

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29565-non-pu-ritenersi-preclusa-all-a-stazione-appaltante-la-possibilit-di-procedere-alla-revoca-o-all-annullamento-dell-aggiudicazione-provvisoria-allorch-la-gara-stessa-non-risponda-pi-alle-esigenze-d>

Autore: Lazzini Sonia

Non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed a

Tar Campania, Napoli, 03.05.2010 n. 2263

Non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni

Non può ravvisarsi un comportamento dell'amministrazione in contrasto con il dovere di lealtà e correttezza e lesivo dell'affidamento riposto dalla controparte nella conclusione del contratto: in particolare, in capo all'a.t.i. ricorrente non poteva formarsi alcun legittimo affidamento giuridicamente tutelabile nella stipulazione del contratto d'appalto che non poteva fondarsi sulla sola aggiudicazione provvisoria.

In particolare, è indubbio che la riprogrammazione ed il venir meno di parte dei finanziamenti comunitari abbiano influito in misura decisiva sulle determinazioni dell'amministrazione, costituendo giustificati motivi di mancata conclusione dell'appalto. Tale circostanza è idonea ad escludere l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, a sua volta imprescindibile per integrare gli estremi della invocata responsabilità precontrattuale che, come noto, è riconducibile alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 del codice civile.

trattandosi di atto endoprocedimentale, l'aggiudicazione provvisoria determina soltanto una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento e non già una posizione giuridica qualificata che, viceversa, può solo derivare dall'aggiudicazione definitiva

Dalle esposte considerazioni discende che non è configurabile la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che si è motivatamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse.

Tanto premesso, parte ricorrente lamenta l'illegittima condotta dell'amministrazione che non ha portato a termine la procedura di gara e deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 97 della Costituzione, degli artt. 2, 3 e 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241, violazione dei principi generali in tema di partecipazione, correttezza precontrattuale, buon andamento e violazione dell'obbligo di conclusione

del procedimento amministrativo, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità, perplessità e travisamento, sviamento di potere.

Propone domanda di risarcimento dei danni conseguenti a responsabilità precontrattuale del Comune di Napoli per il ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara (quantificate in Euro 42.450,34), danno da ritardo (Euro 191.775,00) e perdita di chance per l'impossibilità di prendere in considerazione altre commesse in virtù dell'aspettativa conseguente all'aggiudicazione provvisoria (Euro 300.000,00).

Si è costituito in giudizio il Comune di Napoli che eccepisce in rito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva della ricorrente. In particolare, l'amministrazione osserva che la RICORRENTE fa valere un diritto conseguente ad una aggiudicazione provvisoria che non è stata disposta in proprio favore (ma dell'a.t.i. Generoso) e non si è verificato alcun subingresso per effetto della cessione del ramo d'azienda in quanto la ricorrente non ha adempiuto all'onere (prescritto dall'art. 35 della L. 109/94) di preventiva comunicazione della cessione alla stazione appaltante corredata dalle informazioni richieste dall'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 1991 n. 187 (es. indicazione di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni con diritto di voto, dei soggetti muniti di procura irrevocabile, etc.) e non ha documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dagli articoli 8 e 9 della L. 109/94.

Inoltre, la difesa dell'amministrazione espone che la RICORRENTE non ha acquistato il ramo d'azienda direttamente dall'impresa Generoso ALFA bensì da altri soggetti subentrati (ALFA Gerardo, Nunziante, Ida, Roberto, Conchita e Irene) a loro volta alla menzionata ditta: ebbene, questi ultimi non hanno mai effettuato le comunicazioni previste dal citato art. 35 e, quindi, non sono mai subentrati nell'aggiudicazione provvisoria che, per l'effetto, non può ritenersi trasferita alla ricorrente per il principio "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet".

Ancora, prosegue il Comune di Napoli, anche ammettendo l'intervenuto subentro della RICORRENTE nell'aggiudicazione provvisoria il gravame è parimenti inammissibile in quanto la ricorrente agisce nella qualità di capogruppo dell'a.t.i. costituita con la BETA Costruzioni s.p.a. senza aver comprovato la propria qualità di mandataria, tenuto anche conto che il contratto di mandato con la società capogruppo presenta carattere personale e, ai sensi dell'art. 2558 del codice civile, sfugge al trasferimento automatico in capo alla cessionaria del ramo d'azienda.

Infine, il difetto di legittimazione attiva consegue anche alla natura personale del diritto al risarcimento dei danni causati da fatto illecito che compete esclusivamente all'impresa cedente del ramo d'azienda e, quindi, alla Ditta Generoso ALFA.

Nel merito il Comune di Napoli replica alle censure dalla ricorrente rilevando che deve escludersi qualsivoglia affidamento incolpevole ingenerato dall'amministrazione nell'aggiudicazione definitiva e nella conclusione del contratto, dal momento che il bando di gara (art. 15.1.) espressamente prevedeva che "l'affidamento è tassativamente subordinato alla conclusione della procedura di cui al comma 5 dell'art. 1 della legge 3 gennaio 1978 n. 1 ed al persistere del finanziamento comunitario".

Con ordinanza n. 248 del 10 dicembre 2009 il Tribunale salernitano, in seguito all'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dal Comune di Napoli alla quale la ricorrente ha prestato adesione, ha disposto la trasmissione del fascicolo al T.A.R. del capoluogo campano.

Incardinata la causa presso questo Tribunale, alla pubblica udienza del 7 aprile 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

In limine litis, occorre rammentare che, in base ai principi civilistici in materia di responsabilità "in contrahendo", applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, perché possa parlarsi di violazione del dovere di correttezza e di buona fede che deve sostenere le trattative precontrattuali ex art. 1337 c.c. devono ricorrere i seguenti presupposti: I) che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella conclusione del contratto; II) che una delle parti abbia interrotto le trattative così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione finale del contratto, sia stata indotta a sostenere

spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli: III) che il comportamento della parte inadempiente sia stato determinato da dolo o colpa e non sia assistito da un giusto motivo.

Pertanto, il riconoscimento di tale forma di responsabilità richiede l'atteggiarsi di una attività rivolta alla preparazione della positiva conclusione del contratto (che, nel caso di appalti pubblici si dispiega nello svolgimento del procedimento di gara e nell'aggiudicazione), nonché la dimostrazione del requisito psicologico, ossia del dolo o colpa dell'amministrazione, sulla quale incombe la responsabilità delle trattative e della loro necessaria conclusione.

4. Nella fattispecie, il Collegio ritiene che detti presupposti non sussistano.

Non può ravisarsi un comportamento dell'amministrazione in contrasto con il dovere di lealtà e correttezza e lesivo dell'affidamento riposto dalla controparte nella conclusione del contratto: in particolare, in capo all'a.t.i. ALFA non poteva formarsi alcun legittimo affidamento giuridicamente tutelabile nella stipulazione del contratto d'appalto che non poteva fondarsi sulla sola aggiudicazione provvisoria.

In proposito, il Consiglio di Stato ha precisato che, trattandosi di atto endoprocedimentale, l'aggiudicazione provvisoria determina soltanto una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento e non già una posizione giuridica qualificata che, viceversa, può solo derivare dall'aggiudicazione definitiva (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2010 n. 1997 e 12 febbraio 2010 n. 743).

5.2. Peraltro, non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario provvisorio nei confronti dell'amministrazione; tale potere, già previsto dalla disciplina di contabilità generale dello Stato che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827), trova il proprio fondamento nel principio generale dell'autotutela della pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2010 n. 1997).

5.3. Quindi, l'aggiudicazione provvisoria, anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo alla gara, è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, che determina la nascita di una mera aspettativa.

Ad escludere ogni possibile affidamento del raggruppamento provvisoriamente aggiudicatario nella conclusione della procedura contribuisce inoltre l'analisi della lex specialis di gara: difatti nell'art. 15.1 del bando era espressamente specificato che “l'affidamento è tassativamente subordinato alla conclusione della procedura di cui al comma 5 dell'art. 1 della legge 3 gennaio 1978 n. 1 ed al persistere del finanziamento comunitario” trattandosi di opera cofinanziata con fondi europei di sviluppo regionale ai sensi dell'art. 9 del bando di gara.

Ne consegue che i concorrenti ed aspiranti aggiudicatari dell'appalto erano chiaramente resi edotti dell'esistenza delle due condizioni cumulative (attinenti al perfezionamento delle procedure espropriative ed al mantenimento dei contributi comunitari) dalle quali dipendeva la positiva definizione dell'appalto. Tale previsione contenuta nel bando deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di revoca degli atti di gara, subordinato ad una congrua motivazione e alla ricorrenza degli eventi ivi menzionati che, in ogni caso, dipendevano da circostanze esterne all'amministrazione, considerazione che esclude quindi la configurabilità nella fattispecie di una condizione meramente potestativa ex art. 1355 del codice civile (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245).

In particolare, è indubbio che la riprogrammazione ed il venir meno di parte dei finanziamenti comunitari abbiano influito in misura decisiva sulle determinazioni dell'amministrazione, costituendo giustificati motivi di mancata conclusione dell'appalto. Tale circostanza è idonea ad escludere l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, a sua volta imprescindibile per integrare gli estremi della invocata responsabilità precontrattuale che, come noto, è riconducibile alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 del codice civile.

Ad ulteriore conferma dell'assenza di "culpa in contahendo" dell'amministrazione vi è anche la considerazione che non vi è stata alcuna richiesta di anticipata esecuzione delle opere al raggruppamento provvisoriamente aggiudicatario e che, già con nota del 16 aprile 2001 (in riscontro ad una diffida inoltrata dall'a.t.i. ALFA) l'amministrazione comunicava che non si poteva procedere all'aggiudicazione non essendosi conclusa la procedura espropriativa richiamata nel bando di gara (come si è visto, in seguito si è verificata l'altra condizione rappresentata dal venir meno dei finanziamenti comunitari).

9. Dalle esposte considerazioni discende che non è configurabile la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che si è motivatamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2263 del 3 maggio 2010 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

**N. 02263/2010 REG.SEN.
N. 07466/2009 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7466 del 2009, proposto da: RICORRENTE s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo dell'associazione temporanea di imprese costituita con la società BETA Costruzioni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Angrisani e Vincenzo Scarano, con domicilio eletto presso lo studio associato Abenavoli, Liccardo e Veglione, in Napoli, via Nuova Marina, 5;

contro

Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Tarallo, Barbara Accattatis Chalons d'Oranges, Antonio Andreottola, Eleonora Carpentieri, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna Ivana Furnari, Giacomo Pizza, Anna Pulcini, Bruno Ricci e Gabriele Romano, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Municipale, in Napoli, Piazza Municipio, Palazzo S. Giacomo;

per l'accertamento

del diritto al risarcimento dei danni per responsabilità derivante dall'illegittimo comportamento serbato dal Comune di Napoli – Ufficio Gare ed Appalti, a seguito dell'adozione della delibera di Giunta Municipale n. 2833 del 7 agosto 2007, con cui sono stati dichiarati decaduti gli impegni assunti relativamente a varie opere pubbliche e, fra queste, quelle relative all'ampliamento della Montagna Spaccata (I e II lotto);

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2010 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato presso il T.A.R. Campania, Salerno, la società RICORRENTE. s.r.l. espone che:

- nell'anno 1999 il Comune di Napoli ha indetto una gara d'appalto per l'esecuzione dei "lavori di adeguamento di via Montagna Spaccata nel tratto compreso tra il ponte della SEPSA e la viabilità interna del parco con campo da golf – picchetti da 33 a 59 – previsti nell'ambito del programma di sviluppo socio

- economico e di riqualificazione ambientale di Pianura”, con importo di Euro 2.119.425,6 (opera cofinanziata con fondi europei di sviluppo regionale);
- nella seduta del 16 dicembre 1999 la commissione di gara disponeva l’aggiudicazione provvisoria dell’appalto in favore dell’associazione temporanea di imprese (di seguito a.t.i.) composta dalla Ditta Generoso ALFA (capogruppo mandataria) e dalla società BETA Costruzioni s.p.a. (mandante) e, con nota del 17 dicembre 1999 la stazione appaltante invitava il citato raggruppamento a presentare la documentazione occorrente per il perfezionamento della procedura;
- sebbene l’a.t.i. ALFA avesse proceduto all’invio degli atti richiesti, la stazione appaltante non concludeva il procedimento con l’aggiudicazione definitiva e la stipula del relativo contratto d’appalto;
- con nota ricevuta dal Comune di Napoli il 25 gennaio 2002 (versata agli atti di causa dalla difesa dell’amministrazione), la società ricorrente RICORRENTE. s.r.l. comunicava di essere subentrata nella posizione giuridica della Ditta Generoso ALFA per effetto dell’acquisto del ramo d’azienda stipulato con contratto del 29 novembre 2001, opponibile alla stazione appaltante per effetto del mancato diniego espresso da quest’ultima nel termine previsto dall’art. 35, secondo comma, della L. 11 febbraio 1994 n. 109 (“Nei sessanta giorni successivi l’amministrazione può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all’articolo 10sexies della legge 31 maggio 1965 n. 575 e successive modificazioni”);
- con successivi atti di diffida del 2004, 2005, 2007 e 2008 la RICORRENTE. s.r.l. invitava invano il Comune di Napoli a procedere all’aggiudicazione definitiva dell’appalto e alla conseguente consegna dei lavori;
- solo dopo articolata corrispondenza, emergeva che, con deliberazione n. 2833 del 7 agosto 2007, la Giunta Municipale di Napoli, in seguito alla riduzione e

riprogrammazione dei fondi comunitari destinati al cofinanziamento degli interventi pubblici, prendeva atto della decadenza degli impegni assunti relativamente alle opere, peraltro mai iniziata, oggetto della procedura di gara.

Tanto premesso, parte ricorrente lamenta l'illegittima condotta dell'amministrazione che non ha portato a termine la procedura di gara e deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 97 della Costituzione, degli artt. 2, 3 e 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241, violazione dei principi generali in tema di partecipazione, correttezza precontrattuale, buon andamento e violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità, perplessità e travisamento, sviamento di potere.

Propone domanda di risarcimento dei danni conseguenti a responsabilità precontrattuale del Comune di Napoli per il ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara (quantificate in Euro 42.450,34), danno da ritardo (Euro 191.775,00) e perdita di chance per l'impossibilità di prendere in considerazione altre commesse in virtù dell'aspettativa conseguente all'aggiudicazione provvisoria (Euro 300.000,00).

Si è costituito in giudizio il Comune di Napoli che eccepisce in rito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva della ricorrente. In particolare, l'amministrazione osserva che la RICORRENTE fa valere un diritto conseguente ad una aggiudicazione provvisoria che non è stata disposta in proprio favore (ma dell'a.t.i. Generoso) e non si è verificato alcun subingresso per effetto della cessione del ramo d'azienda in quanto la ricorrente non ha adempiuto all'onere (prescritto dall'art. 35 della L. 109/94) di preventiva comunicazione della cessione alla stazione appaltante corredata dalle informazioni richieste dall'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 1991 n. 187 (es. indicazione di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni con diritto di voto, dei soggetti muniti di procura

irrevocabile, etc.) e non ha documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dagli articoli 8 e 9 della L. 109/94.

Inoltre, la difesa dell'amministrazione espone che la RICORRENTE non ha acquistato il ramo d'azienda direttamente dall'impresa Generoso ALFA bensì da altri soggetti subentrati (ALFA Gerardo, Nunziante, Ida, Roberto, Conchita e Irene) a loro volta alla menzionata ditta: ebbene, questi ultimi non hanno mai effettuato le comunicazioni previste dal citato art. 35 e, quindi, non sono mai subentrati nell'aggiudicazione provvisoria che, per l'effetto, non può ritenersi trasferita alla ricorrente per il principio “*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*”.

Ancora, prosegue il Comune di Napoli, anche ammettendo l'intervenuto subentro della RICORRENTE nell'aggiudicazione provvisoria il gravame è parimenti inammissibile in quanto la ricorrente agisce nella qualità di capogruppo dell'a.t.i. costituita con la BETA Costruzioni s.p.a. senza aver comprovato la propria qualità di mandataria, tenuto anche conto che il contratto di mandato con la società capogruppo presenta carattere personale e, ai sensi dell'art. 2558 del codice civile, sfugge al trasferimento automatico in capo alla cessionaria del ramo d'azienda.

Infine, il difetto di legittimazione attiva consegue anche alla natura personale del diritto al risarcimento dei danni causati da fatto illecito che compete esclusivamente all'impresa cedente del ramo d'azienda e, quindi, alla Ditta Generoso ALFA.

Nel merito il Comune di Napoli replica alle censure dalla ricorrente rilevando che deve escludersi qualsivoglia affidamento incolpevole ingenerato dall'amministrazione nell'aggiudicazione definitiva e nella conclusione del contratto, dal momento che il bando di gara (art. 15.1.) espressamente prevedeva che “l'affidamento è tassativamente subordinato alla conclusione della procedura

di cui al comma 5 dell'art. 1 della legge 3 gennaio 1978 n. 1 ed al persistere del finanziamento comunitario”.

Con ordinanza n. 248 del 10 dicembre 2009 il Tribunale salernitano, in seguito all’eccezione di incompetenza territoriale sollevata dal Comune di Napoli alla quale la ricorrente ha prestato adesione, ha disposto la trasmissione del fascicolo al T.A.R. del capoluogo campano.

Incardinata la causa presso questo Tribunale, alla pubblica udienza del 7 aprile 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Viene in decisione il ricorso proposto dalla società RICORRENTE s.r.l. che, nella qualità di cessionaria del ramo d’azienda acquistato dall’impresa Generoso ALFA (capogruppo dell’associazione temporanea di imprese con la società mandante BETA Costruzioni s.p.a.), chiede accertarsi l’illegittimità del comportamento tenuto dal Comune di Napoli nella gara indetta per l’esecuzione dei lavori di adeguamento di un tratto di via Montagna Spaccata nel quartiere Pianura, con conseguente condanna dell’amministrazione al risarcimento dei danni patiti a titolo di responsabilità precontrattuale ai sensi dell’art. 1337 del codice civile.

La doglianza si fonda sulla documentata circostanza che, sebbene l’a.t.i. ALFA fosse stata dichiarata provvisoriamente aggiudicataria nella seduta di gara del 16 dicembre 1999, l’amministrazione comunale non ha mai proceduto all’aggiudicazione definitiva e alla successiva stipula del contratto d’appalto, in tal modo violando i doveri legali di lealtà e correttezza e frustrando il legittimo affidamento riposto dal citato raggruppamento (alla cui guida sarebbe in seguito subentrata l’odierna ricorrente) nella positiva definizione della procedura. Giova precisare che, dopo la citata aggiudicazione provvisoria, la gara è stata dapprima sospesa ed in seguito revocata in via di sostanziale autotutela con deliberazione n.

2833 del 7 agosto 2007 con la quale la Giunta Comunale di Napoli prendeva atto della decadenza degli impegni finanziari assunti relativamente alle opere (peraltro mai iniziate) per effetto della riduzione e riprogrammazione dei fondi comunitari destinati al cofinanziamento degli interventi pubblici.

2. Può prescindersi dallo scrutinio delle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa del Comune di Napoli, atteso che il gravame si appalesa infondato nel merito.

3. In limine litis, occorre rammentare che, in base ai principi civilistici in materia di responsabilità "in contrahendo", applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, perché possa parlarsi di violazione del dovere di correttezza e di buona fede che deve sostenere le trattative precontrattuali ex art. 1337 c.c. devono ricorrere i seguenti presupposti: I) che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella conclusione del contratto; II) che una delle parti abbia interrotto le trattative così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione finale del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli; III) che il comportamento della parte inadempiente sia stato determinato da dolo o colpa e non sia assistito da un giusto motivo.

Pertanto, il riconoscimento di tale forma di responsabilità richiede l'atteggiarsi di una attività rivolta alla preparazione della positiva conclusione del contratto (che, nel caso di appalti pubblici si dispiega nello svolgimento del procedimento di gara e nell'aggiudicazione), nonché la dimostrazione del requisito psicologico, ossia del dolo o colpa dell'amministrazione, sulla quale incombe la responsabilità delle trattative e della loro necessaria conclusione.

4. Nella fattispecie, il Collegio ritiene che detti presupposti non sussistano.

5. Non può raversarsi un comportamento dell'amministrazione in contrasto con il dovere di lealtà e correttezza e lesivo dell'affidamento riposto dalla controparte nella conclusione del contratto: in particolare, in capo all'a.t.i. ALFA non poteva formarsi alcun legittimo affidamento giuridicamente tutelabile nella stipulazione del contratto d'appalto che non poteva fondarsi sulla sola aggiudicazione provvisoria.

5.1. In proposito, il Consiglio di Stato ha precisato che, trattandosi di atto endoprocedimentale, l'aggiudicazione provvisoria determina soltanto una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento e non già una posizione giuridica qualificata che, viceversa, può solo derivare dall'aggiudicazione definitiva (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2010 n. 1997 e 12 febbraio 2010 n. 743).

5.2. Peraltro, non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario provvisorio nei confronti dell'amministrazione; tale potere, già previsto dalla disciplina di contabilità generale dello Stato che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827), trova il proprio fondamento nel principio generale dell'autotutela della pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2010 n. 1997).

5.3. Quindi, l'aggiudicazione provvisoria, anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo alla gara, è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, che determina la nascita di una mera aspettativa.

6. Ad escludere ogni possibile affidamento del raggruppamento provvisoriamente aggiudicatario nella conclusione della procedura contribuisce inoltre l'analisi della lex specialis di gara: difatti nell'art. 15.1 del bando era espressamente specificato che “l'affidamento è tassativamente subordinato alla conclusione della procedura di cui al comma 5 dell'art. 1 della legge 3 gennaio 1978 n. 1 ed al persistere del finanziamento comunitario” trattandosi di opera cofinanziata con fondi europei di sviluppo regionale ai sensi dell'art. 9 del bando di gara.

Ne consegue che i concorrenti ed aspiranti aggiudicatari dell'appalto erano chiaramente resi edotti dell'esistenza delle due condizioni cumulative (attinenti al perfezionamento delle procedure espropriative ed al mantenimento dei contributi comunitari) dalle quali dipendeva la positiva definizione dell'appalto. Tale previsione contenuta nel bando deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di revoca degli atti di gara, subordinato ad una congrua motivazione e alla ricorrenza degli eventi ivi menzionati che, in ogni caso, dipendevano da circostanze esterne all'amministrazione, considerazione che esclude quindi la configurabilità nella fattispecie di una condizione meramente potestativa ex art. 1355 del codice civile (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245).

7. Peraltro, la decadenza degli impegni assunti relativamente alle opere oggetto di gara è stata dichiarata dal Comune di Napoli proprio per il venir meno delle condizioni indicate nella lex specialis.

Difatti nella delibera della Giunta Municipale n. 2833 del 2007 si legge che:

a) con riguardo alle connesse procedure espropriative (pagina 4) “alcune opere non hanno avuto corso in quanto (...) per via Montagna Spaccata primo e secondo lotto, per l'area mercatale scoperta e per l'ampliamento dell'area artigianale si è avuto un problema di disponibilità delle aree, mentre per il parco con campo da golf non è intervenuta da parte del Consiglio regionale la modifica del piano

paesistico dei Campi Flegrei e pertanto è decaduta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle suddette opere”;

b) in relazione ai finanziamenti comunitari (pagina 5) “la Comunità europea ha comunicato con nota n. 4188 del 16 maggio 2006 che il definitivo contributo per il P.O. Pianura è pari a (euro) 13.078.466,92 e pertanto occorre ridefinire il programma, non potendo contare più su euro 11.921.533,08 (25.000.000 meno 13.078.466,92)” ed ancora “gli affidamenti a suo tempo effettuati erano totalmente subordinati al finanziamento comunitario che è venuto meno e pertanto non sussistono più, senza onere a carico del comune”: per l’effetto, la Giunta deliberava di “prendere atto che risultano decaduti gli impegni assunti relativamente alle seguenti opere (...) ampliamento Montagna spaccata (I e II lotto)”;

8. In particolare, è indubbio che la riprogrammazione ed il venir meno di parte dei finanziamenti comunitari abbiano influito in misura decisiva sulle determinazioni dell’amministrazione, costituendo giustificati motivi di mancata conclusione dell’appalto. Tale circostanza è idonea ad escludere l’elemento soggettivo del dolo o della colpa, a sua volta imprescindibile per integrare gli estremi della invocata responsabilità precontrattuale che, come noto, è riconducibile alla responsabilità aquiliana di cui all’art. 2043 del codice civile.

Ad ulteriore conferma dell’assenza di “culpa in contahendo” dell’amministrazione vi è anche la considerazione che non vi è stata alcuna richiesta di anticipata esecuzione delle opere al raggruppamento provvisoriamente aggiudicatario e che, già con nota del 16 aprile 2001 (in riscontro ad una diffida inoltrata dall’a.t.i. ALFA) l’amministrazione comunicava che non si poteva procedere all’aggiudicazione non essendosi conclusa la procedura espropriativa richiamata nel bando di gara (come si è visto, in seguito si è verificata l’altra condizione rappresentata dal venir meno dei finanziamenti comunitari).

9. Dalle esposte considerazioni discende che non è configurabile la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che si è motivatamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse.
10. Spese ed onorari di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. VIII, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe n. 7466 del 2009, lo respinge. Condanna la società RICORRENTE. s.r.l. al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore del Comune di Napoli che liquida in Euro 1.500,00 (miljecinquecento/00).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Carlo Buonauro, Primo Referendario

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2010

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

IL SEGRETARIO