

Pubblicato il 06/11/2017

N. 05091/2017REG.PROV.COLL.
N. 08167/2016 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8167 del 2016, proposto da:

Comune di [REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato [REDACTED] con domicilio eletto presso lo studio [REDACTED] in Roma, via Sicilia, 50;

contro

Consorzio Stabile [REDACTED] S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Ausiello, Massimo Caiano, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo E Giuseppe Studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 04300/2016, resa tra le parti, concernente l'impugnativa della revoca della procedura di gara POR Campania FESR n. 148/2013 e n. 378/2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Stabile [REDACTED] S.C.A.R.L., con appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2017 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati [REDACTED] Antonio Ausiello,;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con gli appelli in esame, principale ed incidentale, viene impugnata la sentenza del 14 settembre 2016 n. 4300, con la quale il Tribunale amministrativo regionale della Campania- Napoli, sez. I, ha accolto parzialmente il ricorso proposto dal Consorzio Stabile [REDACTED] S.C.A.R.L. per l'annullamento della nota prot. 6356 dell'8 marzo 2016. Con questa il Comune di [REDACTED] aveva comunicato alla ricorrente la revoca della procedura di gara POR Campania FESR n. 148/2013 e 378/2013, intervento denominato "lavori di riqualificazione urbana di piazza degli Eroi ed aree limitrofe".

La sentenza impugnata ha ritenuto legittimi il ritiro del procedimento di gara, all'esito del quale la parte ricorrente era divenuta aggiudicataria provvisoria, e la revoca di questa aggiudicazione, per entrambe le ragioni di interesse pubblico risultanti dagli atti: un'originaria criticità progettuale che avrebbe imposto il ricorso a varianti in corso d'opera (scelta che, ove adottata, avrebbe potuto, secondo il Tribunale, <<*determinare serie conseguenze in termini di violazione della par condicio*>>); la perdita dei finanziamenti provenienti dalla Regione Campania per la mancata conclusione del procedimento di gara entro il 31 dicembre 2015, come previsto nella convenzione sottoscritta tra la Regione Campania e il Comune di [REDACTED] il 13 marzo 2015 (non essendo sindacabile, secondo il Tribunale, la scelta dell'amministrazione, conseguente alla perdita dei finanziamenti regionali, di non fare ricorso a mezzi ordinari di finanziamento per non alterare l'equilibrio economico e finanziario della gestione).

Rigettata così l'azione impugnatoria (sulla quale si è formato giudicato interno per acquiescenza del Consorzio), il Tribunale ha implicitamente rigettato, mediante sostanziale assorbimento, la domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente per ottenere il ristoro del danno provocato dal provvedimento di revoca (infondatamente) assunto come illegittimo. Il giudice di primo grado ha invece accolto, nei limiti di cui appresso, la domanda risarcitoria per la parte in cui la società ricorrente ha lamentato <<*una lesione del proprio legittimo affidamento ad una conclusione del procedimento di gara che fosse utile ad*

assicurarle la qualità di aggiudicatario definitivo e, quindi, di contraente del Comune di [REDACTED] ha infatti ritenuto che la lesione fosse riconducibile alla colpevole condotta assunta dalla stazione appaltante nella gestione del procedimento di gara, per le criticità e i ritardi registrati durante la fase di pubblicazione della *lex specialis* e per il conseguenziale slittamento dei termini di partecipazione nonché per la <<*confessata lenta celebrazione delle attività di esame delle offerte, dichiaratamente ricondotta a problemi di tipo organizzativo interno*>>.

Il Tribunale ha qualificato la responsabilità come da <<contatto qualificato>> ed ha reputato che fosse da ricondurre alla norma generale dell'art. 2043 cod. civ., in quanto dovuta a cattiva gestione dei tempi e dell'organizzazione del procedimento. In punto di danno risarcibile, ha escluso il risarcimento dei danni da lesione dell'interesse contrattuale negativo; ha ritenuto risarcibile il danno da mancato conseguimento dell'aggiudicazione definitiva per fatto colpevole della stazione appaltante, limitatamente al lucro cessante, stimato nella misura del 3% della base d'asta, oltre alla maggiore somma tra interessi e rivalutazione monetaria dal 1° gennaio 2015 (data di verifica del danno) al soddisfo; ha escluso la sussistenza di un danno emergente commisurato alle spese di partecipazione alla gara, trattandosi di <<*spese necessarie per l'acquisizione della posizione di aggiudicatario provvisorio*>>, così come ha escluso il danno curriculare.

Ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm., il Tribunale ha imposto al Comune di [REDACTED] di presentare al Consorzio ricorrente, entro trenta giorni dalla comunicazione della decisione (o dalla notificazione, se anteriore), una proposta di risarcimento danni secondo quanto sopra; infine, ha compensato le spese di lite, ponendo a carico del Comune il contributo unificato versato dalla ricorrente.

1.1. Avverso tale decisione il Comune di [REDACTED] propone i seguenti motivi di appello principale:

- violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. *Error in iudicando*. Difetto di motivazione, per avere il Tribunale accolto la domanda risarcitoria per una *causa petendi* (risarcimento del danno da responsabilità da <<contatto qualificato>> per mancato conseguimento dell'aggiudicazione definitiva) diversa da quella prospettata dalla ricorrente in primo grado (risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale per mancata stipula del

contratto) e per avere riconosciuto a titolo di risarcimento un importo percentuale (3%) sulla base d'asta e non sulla base d'asta ribassata, come richiesto dalla ricorrente, e comunque senza alcuna motivazione;

- nel merito, la sentenza sarebbe errata perché: a) l'aggiudicazione provvisoria non costituisce posizione tutelabile con il risarcimento del danno, stante la sua instabilità; b) non si può prescindere dall'esame dell'atto amministrativo costituente il presupposto logico della richiesta di risarcimento, che in tanto potrebbe essere accolta in quanto l'atto sia stato dichiarato illegittimo; c) non vi è colpa dell'Amministrazione nel ritardo, trattandosi di procedura da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la cui conclusione, come è notorio, occorre un tempo medio di almeno quattro-cinque mesi (quanti ne sono occorsi nel caso di specie); d) il giudice non ha tenuto conto della mancata comunicazione del preavviso di ricorso ex art. 243 bis d.lgs. n. 163 del 2006 e del concorso della ricorrente nella causazione del danno ex art. 1227 cod. civ.; e) il T.A.R. ha omesso di valutare se la ricorrente avesse i requisiti perché l'aggiudicazione provvisoria si trasformasse in definitiva e comunque ha omesso di subordinare il provvedimento di risarcimento alla preliminare verifica di questi requisiti da parte dell'Amministrazione.

L'appellante principale, dopo aver riproposto eccezioni di inammissibilità del ricorso (per omessa notifica nei confronti della Regione Campania e per difetto di legittimazione attiva dell'aggiudicataria provvisoria) in parte già rigettate dal Tribunale, ha concluso per l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza impugnata.

1.2. A sua volta, il Consorzio Stabile [REDACTED] S.C.A.R.L., nel costituirsi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità dell'appello di controparte per violazione dell'art. 101 Cod. proc. amm. e, nel merito, l'infondatezza dei motivi; ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., la domanda di indennizzo ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, non esaminata dal primo giudice; ha avanzato, ai sensi dell'art. 96 Cod. proc. amm., appello incidentale avverso il capo di sentenza col quale è stato escluso il diritto al risarcimento del danno emergente, corrispondente alle spese sostenute per partecipare alla gara.

1.3. Entrambe le parti hanno depositato memorie in vista dell'udienza pubblica del 27 aprile 2017. A questa udienza è stata disposta, con ordinanza collegiale, l'acquisizione del fascicolo di primo grado.

All'udienza di trattazione, fissata quindi per il 21 settembre 2017, è stata riservata la decisione.

2. Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'appello principale per violazione dell'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm. dal momento che il ricorso del Comune contiene specifiche censure della sentenza di primo grado, in merito alla qualificazione dell'azione esperita da controparte ed ai criteri di determinazione del danno risarcibile, oltre che al rigetto dell'eccezione preliminare di difetto del contraddittorio per la mancata sua estensione alla Regione Campania.

2.1. Quanto a quest'ultima eccezione, riproposta in grado d'appello, è sufficiente ribadire le ragioni di infondatezza esposte in sentenza. La Regione Campania non è parte necessaria, dal momento che non è impugnato alcun atto di provenienza regionale, né in via principale né come atto presupposto o consequenziale rispetto a quello impugnato, emanato dal Comune di [REDACTED]. Soltanto quest'ultimo, in qualità di stazione appaltante, e la società ricorrente, in qualità di aggiudicataria provvisoria, sono le parti del rapporto conseguito all'espletamento della gara ed all'atto di revoca impugnato.

2.2. L'altra eccezione, proposta dall'appellante principale, concerne un'asserita inammissibilità del ricorso in primo grado per difetto di legittimazione attiva dell'aggiudicataria provvisoria. A prescindere dal profilo di inammissibilità prospettato dal Consorzio appellato, per novità dell'eccezione (non avanzata in primo grado in questi stessi termini), essa è palesemente infondata sia per quanto appena detto a proposito della posizione di parte del rapporto sostanziale in capo all'aggiudicataria provvisoria –che, all'evidenza, è il soggetto legittimato a dolersi della revoca appunto del provvedimento di aggiudicazione, del quale è stata destinataria- sia per quanto si dirà a proposito della tutela risarcitoria accordata alla stessa aggiudicataria, pur se provvisoria.

3. Nel merito, l'appello principale è solo parzialmente fondato.

Va, in primo luogo, sgomberato il campo dal motivo col quale si sostiene la pregiudizialità necessaria della dichiarazione di illegittimità dell'atto amministrativo rispetto al

riconoscimento della sussistenza di un danno risarcibile. L'assunto è infondato poiché nel caso di specie non è (più) in discussione il risarcimento del danno per l'atto di revoca della procedura di gara e dell'aggiudicazione provvisoria: accertata la legittimità della revoca, ne è seguito l'implicito rigetto dell'azione risarcitoria avanzata per il danno corrispondente, senza che il Consorzio abbia impugnato la statuizione esplicita di rigetto dell'azione impugnatoria e quella (implicita) di rigetto dell'azione risarcitoria per il danno che si assumeva essere derivato direttamente dalla revoca.

Piuttosto, è in discussione la domanda risarcitoria -pure avanzata dal Consorzio in primo grado, nei termini di cui si dirà- per il comportamento illecito tenuto dall'amministrazione nella conduzione del procedimento di gara per l'affidamento dei lavori pubblici. Trattasi di azione proponibile anche in via autonoma (arg. ex art. 30 e 133, lett. e), n. 1 c.p.a.), per la quale non rileva l'atto amministrativo -sia esso o meno contestualmente impugnato- bensì il comportamento tenuto dall'amministrazione, che si assume lesivo di posizioni di diritto soggettivo dei privati.

E' oramai ripetuta, nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, l'affermazione che anche in caso di revoca legittima degli atti di aggiudicazione di gara per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che abbia tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza, inducendo le imprese concorrenti o aggiudicatarie a confidare nell'esito positivo del procedimento di gara (Cons. Stato, V, 1 febbraio 2013, n. 633; id., V, 6 maggio 2015, n. 2270; id., V, 5 maggio 2016, n. 1797).

3.1. Pure infondato, in punto di fatto, è il motivo col quale il Comune censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto colposa la condotta tenuta dalla stazione appaltante nella gestione del procedimento di gara.

Va premesso che, come meglio si dirà nel prosieguo, la responsabilità ascrivibile all'amministrazione è di natura precontrattuale, riconducibile perciò al disposto dell'art. 1337 cod. civ., sicché la valutazione della condotta va effettuata secondo il parametro normativo della buona fede.

In punto di fatto, non è nemmeno contestato dall'appellante che si sia registrato un considerevole ritardo nella fase della pubblicazione della *lex specialis*, dal momento che il

Comune, pur avendo reso noto il bando sul sito web in data 8 aprile 2015, lo pubblicò sulla GURI solo in data 17 luglio 2015, senza che risulti alcuna ragione, non imputabile all'ente committente, di tale considerevole ritardo. Questo ritardo –che comportò il differimento del termine per la presentazione delle offerte al 31 agosto 2015- è rilevante perché era ben noto alla committenza che, in forza della convenzione stipulata con la Regione Campania in data 13 marzo 2015, i finanziamenti regionali sarebbero andati perduti se i lavori non fossero stati consegnati entro il 31 dicembre 2015 (in quanto erano ammesse a finanziamento solo le spese effettuate dal 1° gennaio 2015 al 31 dicembre 2015). Ancora, era ovviamente nota al Comune la situazione dell'organico degli uffici comunali, quindi era conosciuto il numero dei dipendenti da adibire allo svolgimento delle operazioni di gara; perciò, l'asserita carenza di organico, anche ove esistente, non potrebbe costituire fatto idoneo ad escludere la responsabilità del Comune per aver completato le operazioni di gara in ritardo rispetto al termine utile per beneficiare dei finanziamenti regionali, essendo del tutto mancata anche solo la deduzione che detta carenza d'organico (nel provvedimento di revoca qualificata, anzi, come “perdurante”) fosse dovuta a fatti sopravvenuti ed imprevedibili. Nemmeno può rilevare che –così come assume l'appellante- non sarebbe, in astratto, patologico il tempo, di poco più di cinque mesi, impiegato per l'esame dei progetti e l'esame delle offerte economiche presentate da sei concorrenti: in presenza di un ritardo imputabile all'amministrazione nella fase iniziale del procedimento e del rischio elevato di perdere per scadenza dei termini finanziamenti regionali indispensabili (tanto che, una volta perduti, l'amministrazione è stata costretta al ritiro del progetto), un comportamento improntato a correttezza e buona fede nella fase di scelta del contraente avrebbe richiesto, quanto meno, l'adozione di misure organizzative interne, anche a carattere straordinario, idonee a completare per tempo il procedimento, rispettando l'affidamento riposto dai partecipanti nella tempestiva conclusione della gara. A maggior ragione, il comportamento contrario a buona fede dell'amministrazione rileva se si considera l'altra ragione emersa dagli elementi documentali acquisiti al processo e posta a fondamento della revoca degli atti di gara (pur se non esplicitata nel provvedimento), riconducibile a carenze del progetto per anomalie e calcoli errati, comunque imputabili all'amministrazione appaltante.

Va perciò confermata la sentenza impugnata nella parte in cui ha accertato un comportamento scorretto del Comune nella gestione del procedimento di gara, conclusosi con la nota prot. n. 34220 del 28 dicembre 2015 di comunicazione dell'aggiudicazione al Consorzio qui appellato, confermata con determina del 31 dicembre 2015 di approvazione degli atti di gara, poi revocati con determina n. 289 del 7 marzo 2016, comunicata con la nota prot. 6356 dell'8 marzo 2016 (quindi a distanza di oltre due mesi dalla conferma dell'aggiudicazione provvisoria, come non manca di notare l'appellata).

3.2. Il Comune appellante sostiene che la sentenza sarebbe viziata per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in quanto il Consorzio avrebbe agito nel presupposto che detta aggiudicazione fosse definitiva e che la sua revoca avrebbe comportato responsabilità ex art. 1337 cod. civ. per la mancata stipulazione del contratto, mentre il Tribunale ha ritenuto che si sia trattato di aggiudicazione soltanto provvisoria e che la responsabilità della stazione appaltante sia da qualificarsi come responsabilità da "contatto qualificato" e sia riconducibile al disposto dell'art. 2043 cod. civ.

La censura di ultrapetizione è infondata, anche se la motivazione della sentenza va corretta, nei termini che seguono.

La responsabilità della stazione appaltante per la cattiva gestione dei tempi e dell'organizzazione di gara si configura nei confronti dell'aggiudicatario (provvisorio o definitivo), che veda lesa il suo legittimo affidamento nella conclusione positiva del procedimento, come responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 cod. civ..

Nel dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, sulla natura di questa responsabilità si contrappongono la posizione, che -per comodità espositiva- può definirsi tradizionale, che la ascrive al paradigma generale della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 cod. civ. e la posizione -di recente seguita anche dalla Corte di Cassazione (in termini espliciti, da ultimo Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, nonché Cons. Stato, V, 2 marzo 2017, n. 1979) - che, valendosi appunto del sintagma della responsabilità da <<contatto qualificato>>, ne ritiene la matrice contrattuale, pur se in riferimento all'inadempimento di un'obbligazione, di lealtà e correttezza, di fonte legale (ex art. 1173 cod. civ.).

Pertanto, il Tribunale è incorso in una sorta di contraddizione in termini quando ha ritenuto che nel caso di specie si sia in presenza <<di un'ipotesi di responsabilità da

contatto qualificato, attualmente ricadente nella figura generale di cui all'art. 2043 c.c., specificamente come paradigma di cattiva gestione dei tempi e dell'organizzazione del procedimento>>.

Per la decisione del caso di specie non è affatto necessario prendere posizione sulla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità ex art. 1337 cod. civ., non essendo in contestazione né termini di prescrizione né criteri di riparto dell'onere della prova (profili rispetto ai quali rileva l'individuazione della natura della responsabilità in questione).

E' sufficiente ribadire che –al di là dell'inesatta qualificazione adottata dal T.A.R.- va ascritta al paradigma della responsabilità precontrattuale, ai sensi della norma citata, la responsabilità del Comune di ██████ appaltante, per non aver condotto secondo buona fede la fase di scelta del contraente, mal gestendo tempi ed organizzazione della gara, sì da porsi colpevolmente nella posizione di perdere i finanziamenti indispensabili per l'attuazione dei lavori da appaltare ed essere perciò costretto a revocare gli atti di gara.

E' oramai scontata l'applicabilità dell'art. 1337 cod. civ. nei confronti della pubblica amministrazione, gravando anche su quest'ultima l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative, vale a dire nella fase di scelta del contraente e formativa del contratto, sia essa di natura privatistica ovvero condotta secondo un procedimento di evidenza pubblica (già Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, nonché Cons. Stato, V, n. 633/13 cit. e numerose altre successive, tra cui: Cons. Stato, IV, 15 settembre 2014, n. 4674 e 16 gennaio 2014, n. 142; id., V, 14 aprile 2015, n. 1864).

Come detto sopra, la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, sicché prescinde dalla (verifica della) legittimità di questo e non incide sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali.

Alla responsabilità precontrattuale è ricondotto l'ingiustificato (od ingiustificabile) recesso dalle trattative, quale si è avuto nel caso –qui in esame- di revoca della procedura di gara e dell'aggiudicazione provvisoria per perdita dei finanziamenti imputabile a fatto dell'amministrazione.

Proprio perché il danno del privato non consiste nella mancata aggiudicazione, non rileva, ai fini dell'*an debeatur*, la verifica della sussistenza in concreto, in capo al danneggiato, dei

requisiti per conseguire l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto, su cui insiste il Comune di [REDACTED] qui appellante.

Il danno risarcibile è limitato al c.d. interesse negativo, da intendersi, appunto, come interesse a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a gare d'appalto non portate a compimento per il comportamento scorretto dell'amministrazione. Tutt'al più, potrebbe la stazione appaltante fornire la prova della mancanza in capo all'aggiudicatario provvisorio dei detti requisiti, quale fatto impeditivo o estintivo dell'obbligo risarcitorio delle voci di danno corrispondenti agli esborsi che il danneggiato avrebbe finito per sopportare a suo carico, anche se la gara fosse giunta al suo esito fisiologico. Ma siffatta eventualità non ricorre nel caso di specie.

3.3. Ancora, contrariamente a quanto sostiene la parte appellante la responsabilità precontrattuale come sopra delineata non è esclusa per il solo fatto che il procedimento di gara si sia arrestato dopo l'aggiudicazione provvisoria e prima di quella definitiva.

E' noto il dibattito giurisprudenziale, tuttora vivace, sulla possibilità di configurare la *culpa in contrahendo* della p.a. nella fase anteriore alla scelta del contraente, nei confronti cioè di coloro che sono soltanto partecipanti alla gara. Vi sono infatti dei precedenti in senso contrario (tra i quali, Cons. Stato, V, n. 3393 del 28 maggio del 2010 e n. 6489 dell'8 settembre 2010, nonché di recente id., V, n. 4272 del 2014, n. 3748 del 2015, n. 1599 del 2016) cui se ne contrappongono altri in senso favorevole (Cons. Stato, VI, n. 5638 del 7 novembre 2012 e n. 4236 del 25 luglio 2012, nonché id., V, 15 luglio 2013, 3831).

Sebbene questo secondo orientamento sia da preferire (avendo di recente anche la Corte di Cassazione superato con la sentenza n. 15260 del 3 luglio 2014, un'oramai datata diversa giurisprudenza, risalente alle Sezioni Unite del 26 maggio 1997, n. 4673), va a maggior ragione evidenziato come la posizione dell'aggiudicatario provvisorio sia diversa da quella del mero concorrente, in quanto vi è stata già l'individuazione del potenziale futuro contraente.

Ne consegue che la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata non fosse ancora pervenuta all'aggiudicazione definitiva non vale, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione revocante, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto sia la

condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative sia la situazione di affidamento del privato nella loro positiva conclusione.

Con l'aggiudicatario provvisorio la stazione appaltante instaura infatti una relazione – definibile, se si vuole, come “contatto qualificato”- che vale ad attribuirgli una posizione individuale differenziata, rispetto ad altri, nei rapporti con la p.a. appaltante, anche in relazione allo stadio, oramai, avanzato del procedimento e quindi alla sua idoneità ad ingenerare un affidamento, di norma ragionevole, nella positiva conclusione (fatta salva la prova, spettante alla p.a. di specifiche circostanze atte ad inficiare, in concreto, l'affidamento riposto dall'impresa: cfr. Cons. Stato, III, 15 aprile 2016, n. 1532).

Queste considerazioni non sono affatto smentite dalla giurisprudenza richiamata dall'appellante a sostegno del motivo col quale assume che l'aggiudicazione provvisoria non costituirebbe posizione giuridicamente tutelabile con il risarcimento del danno, stante la sua relativa instabilità.

Siffatta affermazione è vera se si ha riguardo all'esercizio, da parte dell'amministrazione, del potere discrezionale di disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di motivi di interesse pubblico che rendano anche solo inopportuna la prosecuzione del procedimento: in tale eventualità, non è prospettabile alcun affidamento dell'aggiudicatario provvisorio nell'aggiudicazione definitiva e quindi nella stipulazione del contratto, tutelabile a mezzo di risarcimento del danno, poiché l'agire dell'amministrazione è legittimo; né tutelabile anche solo col riconoscimento dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, poiché l'aggiudicazione provvisoria non è atto amministrativo “ad effetti durevoli” come previsto da questa norma (cfr. Cons. Stato, V, 9 luglio 2015, 3453). Gran parte della giurisprudenza richiamata dall'appellante sull'instabilità del provvedimento di aggiudicazione provvisoria attiene ai profili anzidetti, nonché a quello connesso del rispetto delle garanzie partecipative (cfr. Cons. Stato, V, 9 luglio 2015, n. 3453; id., III, 28 febbraio 2014, n. 942; id., VI, 19 gennaio 2012, n. 195), che va escluso per la mancanza, appunto, di un legittimo affidamento dell'aggiudicatario provvisorio nella favorevole conclusione del procedimento amministrativo.

E però qui non si sta discorrendo del procedimento amministrativo nel quale si compendia la fase di scelta del contraente, sul versante pubblicistico, né è in discussione il

risarcimento del danno direttamente derivato dal provvedimento di revoca assunto come illegittimo (già escluso dal primo giudice, e non più in contestazione). Trattasi piuttosto del risarcimento del danno derivato da (modalità e tempi di) conduzione della fase di formazione della volontà negoziale, secondo il contestuale procedimento negoziale regolato da norme di diritto privato.

In riferimento a questa fattispecie di responsabilità le posizioni dell'aggiudicatario provvisorio e dell'aggiudicatario definitivo si equivalgono quanto alla legittimazione attiva, potendo tutt'al più rilevare lo stadio di sviluppo del procedimento al fine di verificare la sussistenza del legittimo affidamento del privato nell'esito, a lui favorevole, della stipulazione del contratto.

3.4. Consegue a quanto sin qui detto che la sentenza impugnata non è viziata per aver riconosciuto tutela risarcitoria a soggetto non legittimato né per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ.

Quanto a quest'ultimo profilo giova aggiungere che risulta dal ricorso proposto in primo grado che il Consorzio ha agito (in via subordinata al risarcimento in forma specifica) espressamente per il risarcimento del danno per equivalente ovvero, in alternativa, per il risarcimento del danno precontrattuale per violazione delle regole di correttezza e buona fede ex art. 1337 cod. civ. <<per avere coinvolto in inutili trattative il consorzio ricorrente [...]>>.

Sussistendo siffatta responsabilità precontrattuale del Comune di [REDACTED], non vizia certo la sentenza la non corretta qualificazione dell'azione data dal Tribunale, cui si è posto rimedio nella presente sede d'appello.

Né il vizio di extra-petizione sussiste perché il primo giudice ha ritenuto che l'aggiudicazione fosse provvisoria, anziché definitiva. Dato che ciò che rileva, ai fini della qualificazione dell'azione, sono i fatti posti a fondamento della domanda (*causa petendi*) e l'idoneità di questi fatti a determinare il riconoscimento del *petitum* risarcitorio, sussiste, per quanto detto sopra, la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante e il dispositivo di condanna è corretto in punto di *an debeat*.

Vanno perciò rigettati i motivi dell'appello principale fin qui esaminati.

3.5. L'appello principale è, invece, fondato per la parte riferita al *quantum debeat*.

Va precisato che, malgrado il danno da lucro cessante avrebbe potuto essere liquidato soltanto se l'aggiudicatario provvisorio avesse dimostrato di aver perso occasioni di guadagno alternative, la censura dell'appellante non si occupa specificamente della spettanza di tale voce di danno né della prova relativa, sicché sul punto si è formato un giudicato implicito.

Piuttosto, l'appellante critica il quantum del risarcimento, riferito dal T.A.R. al <<*mancato conseguimento dell'aggiudicazione definitiva*>> e stimato nella misura del 3% della base d'asta, oltre rivalutazione ed interessi.

Sebbene si tratti di liquidazione necessariamente equitativa e sebbene non risultino addotte specifiche ragioni di incongruità della percentuale del 3% individuata dal primo giudice, la liquidazione si presenta irragionevolmente eccessiva laddove commisura questa percentuale alla base d'asta, e non alla base d'asta ribassata (alla quale, d'altronde, ha fatto riferimento il Consorzio, in via principale, con la domanda introduttiva, pur nel presupposto di una maggiore percentuale di danno).

Il danno da lucro cessante va perciò liquidato nella misura del 3% del prezzo offerto dal Consorzio, aggiudicatario provvisorio, così accogliendosi parzialmente l'appello principale.

4. In punto di quantificazione del danno risarcibile, va peraltro accolto l'appello incidentale laddove censura il mancato riconoscimento a titolo di danno emergente delle spese sostenute dal Consorzio per partecipare alla gara.

Non costituisce una valida ragione di esclusione la circostanza che si sia trattato di <<*spese necessarie per l'acquisizione della posizione di aggiudicatario provvisorio*>>, come ritenuto dal Tribunale. Infatti, proprio tale acquisizione si è rivelata causa di danno per il Consorzio dato l'esito infausto del procedimento.

Il danno emergente va perciò risarcito ed è costituito dalle spese di € 140,00 per il contributo all'Autorità e di € 40,00 per le polizze fideiussorie, nonché di € 21.237,00 per spese progettuali tecniche per l'elaborazione dell'offerta. Queste ultime spese – documentate soltanto mediante la produzione delle fatture n. 24 e n. 35 del 30 novembre 2015- andranno rimborsate solo se, e nella misura in cui, il Consorzio fornirà alla stazione appaltante copia dei pagamenti effettuati, così dimostrando l'effettivo sostenimento del costo.

4.1. Va invece rigettata la domanda riproposta dal Consorzio ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., per ottenere la liquidazione dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, atteso il consolidato orientamento giurisprudenziale in senso contrario sopra richiamato, che esclude il diritto all'indennizzo in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

5. Parimenti va rigettato l'ultimo motivo dell'appello principale, col quale si censura il difetto di motivazione in punto di concorso del Consorzio nella causazione del danno ai sensi dell'art.1227 cod. civ., per mancata comunicazione del preavviso di ricorso ex art. 243 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006. A parte la novità dell'eccezione rispetto alle difese svolte dal Comune in primo grado, essa è infondata poiché quest'ultima norma non trova applicazione in riferimento alla responsabilità precontrattuale della stazione appaltante per la condotta illecita tenuta nella fase di scelta del contraente, rispetto alla quale lo strumento ivi previsto non appare idoneo a prevenire le ragioni di contenzioso.

6. In conclusione, accogliendo parzialmente appello principale ed appello incidentale, la sentenza va riformata con accoglimento della domanda risarcitoria per lucro cessante, nella misura del 3% del prezzo offerto, oltre alla maggiore somma tra interessi e rivalutazione monetaria già liquidata in sentenza, e per danno emergente negli importi ed alle condizioni sopra specificati, oltre interessi legali dalla data degli esborsi al soddisfo.

L'accoglimento parziale dell'appello principale e di quello incidentale consente di compensare le spese del presente grado per soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie parzialmente l'appello principale e l'appello incidentale ed, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie la domanda risarcitoria nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese del presente grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO