dall'aggiudicazione poi indebitamente ritirata dalla stazione appaltante”.

In riferimento al rapporto di causalità fra la rinuncia alle proposte alternative e l'aggiudicazione dell'appalto, il Collegio evince per tabulas dalle dichiarazioni di rinuncia che “(...)anche se in astratto la struttura aziendale delle imprese fosse stata compatibile con la contemporanea esecuzione di più contratti (circostanza, peraltro, che non emerge dagli atti di gara, ...), è dirimente che nella specie le società abbiano preferito, in un esercizio che non appare incauto o irragionevole dell'autodeterminazione imprenditoriale, non assumere contestualmente più impegni, preferendo concentrarsi sull'appalto per loro già certo e concreto, e ragionevolmente è per le sue caratteristiche - stimato preferibile, (...)”.

Secondo il Collegio, tale scelta non può essere valutata dal Collegio, quale comportamento negligente, rilevante ai sensi dell'art. 1227, II comma c.c., in quanto “ (...) La scelta, fra vari contratti, di quello stimato più conveniente, e la conseguente decisione di eseguirlo in via esclusiva e senza assumere impegni concomitanti, esprime una scelta strategica di impresa che in assenza di dimostrazione contraria e per le circostanze date appare sensata e ragionevole, vale a dire esprime un uso lineare e corretto della diligenza imprenditoriale; e manifesta in relazione al quadro generale delle opportunità contrattuali presenti in quel contesto - una corretta autodeterminazione economica dell'imprenditore”. Pertanto, la rinuncia ad altri contratti, è da considerare ragionevole in quel momento e come tale non può costituire un limite nel riconoscimento della responsabilità della pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato, dopo avere ammesso il risarcimento della chance contrattuale alternativa, ha affrontato la questione relativa alla determinazione dell'entità di tale danno.

Al riguardo, il Collegio, non ha accolto la richiesta dell'appellante principale, relativa al profitto, ricavabile da ciascuno dei contratti alternativi cui ha rinunciato in vista dell'esecuzione dell'appalto di lavori aggiudicato e poi revocato. Secondo il Consiglio di Stato, “Le proposte contrattuali alternative, così come

sono state ritenute incompatibili con la contemporanea esecuzione dell'appalto in questione, devono a loro volta ritenersi incompatibili fra di loro".

In conseguenza dell'impossibilità di eseguire più contratti nello stesso momento, il collegio ha individuato la chance contrattuale risarcibile "nella mancata esecuzione di un solo dei concretamente possibili contratti alternativi", in quanto "(...) tutte le altre proposte contrattuali ricevute, per quanto serie e concrete anch'esse, sarebbero risultate a loro volta incompatibili con quello sulla base di considerazioni analoghe a quelle che portano a ritenere l'esecuzione dei lavori appaltati dalla società termale incompatibile con altri impegni contrattuali".

Nella determinazione del quantum di tale danno il Collegio, non ha applicato la percentuale presunta di profitto pari al 10%, indicata nell'atto di appello, ma un criterio di proporzione, in considerazione del contratto di importo assimilabile a quello oggetto della gara bandita dalla società Terme di Santa Cesarea. Invero il Consiglio di Stato ha rilevato che il criterio di liquidazione del danno in via forfettaria ed automatica è previsto da una norma speciale dall'art. 345 legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, in riferimento al recesso ad nutum della stazione appaltante nella fase di esecuzione del contratto, che non può essere applicata a fattispecie diverse da quella rispetto alla quale espressamente contemplato. Inoltre, il Consiglio di Stato ha rilevato come tale criterio sia stato abbandonato da parte della giurisprudenza, in riferimento al danno c.d. da mancata aggiudicazione, in quanto può determinare risarcimenti eccessivi e ingiustificati.

In assenza di un criterio legale di determinazione del danno ed a fronte della difficoltà di determinare con precisione tale chance contrattuale, il Consiglio di Stato ha effettuato una valutazione equitativa, riconosciuta nella misura, pari al 5% dell'importo del contratto alternativo come sopra determinato. Al fine di evitare la duplicazione di poste risarcitorie, tale danno si ritiene comprensivo, anche dei costi sostenuti per presentare le relative offerte e proposte progettuali.

Infine, il Consiglio di Stato ha escluso il risarcimento del danno delle spese processuali sostenute per il contenzioso innanzi al giudice amministrativo in riferimento alla gara revocata. In tale occasione, il

collegio ha precisato che in “materia di spese processuali, non trova applicazione la disciplina generale della responsabilità civile di cui agli artt. 1218 e 2043 Cod. civ., ma la disciplina speciale contenuta negli artt. 90-97 Cod. proc. civ., norme che trovano indiscussa applicazione anche nel processo amministrativo”<sup>2</sup>

1 Si v. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6 e Cass., S.U., 12 maggio 2008, n. 11656, secondo cui “la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull’interesse legittimo pretensivo all’aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell’altrui scorrettezza”.

2 Si v. in termini analoghi Cons. Stato, VI, 6 giugno 2008, n. 2751.

<https://www.diritto.it/appalti-responsabilita-precontrattuale-della-pubblica-amministrazione-per-annullamento-di-una-procedura-di-affidamento-lavori-sopravvenuta-carenza-di-risorse-finanziarie-risarcimento-dell-interesse-ne/>