



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1653 del 2011, proposto dall'Università degli Studi di Bari, in persona del Rettore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Volpe, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

la società Donati s.p.a., in proprio e quale impresa capogruppo mandataria a.t.i. con le società De Sanctis Costruzioni s.p.a. e Cofathec Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Linguiti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, viale G. Mazzini, 55;

***nei confronti di***

il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei

Portoghesi, 12;

la Regione Puglia, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Adriana Shiroka, Ornella Sabina, con domicilio eletto presso delegazione Regione Puglia in Roma, via Barberini, 36;

il Consorzio Recupero Patrimonio Artistico - Consorzio Stabile di Imprese per le Costruzioni e i Restauri di Bari - CRPA, non costituito in giudizio nel presente grado;

il Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC, quale impresa capogruppo mandataria a.t.i. con la società Gemmo s.p.a., non costituito in giudizio nel presente grado;

il signor Gaetano Prudente (presidente della commissione di gara), non costituito in giudizio nel presente grado;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI, SEZIONE I, n. 20/2011, resa tra le parti, concernente RISARCIMENTO DANNI IN SEGUITO A REVOCA GARA DI APPALTO PER LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2011 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti gli avvocati Volpe e Linguiti e l'avvocato dello Stato Marone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1. Con bando di gara del 2 marzo 2007, l'Università degli Studi di Bari indiceva un appalto-concorso, al prezzo base d'asta di circa 23 milioni di euro, per la ristrutturazione dell'edificio della *ex*-sede della Manifattura dei Tabacchi in Bari, inviando, a tal fine, lettera di invito del 19 giugno 2007.

1.2. La gara non veniva aggiudicata, poiché le quattro concorrenti ammesse avevano presentato progetti non conformi ai requisiti minimi inderogabili stabiliti dal capitolato speciale prestazionale e viziati alcuni anche sotto il profilo formale.

1.3. A causa dell'urgenza di concludere la gara entro il 31 dicembre 2007 e per non perdere il finanziamento regionale e comunitario, la stazione appaltante, con verbale del 21 novembre 2007, indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 163 del 2006, senza previa pubblicazione del bando, e con lettera del 29 novembre 2007 invitava soltanto le quattro imprese già ammesse, stabilendo di esaminare i progetti già presentati in sede di appalto-concorso.

1.4. Con nota del 28 dicembre 2007, l'Università di Bari comunicava l'intervenuta aggiudicazione a favore del Consorzio Recupero Patrimonio Artistico - Consorzio Stabile di Imprese per le Costruzioni e i Restauri di Bari (CRPA).

1.5. Tale provvedimento veniva impugnato davanti al T.a.r. per la

Puglia con autonomi ricorsi da tutte le altre tre concorrenti, a.t.i. Donati, a.t.i. Cingoli e a.t.i. Consorzio Cooperative Costruzioni (a.t.i. CCC).

1.6. L'adito T.a.r. per la Puglia, con tre sentenze di analogo contenuto n. 2250/2008, n. 2251/2008 e n. 2252/2008, accoglieva le censure proposte dall'a.t.i. Donati avverso la partecipazione alla gara dell'a.t.i. Cingoli, dichiarava improcedibili le contestazioni mosse dalle altre concorrenti e disponeva *“la rinnovazione delle operazioni concorsuali tra le concorrenti rimaste in gara, a partire dalla Fase 3 indicata nella lettera di invito del 29 novembre e successiva integrazione del 30 novembre 2007 e, precisamente, dall'esame del contenuto della busta B - offerta economica - tempo”*.

1.7. Gli appelli proposti avverso le suddette sentenze sono stati tutti respinti da questa Sezione con la decisione n. 4147/2009 del 19 giugno 2009.

2.1. In ottemperanza alle sentenze *sub* 1.6., con il decreto rettorale del 1° ottobre 2008 è stata richiamata la Commissione di gara per la valutazione delle offerte economiche (tenendo conto della sopravvenuta esclusione dell'a.t.i. Cingoli), al cui esito migliore offerente è risultato il CRPA con complessivi 71,474 punti, seconda classificata l'a.t.i. Donati con complessivi 71,050 punti e terza classificata l'a.t.i. CCC con complessivi 67,398 punti.

2.2. Con il ricorso n. 1708 del 2008 (introduttivo del giudizio di primo grado definito con la sentenza qui impugnata), la seconda classificata (e odierna appellante incidentale) a.t.i. Donati impugnava la nuova graduatoria e l'aggiudicazione in favore del CRPA, al che il T.a.r. con

ordinanza n. 740/2008 del 5 dicembre 2008 accoglieva le correlativa istanza cautelare e sospendeva l'efficacia degli atti impugnati, affinché la Commissione procedesse alla verifica dell'errore materiale segnalato dalla ricorrente nell'assegnazione del punteggio riguardante l'indicatore numerico sulle energie alternative al primo classificato CRPA e all'adozione, all'esito, di ogni ulteriore provvedimento.

2.3. Richiesti dalla stazione appaltante con nota fax del 16 gennaio 2009 chiarimenti alle tre concorrenti circa l'*iter* matematico dei calcoli relativi al risparmio energetico (sulla base di presupposta delibera della Commissione giudicatrice del 15 gennaio 2009), la Commissione nella seduta dell'11 febbraio 2009 ricalcolava i punteggi delle offerte tecniche e formava una nuova graduatoria, nella quale prima classificata risultava l'a.t.i. Donati con 71,051 punti.

2.4. Con il decreto rettorale n. 5257 del 29 aprile 2009 veniva disposta l'interruzione dei termini per l'approvazione dell'aggiudicazione, mentre con il successivo decreto n. 6406 del 28 maggio 2009 veniva disposta l'acquisizione di un parere legale.

2.5. Con la delibera del 21 luglio 2009, il Consiglio di amministrazione dell'Università decideva di non approvare la proposta di aggiudicazione all'a.t.i. Donati, assegnando alla Commissione di gara il termine di 120 giorni per il riesame dei tre progetti di gara, con divieto di esaminare *ex officio* aspetti tecnici non controversi.

2.6. All'esito del disposto riesame, la Commissione nella seduta del 5 gennaio 2010 proponeva quale aggiudicataria l'a.t.i. CCC con il punteggio complessivo di 72,479 punti, in virtù di una più favorevole

valutazione dell'impianto geotermico.

2.7. Sennonché, il Consiglio di amministrazione dell'Università con la delibera del 23 febbraio 2010 disponeva una nuova sospensione della procedura negoziata fino al 31 dicembre 2010, contestualmente approvando la relazione di stima, lo studio di fattibilità e l'incarico a una Commissione tecnica all'uopo costituita, per acquistare a trattativa privata un altro immobile sito in Bari, via Crisanzio (edificio *ex-Enel*), da adibire (unitamente all'edificio *ex-Poste*, già di proprietà dell'Università) a nuova sede della Facoltà di scienze della formazione, in luogo dell'immobile sede della *ex-Manifattura dei Tabacchi di Bari*, oggetto dei lavori di ristrutturazione oggetto del bando di gara.

2.8. Con la delibera successiva del 25 maggio 2010, il Consiglio di amministrazione dell'Università disponeva la revoca della gara per la ristrutturazione della *ex-Manifattura dei Tabacchi*, alla condizione risolutiva negativa della mancata attuazione dell'accordo di programma preordinato al finanziamento dell'acquisto dell'edificio *ex-Enel*, e conferiva mandato al Rettore di stipulare il contratto preliminare per l'acquisto di tale immobile.

2.9. Con due ricorsi per motivi aggiunti (ad integrazione del ricorso *sub* 2.2.), l'a.t.i. Donati (odierna appellante incidentale) impugnava la nota del 16 gennaio 2009 e la presupposta delibera della Commissione di gara, di cui sopra *sub* 2.3., nonché gli atti inerenti ai segmenti procedurali di cui sopra *sub* 2.4., 2.5., 2.6., 2.7. e 2.8., chiedendo inoltre la condanna dell'Università e della Commissione giudicatrice al

risarcimento dei danni per un importo complessivo di euro 3.312.803,42.

3. Distinti e separati ricorsi, decisi con separate sentenze oggetto di separati appelli pure chiamati all'odierna pubblica del 20 dicembre 2011, sono stati proposti dal CRPA e dall'a.t.i. CCC.

4. L'adito T.a.r. con la sentenza in epigrafe (n. 20/2011) pronunciata sul ricorso principale proposto dall'a.t.i. Donati (richiamato sopra *sub* 2.2.) come integrato dai motivi aggiunti (di cui sopra *sub* 2.9.) e, preso atto della rinuncia alla domanda risarcitoria proposta nei confronti della Commissione giudicatrice, provvedeva come segue:

(i) respingeva i motivi proposti avverso gli atti inerenti al ritiro, in autotutela, del bando di gara e di tutti gli atti della procedura, ritenendoli sorretti da adeguata motivazione con riferimento a sopravvenute ragioni di interesse pubblico, indicate nell'esigenza di realizzare un'organica sistemazione delle Facoltà umanistiche nel campus del quartiere murattiano, con costi di ristrutturazione degli edifici *ex-Poste* ed *ex-Enel* sensibilmente inferiori (pari a circa un decimo) rispetto a quelli preventivati per il recupero della *ex-sede* della Manifattura Tabacchi, nonché escludendo che la legittimità della revoca fosse inficiata dalla mancata previsione di un indennizzo *ex art. 21-quinquies* l. n. 241 del 1990;

(ii) dichiarava di conseguenza improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale e tutti i residui motivi aggiunti proposti in sequenza avverso gli atti della procedura di aggiudicazione, legittimamente revocata;

(iii) accoglieva parzialmente la domanda risarcitoria, escludendo l'incompatibilità tra la legittimità del provvedimento di revoca e la sussistenza di un'ipotesi di illecito da *culpa in contraendo*, e riteneva, in particolare, che l'Università fosse incorsa in responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 cod. civ.* per aver tenuto un comportamento lesivo dei doveri di correttezza e buona fede oggettiva e dell'affidamento delle imprese concorrenti – con la motivazione che la stazione appaltante, “ (...) appena accortasi della sussistenza di motivi di interesse pubblico che consigliavano di intraprendere altre strade, non ha immediatamente ritirato i precedenti provvedimenti, ma ha invece inutilmente prolungato lo svolgimento della gara per un lungo lasso di tempo, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle chances di conseguire l'appalto (...)” (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza) –, liquidando in favore della ricorrente a.t.i. Donati, a titolo risarcitorio per le sole voci di danno emergente a reintegra del c.d. interesse contrattuale negativo (mentre nulla riconosceva a titolo di lucro cessante per carenza di prova di eventuali occasioni perdute a causa del protrarsi della procedura in questione) e in applicazione di criteri equitativi *ex artt. 1226 e 2056 cod. civ.*, un importo complessivo di euro 750.000,00 (a reintegra delle spese sostenute per la redazione del progetto esecutivo, per la partecipazione alla gara e per la susseguente attività tecnico-amministrativa, in via equitativa riducendo a metà gli importi per tali titoli azionati dalla ricorrente);

(iv) condannava l'Università a rifondere alla ricorrente le spese di causa, mentre le dichiarava compensate tra le altre parti processuali.



5. Avverso tale sentenza interponeva appello l'Università (con ricorso iscritto al n. 1653 del 2011), deducendo l'erronea applicazione dell'art. 1337 cod. civ., fondata su una motivazione contraddittoria e illogica, su una rappresentazione travisata e incompleta di circostanze decisive e sull'erronea applicazione dei principi regolatori dell'onere della prova, con conseguente erronea affermazione della responsabilità precontrattuale in capo ad essa appellante, anche sotto i profili dell'assoluta incertezza attorno all'impresa futura aggiudicataria e dell'omessa considerazione dell'incidenza delle vicende contenziose ingenerate dalla litigiosità delle imprese concorrenti sui tempi della procedura di affidamento. In punto di *quantum debeatur*, l'appellante censurava l'erronea liquidazione, in misura eccessiva, del danno, in violazione degli artt. 2697 e 1226 cod. civ. e degli 115 e 116 cod. proc. civ. L'Università criticava, infine, l'erronea statuizione sulle spese.

6. Si costituiva in giudizio l'appellata a.t.i. Donati, contestando la fondatezza dell'avversario appello e proponendo a sua volta appello incidentale, col quale censurava l'erronea limitazione della responsabilità dell'Università alla sola protrazione dei tempi di conclusione e di coltivazione della procedura "parallela" relativa all'acquisto dell'edificio *ex-Enel*, e non anche ad ulteriori aspetti comportamentali contrari ai canoni di correttezza e buona fede oggettiva connotanti lo svolgimento della gara, nonché l'erronea dimidiazione, in via equitativa, del risarcimento dei danni per spese di progettazione e di consulenza e l'altrettanto erroneo mancato riconoscimento dei danni per utili non conseguiti e del danno

curriculare.

L'appellante incidentale chiedeva dunque, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, il riconoscimento dei danni nell'ammontare complessivo di euro 3.312.803,42 (di cui euro 1.570.000,00 per costi inutilmente affrontati ed euro 1.742.803,42 per mancato utile, danno curriculare e perdita di *chance*), nonché, in via condizionata all'eventuale accoglimento dell'appello principale, la liquidazione dell'indennizzo *ex art. 21-quinquies* l. n. 241 del 1990.

7. Si costituiva in giudizio la Regione Puglia, resistendo e deducendo di essere sostanzialmente estranea al contenzioso.

Con comparsa di stile si costituivano altresì il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e il Ministero dello sviluppo economico, resistendo.

8. All'udienza di discussione del 20 dicembre 2011, alla quale erano altresì chiamate le cause d'appello iscritte *sub* n. 1654 del 2011, n. 1655 del 2011 e n. 1788 del 2011, promosse rispettivamente contro le sentenze n. 21/2011 (concernente la posizione del CRPA) e n. 22/2011 (concernente la posizione dell'a.t.i. CCC), tutte le parti hanno rappresentato che a quella data erano in corso trattative per transigere le liti e hanno chiesto un rinvio delle cause.

Il presidente del collegio ha rappresentato alle parti che, anche per altre cause chiamate alla stessa pubblica udienza, nelle quali i relativi difensori avevano presentato istanze di rinvio, d'intesa con i relatori intendeva seguire una linea di reiezione delle medesime istanze (salve situazioni particolari, come l'indisponibilità di uno dei magistrati

chiamati a comporre il collegio, in concreto verificatasi, ovvero di abbinamento ad altre cause per ragioni di connessione), motivata dalle esigenze di sollecita definizione dei giudizi già fissati nei ruoli d'udienza, di parità di trattamento rispetto alle molteplici istanze di rinvio, di non accumulo di arretrato e di ordinato carico dei ruoli d'udienza.

Il presidente del collegio, sentito il relatore, ha pertanto respinto le istanze di rinvio presentate prima dell'udienza in relazione al ricorso *sub indice* (ricorso n. 1653 del 2011).

A questo punto, avendo le parti rappresentato in udienza che avrebbero continuato le trattative in corso per la stipula delle transazioni, il presidente del collegio ha evidenziato che esse avrebbero comunque potuto depositare i relativi atti, di cui il collegio non poteva che tenere conto in sede di stesura delle sentenze di definizione del secondo grado dei giudizi (che prevedibilmente sarebbero state depositate non prima del 31 gennaio 2012).

A questo punto, le parti hanno chiesto al collegio:

- di dichiarare senz'altro, e senza differimenti, la cessazione della materia del contendere, per i giudizi in relazione ai quali dopo il 20 dicembre 2011 sarebbe stato eventualmente depositato, entro la fine del mese di gennaio 2012, il contratto di transazione;
- di decidere nel merito le altre cause per le quali le parti non avrebbero depositato il contratto di transazione.

Il presidente del collegio ha preso atto di tali dichiarazioni ed ha rappresentato che tale soluzione sarebbe stata seguita nel corso della

camera di consiglio, apparendo il relativo modo di procedere ad un tempo soddisfacente delle esigenze di sollecita definizione dei giudizi e di quelle di tener conto di eventuali contratti transattivi.

Con tale intesa, il presidente ha comunicato che le cause passavano in decisione.

9. Nell'ambito del ricorso in epigrafe (n. 1653 del 2011), il difensore dell'appellante incidentale a.t.i. Donati il 2 febbraio 2012 ha depositato "*Dichiarazione di persistenza di interesse*" alla decisione della causa, non essendo andate a buon fine le trattative per un componimento bonario intercorse con l'Università.

10. L'appello principale è parzialmente fondato, limitatamente al motivo che investe l'ammontare dei danni liquidati in favore dell'a.t.i. Donati, mentre infondato è l'appello incidentale.

10.1. Il T.a.r. correttamente è pervenuto alla declaratoria di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 cod. civ.* in capo alla stazione appaltante.

Va premesso che:

a) non risulta investita da specifico motivo d'appello la statuizione affermativa della legittimità della revoca in autotutela della procedura di evidenza pubblica in conseguenza dell'individuazione, a condizioni economiche alquanto più favorevoli per la stazione appaltante, dell'edificio *ex-Enel* da destinare a nuova sede della Facoltà di scienza della formazione, sicché ogni relativa questione nell'ambito del presente giudizio è ormai coperta da giudicato endoprocessuale ed esula dal *devolutum*;

b) l'Università non ha censurato, *quoad effectum*, la statuizione con cui il TAR ha ravvisato l'applicabilità dell'art. 1337 c.c., senza richiamare l'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, specificamente applicabile quando vi è una revoca di atti di gara (ma espressivo di un principio generale secondo cui – in sede di determinazione del pregiudizio giuridicamente rilevante – l'Amministrazione, ovvero il giudice amministrativo, deve tenere conto “*dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico*”, quando sia stato concluso un contratto ovvero quando questo non sia stato ancora concluso).

Ciò premesso, osserva il collegio in linea di diritto, con richiamo a consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato da cui non v'è ragione di discostarsi, che (salva la richiamata premessa sul rilievo *ratione materiae* del citato art. 21-*quinquies* per i principi generali da esso affermati) in caso di revoca legittima degli atti della procedura di gara può sussistere una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nel caso di affidamenti suscitati nella impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi (C.d.S., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002; C.d.S., Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; C.d.S., Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; C.d.S., Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; C.d.S., Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; C.d.S., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6), potendo aver confidato l'impresa nella possibilità di diventare affidataria e, ancor più, in caso di aggiudicazione intervenuta e revocata, nella disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del

contratto stesso (Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2005, cit., riferita ad un caso verificatosi prima dell'entrata in vigore del citato art. 21-*quinquies*).

Nel caso di specie, la classificazione dell'odierna appellante al primo posto nell'ambito della graduatoria *sub* 2.3., sebbene impugnata dalle imprese concorrenti e seguita da ulteriori modificazioni delle graduatorie provvisorie, pure contestate tra le imprese concorrenti, era idonea a ingenerare in capo alla medesima una situazione differenziate di affidamento che, a fronte della violazione colposa dei doveri di correttezza e buona fede oggettiva incombenti alla stazione appaltante anche nella fase delle trattative c.d. multiple o parallele, in cui era ancora coinvolta una pluralità di soggetti alternatisi al primo posto delle graduatorie provvisorie susseguitesi nel corso della procedura (v. sopra *sub* 2.1., 2.3. e 2.6.), può costituire fonte di responsabilità risarcitoria *ex art.* 1337 c.c.

Merita, al riguardo, conferma l'affermazione, contenuta nell'impugnata sentenza, secondo cui “ (...) *proprio l'andamento incerto della gara (che ha visto singolarmente alternarsi tre raggruppamenti concorrenti nella prima posizione in graduatoria) ha contribuito ad ingenerare in ciascuno di essi un affidamento, la cui violazione ha determinato un danno che è meritevole di adeguato ristoro (...)*”.

L'elemento soggettivo della colpa, fondante la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante nei limiti dopo precisati, nel caso *sub indice* è ravvisabile nella condotta tenuta nel lungo arco di tempo intercorso tra la prima proposta di vendita dell'edificio *ex-Enel*

(in funzione di una soluzione alternativa, logisticamente ed economicamente più conveniente nell'interesse pubblico, per la sistemazione del polo umanistica dell'ateneo), proveniente dalla s.p.a. Cufin e datata 26 maggio 2009, e la prima comunicazione alle imprese concorrenti, in data 5 marzo 2010, della sospensione della gara deliberata il 23 febbraio 2010 (in attesa della modifica dell'accordo di programma funzionale alla realizzazione dell'opera), ossia a quasi un anno di distanza dai primi contatti per l'acquisizione del nuovo immobile.

Sebbene la non immediata comunicazione dell'avvio di trattative parallele per l'acquisto dell'edificio *ex-Enel* possa ragionevolmente ricondursi alla pur apprezzabile esigenza della stazione appaltante di evitare interferenze esterne sulle trattative in corso, a fronte di una gara in corso da oltre due anni – connotata da numerose iniziative procedimentali e processuali delle imprese concorrenti a comprova della particolare consistenza del loro interesse all'aggiudicazione dell'appalto –, ragioni di correttezza e buona fede oggettiva imponevano alla stazione appaltante di rendere le imprese medesime tempestivamente edotte della soluzione alternativa che andava a prospettarsi e che implicava la caducazione degli effetti degli atti di gara.

Infatti, l'evidenziato rischio da interferenze esterne sulle trattative parallele in corso deve ritenersi relegato alla sfera della stazione appaltante e non trasferibile sulle imprese concorrenti della procedura in corso, ingenerando per contro siffatta condotta silente (in ultima

analisi improntata a riserva mentale) della stazione appaltante in capo alle imprese medesime ulteriori spese (solo queste dunque di per sé rilevanti), assunte confidando nella serietà e persistenza della volontà della stazione appaltante di portare la procedura di evidenza pubblica alla sua conclusione fisiologica.

Né può condividersi l'assunto dell'Università, secondo cui il tempo procedimentale decorrente dal 28 dicembre 2007 (data della prima aggiudicazione provvisoria) al 5 gennaio 2010 (data della quarta aggiudicazione provvisoria), quale arco temporale per così dire "neutrale" soggetto alle cadenze delle varie iniziative processuali promosse dalle imprese concorrenti, fosse irrilevante sul piano delle trattative e della formazione del contratto *ex art. 1337 cod. civ.*, attesa la stretta dipendenza della procedura di evidenza pubblica dalle correlative vicende processuali e procedimentali, a loro volta scaturite da iniziative delle imprese concorrenti in esplicazione dei diritti di azione e di difesa o di partecipazione procedimentale ad esse spettanti, peraltro insorte in conseguenza di atti della commissione di gara oggettivamente controvertibili sotto il profilo della loro legittimità.

Ne è, invero, dimostrazione l'andamento altalenante delle varie graduatorie e aggiudicazioni provvisorie scaturite a definizione delle varie iniziative processuali e procedimentali intentate dalle imprese concorrenti, nei cui confronti non può ritorcersi il tempo occorrente a rispondere alle loro domande e istanze processuali e procedimentali. Concludendo sul punto, in reiezione dei correlativi motivi d'appello,



va confermata l'affermazione, in punto di *an debeatur* e tenuto conto delle censure contenute nell'atto d'appello, della responsabilità risarcitoria dell'Università *ex art. 1337 cod. civ.*, con riferimento alla non tempestiva comunicazione dell'avvio di trattative tese a trovare una soluzione alternativa, più consona all'interesse pubblico, all'esigenza di allestire una nuova sede del polo umanistico dell'Università.

In risposta a correlativa deduzione difensiva dell'odierna appellante incidentale, s'impone l'ulteriore rilievo che i profili di colpa attinenti all'eventuale illegittimo svolgimento della procedura di gara nella fase anteriore alla revoca si sottraggono ad ogni valutazione nella presente sede, essendo l'ingresso delle relative questioni, accessorie ai motivi (anche aggiunti) di ricorso di primo grado dedotti ad impugnazione degli atti di gara, impedito dalla declaratoria di assorbimento conseguente al rigetto delle censure dirette avverso l'atto di revoca e non investita da specifici motivi d'impugnazione, ed esulando detti profili comunque dall'alveo dell'istituto, qui in discussione, della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

10.2. Scendendo all'esame dei motivi d'appello che investono il *quantum debeatur*, si osserva che entro i limiti di seguito precisati meritano accoglimento le censure sul punto dedotte dall'Università nell'appello principale, mentre vanno disattese le censure sul punto dedotte dall'a.t.i. Donati nell'appello incidentale.

10.2.1. In linea di diritto, giova premettere che in tema di responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del

precetto posto dall'art. 1337 cod. civ., l'ammontare del danno risarcibile va determinato, tenendo conto dalla peculiarità dell'illecito e dalle caratteristiche di detta responsabilità che postula il coordinamento tra il principio, secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto, ed il principio, secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente: non essendo stato stipulato, infatti, il contratto, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale, posto che non sono ancora acquisiti i diritti che sarebbero nati dal contratto e che non possono quindi essere lesi.

Per altro verso, l'interesse giuridico leso, a seguito dell'illecito precontrattuale in discorso, è unicamente quello al corretto svolgimento delle trattative, per cui il danno che ne consegue è necessariamente circoscritto al c.d. interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita, a causa della trattativa inutilmente intercorsa, di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002; C.d.S., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6).

10.2.2. Ne deriva da un lato che, mancando il contratto, non è possibile richiedere, come ha fatto l'appellante incidentale a.t.i. Donati, il risarcimento del lucro cessante equivalente agli utili conseguibili, se il contratto non fosse stato poi adempiuto o fosse

stato risolto per comportamento addebitabile alla controparte – con conseguente infondatezza in parte qua del correlativo motivo d'appello –, e dall'altro lato, sul piano processuale, che sia la perdita dei guadagni conseguibili da altre occasioni contrattuali (lucro cessante a reintegrazione dell'interesse contrattuale negativo), sia la relativa valutazione comparativa devono essere sorrette da adeguate deduzioni probatorie della parte che si assume danneggiata e non possono basarsi su astratte enunciazioni circa la necessità del ricorso alla liquidazione equitativa del danno (art. 1226 cod. civ.), subordinata, anche nella materia della responsabilità precontrattuale, all'impossibilità o alla rilevante difficoltà, in concreto, dell'esatta quantificazione di un pregiudizio ontologicamente certo nella sua concreta ed effettiva sussistenza, con conseguente correttezza del mancato riconoscimento nell'impugnata sentenza, per carenza assoluta di prova, di danni risarcibili azionati per la voce in esame.

10.2.3. Il T.a.r., nell'impugnata sentenza, ha riconosciuto (entro i limiti dell'interesse negativo) il danno emergente nella misura di euro 750.000,00, dimidiando in via equitativa gli importi fatti valere dall'a.t.i. Donati nell'importo complessivo di euro 1.500.000,00 a titolo di ristoro delle spese amministrative e tecniche esborsate per la partecipazione alla gara (appalto-concorso, seguito dalla procedura negoziata).

Orbene, risulta, al riguardo, fondato il motivo d'appello principale, col quale è censurata la violazione, nel riconoscimento delle spese per onorari concernenti la predisposizione del progetto esecutivo

dell'opera oggetto dell'appalto (connotato dall'importo considerevole a base d'asta di euro 22.732.014,00), degli artt. 2967 cod. civ., 64 cod. proc. amm. e 115, 116 cod. proc. civ., in tema di applicazione della regola di giudizio inerente alla disciplina della distribuzione dell'onere della prova in materia di diritti disponibili e di valutazione giudiziale delle risultanze probatorie.

Infatti, l'incontrovertita mancata corresponsione degli onorari ai tecnici incaricati della progettazione non può non comportare la reiezione di ogni correlativa pretesa reintegratrice, attesa per un verso la pacifica assenza di un depauperamento attuale e concreto dell'impresa attrice in conseguenza di asserite spese di progettazione (per sua stessa ammissione non ancora corrisposte), e considerata per altro verso la notoria frequenza della previsione di clausole contrattuali condizionanti la corresponsione degli onorari di progettazione al buon esito dell'appalto (con la precisazione che l'onere della prova del contenuto concreto del contratto d'opera professionale incombeva all'originaria ricorrente ed odierna appellante incidentale).

Né vale a colmare l'evidenziata lacuna probatoria la produzione, in allegato all'atto d'appello incidentale, di parcelle dei progettisti e consulenti, in quanto – a prescindere dal rilievo, di per sé dirimente, della mancata produzione di correlative prove di intervenuto pagamento – si tratta di prove documentali prodotte tardivamente, in violazione del divieto dello *ius novorum* sancito dall'art. 104, comma 2, cod. proc. amm.

Si aggiunga che, quale ragione autonoma fondante tale statuizione, le

spese di progettazione sarebbero comunque venute a gravare a carico delle imprese concorrenti, a prescindere dall'esito della gara.

A titolo di danno emergente per spese esborsate possono riconoscersi le sole spese amministrative e di consulenza, anche legale – ma escluse, quanto a queste ultime, le spese processuali inerenti alle iniziative contenziose promosse dalle imprese concorrenti, competendo la relativa liquidazione al giudice del processo –, relative al periodo da fine maggio 2009 a inizio marzo 2010 (v. sopra *sub* 10.1.), le quali, sulla base di una valutazione presuntiva ed equitativa, nonché in considerazione della mancata certezza dell'aggiudicazione in favore dell'odierna appellante incidentale (a fronte dell'altalenarsi, tra le tre imprese rimaste in gara, della qualità di aggiudicataria provvisoria), si ritiene congruo liquidare nell'importo onnicomprensivo di euro 20.000,00 (ventimila) in moneta attuale, oltre agli interessi legali dalla data di pubblicazione della presente sentenza all'effettivo soddisfo (cfr., su quest'ultimo punto, C.d.S., Sez. V, 10 febbraio 2010, n. 691, e 30 luglio 2008, n. 3806).

Nulla può riconoscersi per spese di partecipazione anteriori al 5 marzo 2009, facenti carico alle imprese concorrenti qualunque fosse l'esito della gara, ed essendo la violazione dei doveri di correttezza e buona fede ravvisabile nella condotta della stazione appaltante successiva a tale data.

Infondata è, altresì, la pretesa al risarcimento del danno c.d. curriculare – consistente nell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non

eseguito –, presupponente la certezza dell'individuazione del contraente a contenuto contrattuale compiutamente definito, nella specie mancante.

10.3. Per le esposte ragioni, in parziale accoglimento dell'appello principale e in reiezione dell'appello incidentale, il *quantum* risarcitorio liquidato nell'impugnata sentenza deve essere ridotto all'importo di euro 20.000,00 (ventimila), oltre agli interessi legali dalla pubblicazione della sentenza fino la saldo.

11. Poiché il condizionamento dell'ultimo motivo d'appello incidentale (volto alla liquidazione dell'indennizzo *ex art. 21-quinquies* l. n. 241 del 1990) al mancato accoglimento dell'appello principale deve ritenersi logicamente riferito ai soli motivi d'appello principale diretti a contestare l'*an* della responsabilità risarcitoria *ex art. 1337* cod. civ., a fronte della reiezione dei relativi motivi (per le ragioni esposte sopra *sub* 10.1.), il motivo non può trovare ingresso.

Né, ad ogni modo, è ravvisabile uno specifico interesse alla definizione del motivo d'appello incidentale condizionato, teso al conseguimento dell'indennizzo da revoca legittima, in considerazione dell'applicabilità dei principi generali desumibili dall'*art. 21-quinques* della legge n. 241 del 1990, sulla rilevanza della conoscenza o della conoscibilità da parte (dei contraenti e a maggior ragione) dei partecipanti alla gara, “*della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico*”, e sulla limitazione dell'indennizzo al danno emergente, trattandosi di regole di per sé più favorevoli alle ragioni dell'Amministrazione, rispetto a quanto in generale è desumibile

dall'art. 1337 cod. civ. (cfr. sul punto, di recente, C.d.S., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662).

12. Considerato l'esito complessivo della lite, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese di causa del doppio grado interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 1653 del 2011), accoglie in parte l'appello principale e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, riduce all'importo di euro 20.000,00 (ventimila) l'ammontare dei danni liquidati in favore dell'a.t.i. Donati, da maggiorarsi degli interessi legali dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino al saldo; respinge l'appello incidentale; dichiara le spese del doppio grado interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)