

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8771 del 2012, proposto dal Comune di Afragola, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Messina, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, Largo Arenula 34;

contro

Società Consortile a r.l. Generali Appalti Pubblici - Gap Scarl, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Linguiti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via di Villa Pepoli 16;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE VIII, n. 1646/2012, resa tra le parti, concernente risarcimento danni in relazione a revoca della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione del sistema infrastrutturale nell'area urbana compresa fra via Ferrarese e via Maggese del Comune di Afragola.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Consortile appellata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2013 il Cons. Nicola Gaviano e udito per la parte appellante l'avv. Messina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società consortile a r.l. Generali Appalti Pubblici - Gap S.C.A.R.L., già partecipante alla gara indetta dal Comune di Afragola con bando pubblicato il 15.11.2010 per l'affidamento dei lavori di riqualificazione del sistema infrastrutturale nell'area urbana compresa tra via Ferrarese e via Maggese, per un importo complessivo posto a base di gara di euro 8.100.030,69, con ricorso al T.A.R. per la Campania esponeva:

- che subito dopo la pubblicazione del bando erano pervenute al Comune numerose richieste di chiarimenti in ordine a molteplici e delicati profili della disciplina di gara ritenuti, dalle imprese, oscuri e contraddittori;
- che in un primo momento il Comune aveva pubblicato delle note di chiarimento e delle precisazioni, per rettificare il contrasto ravvisato tra bando e disciplinare sui criteri di valutazione dell'offerta;
- che alla data del 29.12.2010, prevista per l'espletamento della prima seduta di gara, questa non aveva però avuto luogo, per essere stata disposta la revoca della procedura;
- che essa ricorrente non aveva peraltro avuto neppure in seguito alcuna comunicazione di tale revoca, nonostante la richiesta inoltrata con nota del 13.01.2011, avendo appreso solo nel mese di febbraio del 2011 che il Comune aveva adottato la determina di revoca n. 1824 del 24.12.2010, e ciò in ragione della notevole confusione ingeneratasi nella giusta interpretazione del bando di gara, tale da poter indurre in errore i concorrenti.

Tanto premesso, la ricorrente instava in giudizio in via principale per la condanna del Comune di Afragola al risarcimento di tutti i danni da essa patiti e patendi, quantificabili in complessivi euro 162.444,31 (di cui euro 81.444,00 per spese ed euro 81.000,31 per lucro cessante), oltre interessi e rivalutazione monetaria, a titolo di responsabilità extracontrattuale da atto amministrativo illegittimo.

In via subordinata, per il caso, cioè, di accertata legittimità dell'atto di revoca, la ricorrente chiedeva, ad ogni modo, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni quantificati nella misura di euro 151.444,00 (di cui euro 81.444,00 per spese ed euro 70.000 per danno da perdita di *chance*), oltre interessi e rivalutazione, a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione dei canoni di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c..

In via ulteriormente gradata, infine, domandava l'accertamento del proprio diritto ad un equo indennizzo ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 per la somma di euro 81.444,00, ovvero nella somma ritenuta di giustizia da liquidarsi anche in via equitativa.

Si costituiva il Comune di Afragola in resistenza al ricorso, del quale chiedeva il rigetto.

All'esito del giudizio il Tribunale adito, con la sentenza n. 1646/2012 in epigrafe, pur ritenendo legittimo il provvedimento di revoca, reputava nondimeno che l'operato del Comune fosse stato incompatibile con i doveri di correttezza e buona fede, e a tale titolo condannava l'Ente al risarcimento del danno precontrattuale patito dalla ricorrente, stabilendo i criteri in base ai quali il debitore avrebbe dovuto proporre all'avente diritto il pagamento di una somma a titolo di risarcimento entro il termine di giorni novanta dalla comunicazione della decisione ("... *l'amministrazione comunale di Afragola, avuto riguardo alle fatture esibite in giudizio, avrà cura di riscontrare le prestazioni di cui ha usufruito la ricorrente per la presentazione della offerta con la documentazione prodotta agli atti di gara, nonché di verificare la rispondenza degli importi oggetto di esborso da parte della ricorrente a tale titolo con le scritture contabili in possesso della medesima che la stessa avrà cura di allegare*").

Seguiva l'appello avverso la detta pronuncia del Comune, nella parte in cui il Tribunale ne aveva affermato la responsabilità precontrattuale, pronunciando la sua conseguente condanna risarcitoria.

Resisteva all'appello l'originaria ricorrente.

La Sezione con ordinanza in data 15-16 gennaio 2013 accoglieva la domanda cautelare proposta dal Comune appellante, fissando la data della trattazione della controversia in sede di merito.

Alla pubblica udienza del 4 giugno 2013 l'appello è stato trattenuto in decisione.

1 La Sezione deve dare preliminarmente atto che la sentenza di primo grado appellata è diventata definitiva, per difetto di gravame, oltre che sul punto dell'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa, su quello della legittimità della misura di revoca della gara in questione disposta dal Comune ora appellante, ed infine su quello della non spettanza all'attuale appellata dell'indennizzo da essa richiesto in precedenza a carico del Comune ai sensi dell'art. 21 *quiquies* della legge n. 241/1990.

Forma invero oggetto del presente, parziale appello il solo capo della sentenza di prime cure che ha reputato responsabile il Comune di Afragola a titolo di *culpa in contrahendo*, per l'effetto condannandolo al risarcimento del danno precontrattuale cagionato all'originaria ricorrente.

L'appello è fondato, sia pure solo in relazione al suo secondo motivo.

2a Il Comune con il primo mezzo d'appello assume che in materia di contratti pubblici una responsabilità precontrattuale della P.A. per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede potrebbe essere configurata solo in quella particolare fase della procedura che va dall'aggiudicazione alla stipula del contratto.

Prima dell'aggiudicazione, gli interessati sarebbero solo dei partecipanti al procedimento amministrativo volto alla selezione della migliore offerta, e come tali potrebbero soltanto far valere una pretesa alla legittimità degli atti compiuti dall'Amministrazione.

Poiché, quindi, nella specie la revoca di cui si tratta è stata disposta ancor prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e perciò in assenza di qualsivoglia aggiudicazione, non sarebbe configurabile alcuna forma di *culpa in contrahendo*. Diversamente argomentando, viene aggiunto, si giungerebbe al "paradosso" che la tutela risarcitoria potrebbe essere invocata da tutti i partecipanti ad una procedura di gara pur legittimamente revocata.

2b Il motivo è infondato.

Il Collegio non potrebbe disconoscere il fatto che l'interpretazione su cui poggia il motivo abbia trovato importanti riscontri presso autorevole giurisprudenza (cfr. Cass. civ., SS.UU., 26 maggio 1997, n. 4673; Sez. I, n. 13164 del 18 giugno 2005).

Anche questa Sezione si è del resto espressa, in un passato anche recente, nel senso della non configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. "*anteriamente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente*

una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative." (C.d.S., V, n. 3393 del 28 maggio del 2010 e n. 6489 dell'8 settembre 2010: a fondamento di tale indirizzo, peraltro, è stata richiamata, a partire dalla sentenza della Sez. IV n. 5633 dell'11 novembre 2008, la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 5 settembre 2005, che oggettivamente tuttavia non risulta inscrivibile in tale orientamento).

Il fatto è che la ricaduta immediata di una simile impostazione è quella di finire, in pratica, con l'esonerare l'Amministrazione dal rispetto del dovere di diligenza e correttezza per tutto l'arco della sua azione sul terreno delle procedure dell'evidenza pubblica, che pure costituiscono la regola del suo agire nella dimensione contrattuale, finché l'Amministrazione stessa non sia pervenuta all'esito dell'aggiudicazione. E questo a dispetto della soggezione di principio, pur normalmente enunciata, della stessa P.A. all'istituto della *culpa in contrahendo*, che porta ad affermare che la sua responsabilità precontrattuale sarebbe *"configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ."* (Cass. civ., III, n. 12313 del 10 giugno 2005, richiamata da Sez. II, n. 477 del 10 gennaio 2013).

Onde l'interpretazione sostenuta dall'appellante si traduce in un'aprioristica esenzione dal diritto comune dell'Amministrazione (proprio quando la medesima opera sul piano contrattuale) che appare di difficile giustificazione.

Occorre poi considerare che la gara non è "altro" rispetto alla formazione del contratto della P.A.; e che i privati che vi partecipano, sottoponendo le proprie offerte alla Stazione appaltante, hanno tutti la qualità di possibili futuri contraenti con l'Amministrazione.

Come ha esattamente osservato in sostanza il primo Giudice, invero, gli atti del procedimento dell'evidenza pubblica, in quanto preordinati alla conclusione del contratto, sono al tempo stesso configurabili anche quali atti di trattativa e di formazione progressiva del contratto stesso, e come tali rilevanti anche ai sensi dell'art. 1337 cod.civ..

Questo Consiglio ha recentemente osservato (Sez. VI, n. 5638 del 7 novembre 2012, e n. 4236 del 25 luglio 2012), infatti, che *"La fase di formazione dei contratti pubblici, come è noto, è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell'interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplano normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predeterminato nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto"*

con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità."

Già in precedenza, peraltro, la revoca di una procedura contrattuale non ancora sfociata in aggiudicazione era stata considerata come possibile fonte di responsabilità precontrattuale da numerose decisioni di questo Consiglio, quali Sez. V, n. 2882 dell'11 maggio 2009 e n. 4947 dell'8 ottobre 2008; Sez. VI, n. 5002 del 5 settembre 2011 e n. 4921 del 2 settembre 2011.

E la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 2005 aveva avvertito come "*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*".

Il Collegio, per quanto precede, è dell'avviso che la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata non fosse ancora sfociata nell'aggiudicazione non valga, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione revocante, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative (fermo restando, comunque, che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale).

Ne consegue l'infondatezza di questo primo mezzo di appello.

3 Il motivo che residua è per contro suscettibile di accoglimento.

3a Il Comune con il suo secondo mezzo oppone che la propria condotta sarebbe stata del tutto conforme ai canoni della correttezza e buona fede.

L'Ente adduce, difatti: di avere risposto in modo tempestivo e puntuale alle richieste di chiarimenti ricevute dopo la pubblicazione del bando di gara (G.U. 15 novembre 2010); di avere indi ragionevolmente deciso per la revoca della procedura, disposta con provvedimento del 24 dicembre 2010 : misura adottata a poco più di un mese dalla pubblicazione del bando, e prima del termine fissato per la presentazione delle offerte (il successivo giorno 28); di avere dato, infine, pronta quanto adeguata pubblicità a tale revoca, mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale il seguente 27 dicembre ed affissione all'albo pretorio a partire dal giorno 28 (oltre che mediante le forme a suo tempo seguite per il bando).

3b Queste considerazioni possono essere sostanzialmente condivise.

3c Il Tribunale, con il ritenere che dalla revoca di una procedura di gara, pur intrinsecamente legittima, potesse ben scaturire una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, è partito da un principio di diritto astrattamente ineccepibile.

Esatta, infatti, è la sua osservazione che la legittimità dell'atto di revoca non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento dell'Amministrazione dal punto di vista del rispetto, nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, dei canoni di buona fede e correttezza.

Secondo un'acquisizione giurisprudenziale già consacrata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 6 del 5 settembre 2005), la revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura, anche ove ritenuta legittima, lascia invero intatto *"il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi"*, onde i relativi comportamenti dell'Amministrazione, allorché risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del cod.civ., si pongono quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale. E questa acquisizione si trova ribadita anche presso la giurisprudenza più recente (cfr. C.d.S., VI: nn. 5638 del 7 novembre 2012 e 4236 del 25 luglio 2012, già richiamate sotto diverso profilo nel precedente paragrafo 2b; n. 1440 del 15 marzo 2012).

In altre parole, quindi, *"ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c."* (C.d.S., IV, 7 febbraio 2012, n. 662, che richiama a sua volta V, 7 settembre 2009 n. 5245).

3d Tanto premesso, la Sezione deve tuttavia dissentire dal T.A.R. nella parte in cui questo ha ritenuto che la condotta tenuta in concreto dal Comune fosse stata in contrasto con i parametri deontologici della fase precontrattuale ispirati al valore della correttezza.

Come ha già ricordato il primo Giudice, il provvedimento di revoca è stato motivato dall'Amministrazione comunale di Afragola con la *"constatata equivocità nella formulazione di clausole che avevano dato luogo a numerose richieste di chiarimenti, ingenerando una notevole confusione nella giusta interpretazione della lex specialis, tale da indurre in errore i concorrenti nella procedura di gara. L'amministrazione, pertanto in vista di possibili contenziosi correlati alla constatata incertezza interpretativa, e dei connessi oneri futuri dovuti alla comune esperienza, ha inteso revocare la procedura di gara motivando la decisione con la necessità di garantire i principi fondamentali di trasparenza, correttezza, imparzialità e parità di trattamento nell'esperimento della gara medesima."*

Tali essendo le ragioni che hanno indotto il Comune a recedere dalla procedura contrattuale poco prima avviata, la loro serietà e plausibilità appaiono subito manifeste.

Partendo dall'equivocità della *lex specialis*, pur senz'altro ammessa dal Comune (tanto da porla a base del proprio atto di revoca), va osservato che tale connotato aveva carattere palese, essendo perciò manifesto anche per le ditte potenzialmente interessate. Come tale, pertanto, esso già in partenza menomava l'idoneità del bando a suscitare particolari affidamenti, in particolare con riferimento alla possibilità di una procedura dalla disciplina siffatta di andare a buon fine.

D'altra parte, il solo fatto dell'essersi una Stazione appaltante espressa, in occasione della redazione della disciplina di gara, con elementi equivoci, non può di per sé essere considerato alla stregua di un contegno lesivo del principio di correttezza nelle trattative:

un'insufficiente chiarezza potrebbe essere stigmatizzata (al di là del caso estremo in cui sia addirittura seguita da un approfittamento della stessa parte dal contegno dianzi equivoco) solo quando sia stata senza giustificazione protratta nel tempo nel corso delle trattative, con il dare appunto seguito alla procedura a dispetto dell'ambiguità della sua *lex specialis*, tenendo in non cale le richieste di chiarimento avanzate dagli operatori. Ma una condizione del genere nella specie non ricorre.

Quanto alla circostanza che il Comune prima si sia adoperato per tentare di chiarire il senso della disciplina di gara, e solo in un secondo tempo si sia risolto per la revoca della procedura, tale punto, lungi dal poter formare materia di addebito, è semmai indice della cautela e del senso di responsabilità con cui l'Amministrazione si è mossa, optando per il recesso dalle trattative solo quando è risultato con sufficiente nitidezza che non esistevano margini tali da permettere di recuperare il procedimento mediante interventi di chiarimento interpretativo.

Va rilevato, infine, che la decisione di revoca della gara è stata presa con tempistica di per sé immune da possibili censure, e sollecitamente è stata resa conoscibile con i mezzi a disposizione (in generale, sulla necessità di dare notizia immediata della revoca di una procedura di evidenza pubblica cfr. già Ad.Pl. n. 6/2005 cit.).

Occorre difatti osservare che quella di cui si tratta era una procedura aperta, onde la Stazione appaltante non conosceva a priori l'identità delle imprese che avrebbero potuto parteciparvi, sì da poterle tempestivamente notificare (a mezzo di fax o comunicazione di posta elettronica) prima che presentassero la loro offerta.

Non resta allora che rilevare che la revoca, decisa alla vigilia di Natale del 2010, è stata pubblicata sul sito istituzionale dell'Ente il primo giorno feriali successivo, vale a dire il 27 dicembre, e dall'indomani anche all'albo pretorio comunale, con tempistica dunque sufficientemente sollecita, e come tale non passibile di critica.

Per quanto precede, al Comune non può essere mosso alcun addebito di violazione del canone di correttezza nelle trattative.

4 In conclusione, per le ragioni esposte nel paragrafo 3d l'appello deve trovare accoglimento, e conseguentemente, non potendo ascrivere alcuna responsabilità al Comune di Afragola, la pretesa risarcitoria introdotta a suo tempo dall'attuale appellata deve essere respinta.

Si ravvisano, nondimeno, ragioni equitative tali da giustificare la compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio tra le parti

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 4 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 15/07/2013.