

N. 05002/2011REG.PROV.COLL.
N. 08191/2010 REG.RIC.
N. 08248/2010 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8191 del 2010, proposto da:
Edilerica Appalti e Costruzioni s.r.l. in proprio e quale mandataria del
raggruppamento temporaneo di imprese con Mannelli Mannelli
Costruzioni s.r.l., Mannelli Costruzioni s.r.l. in persona dei rispettivi
legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dall'avvocato
Giovanni Pallottino, presso lo stesso elettivamente domiciliate in
Roma, via Oslavia, 14;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali, Ministero per i beni e le
attività culturali , Ministero dello sviluppo economico in persona dei
rispettivi ministri in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura
generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Eur s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri e Stefano Vinti, presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Roma, via Emilia, 88;

Fondazione Valore Italia, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 8248 del 2010, proposto da:

Ministero per i beni e le attività culturali in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12

contro

EdilERICA Appalti e Costruzioni s.r.l., Mannelli Costruzioni s.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dall'avvocato Giovanni Pallottino, presso lo stesso elettivamente domiciliate in Roma, via Oslavia, 14;

Società Eur s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri e Stefano Vinti, presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Roma, via Emilia, 88;

Fondazione Valore Italia, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione II - *quater* n. 05913/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI PER REALIZZAZIONE DISCOTECA DI STATO E MUSEO DELL'AUDIOVISIVO - RISARCIMENTO DANNI

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni e delle società intimate;

Visto l'appello incidentale proposto dalle società Edilerica Appalti e Costruzioni e Mannelli Costruzioni nel ricorso in appello n. 8248 del 2010;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2011 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti gli avvocati Pallottino, Sciacca per delega dell'avvocato Vinti e l'avvocato dello Stato Vitale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Ministero per i beni e le attività culturali e le società Edilerica Appalti e Costruzioni s.r.l. e Mannelli Costruzioni s.r.l. chiedono, con appelli distinti e contrapposti, la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio in epigrafe indicata; le società Edilerica e Mannelli hanno proposto appello incidentale nel ricorso proposto dal Ministero, di tenore e contenuto uguale al proprio appello principale.

I) La vicenda all'esame del Collegio prende le mosse dalla pubblicazione del bando, in data 7 novembre 2007, della gara indetta, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dal Ministero per i beni e le attività culturali per la realizzazione della *Discoteca di Stato* e del *Museo dell'audiovisivo* nel Palazzo della civiltà

italiana, sito a Roma nella zona Eur. Alla pubblicazione è seguito l'invio di lettera di invito, la sospensione ed il riavvio della gara con note, rispettivamente, del 21 aprile e del 3 giugno 2008 (quest'ultima recante proroga dei termini per la presentazione delle offerte al 10 settembre successivo) e la nomina della commissione tecnica di valutazione il 16 ottobre 2008. I lavori della commissione sono proseguiti regolarmente, ma quando restava soltanto di dover procedere alla apertura della busta del "prezzo offerto", in data 30 giugno 2009 è stata comunicata alle imprese ricorrenti, che avevano proposto offerta in costituendo raggruppamento temporaneo, la revoca della procedura disposta con determinazione del Direttore generale competente in data 9 giugno 2009. La revoca era motivata con l'intervenuta sottoscrizione, in data 28 maggio 2009, del protocollo d'intesa tra il Ministero per i beni e le attività culturali, il Ministro per lo sviluppo economico e la società EUR s.p.a., in ragione della opportunità di realizzare, nel medesimo Palazzo, anche l'esposizione permanente del *made in Italy* e del *design* italiano, per la cui progettazione e gestione era stata costituita la Fondazione Valore Italia, come rappresentato dal Ministro per lo sviluppo economico con nota del 27 novembre 2008 indirizzata al Ministro per i beni e le attività culturali, cui questi ha risposto, concordando, l'11 dicembre successivo.

Era emersa, quindi, l'opportunità *"di procedere con una comune operatività, in alcune fasi anche progettuale, volta all'ottimizzazione delle risorse pubbliche"*, e quindi di predisporre un nuovo progetto preliminare, sulla base di una

differente dislocazione degli ambienti per il *Museo dell'audiovisivo* e della diversa progettazione degli impianti per la loro gestione unificata, progettazione alla quale non appariva più congruente la gara in corso, che veniva pertanto revocata anche alla luce dell'art. 18, lett. q), del bando di gara, per cui l'Amministrazione si riservava *“a suo insindacabile giudizio di non aggiudicare la gara o di annullarla o revocarla”* senza dover corrispondere *“compensi, indennizzi o danni a qualsiasi titolo ai partecipanti alla gara”*.

II) Ritenendone l'illegittimità, contro la revoca e gli atti presupposti hanno proposto ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio le società odierne appellanti, che hanno chiesto il risarcimento del danno patito, anche ai sensi dell'art. 1337 Cod. civ., rapportandone l'importo alle spese sopportate per la partecipazione alla gara oltre che al mancato utile derivante dalla sperata aggiudicazione.

III) Il Tribunale amministrativo, con la sentenza impugnata, ha respinto il ricorso per la parte demolitoria, e ha accolto in parte la domanda di risarcimento dei danni nella misura, ridotta rispetto alla domanda, di 60.000,00 euro a titolo di responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione.

IV) Avverso tale sentenza hanno proposto appello sia il Ministero (per la parte relativa alla condanna al risarcimento), sia le imprese ricorrenti in primo grado (per la parte relativa alla non riscontrata illegittimità della revoca e per la misura del risarcimento accordato); le ricorrenti hanno anche proposto ricorso incidentale di identico contenuto, come già si è ricordato.

V) Gli appelli, rivolti avverso la medesima sentenza sia pure per capi diversi, devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96 Cod. proc. amm..

Essi sono infondati, alla luce delle seguenti considerazioni:

1- Per quanto riguarda la revoca, va anzitutto osservato che la necessità ne è stata ritenuta dal Ministero appaltante sul presupposto dell'opportunità di procedere a nuova progettazione, che tenesse conto dell'inserimento dell'esposizione voluta dal Ministero dello sviluppo economico, e da questo rappresentata con la nota del 27 novembre 2008 (immediatamente successiva alla pubblicazione del bando di gara, avvenuta il 7 novembre).

La necessità di tale nuova progettazione, così come l'opportunità di procedere secondo moduli anche contrattuali coerenti, ai quali non poteva corrispondere la gara già indetta e in avanzata fase di espletamento per la realizzazione di un'opera del tutto difforme, costituiscono apprezzamenti espressivi della discrezionalità dell'Amministrazione e che, non apparendo né illogici né irrazionali, non possono essere oggetto di esame da parte del giudice.

Come osserva la sentenza impugnata, le valutazioni dei ministri circa la convenienza dell'utilizzazione unitaria del Palazzo della civiltà italiana afferiscono al merito amministrativo: e, d'altra parte, per consolidato principio giurisprudenziale, va ribadito che anche dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente l'Amministrazione conserva il potere di revocare la gara, per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico, consistenti pure in un diverso apprezzamento dei medesimi presupposti già considerati, esigenze in

ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa (di tale principio costituisce codificazione l'art. 21-*quinqies* l. agosto 1990, n. 241).

Nella fattispecie in esame, non illogico né altrimenti viziato in punto di legittimità per manifesta abnormità, discriminatorietà o travisamento dei presupposti di fatto si manifesta la decisione di perseguire una diversa, più completa utilizzazione del Palazzo e, di conseguenza, di revocare la gara indetta per la realizzazione dell'originario, e più ridotto, progetto. La sentenza impugnata merita, quindi, sul punto, piena conferma.

2- Anche per la parte relativa al risarcimento del danno gli appelli sono infondati.

Questo capo della sentenza è oggetto, come si è ricordato, dell'appello dell'Amministrazione per quanto riguarda l'*an*, e degli appelli principale e incidentale delle imprese per ciò che concerne il *quantum*.

Il primo giudice, pur riconosciuta la legittimità della revoca, ha affermato la responsabilità dell'Amministrazione a causa degli affidamenti ingenerati nei concorrenti, che solo a procedura quasi ultimata hanno appreso delle pur risalenti intese tra i Ministeri che hanno condotto all'esito contestato, laddove fin dal momento immediatamente successivo alla pubblicazione del bando di gara era emerso un orientamento oggettivamente contrastante con le scelte già operate e sfociate nell'indizione della gara. La sentenza afferma quindi la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per la

violazione dei doveri di lealtà e di buona fede di cui all'art. 1337 Cod. civ.,

Sul punto, la sentenza merita conferma.

Premesso che l'avvenuto riconoscimento della legittimità della revoca non contraddice l'eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale, ma ne fonda anzi la condizione imprescindibile (giacché, in caso di illegittimità della revoca e quindi del suo annullamento, si imporrebbe la ripresa della gara, ovvero il risarcimento per equivalente anche in relazione al mancato utile relativo alla specifica gara revocata: Cons. Stato, IV, 7 luglio 2008, n. 3380), va ricordato che, nel 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 (Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; V, 30 novembre 2007, n. 6137; 8 ottobre 2008, n. 4947; 11 maggio 2009, n. 2882; VI, 17 dicembre 2008, n. 6264) potendo aver confidato l'impresa sulla possibilità di diventare affidataria e, ancor più, in caso di aggiudicazione intervenuta e revocata, sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso (Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2005, cit.).

Invero, il comportamento tenuto dall'Amministrazione fonda la responsabilità ex art. 1337 Cod. civ. ove risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede, e ove tale comportamento abbia ingenerato un danno in chi ha incolpevolmente fatto affidamento

nella legittimità dell'azione della stazione appaltante. In tal caso il risarcimento riguarda il solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali: Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, invece da considerare in caso di revoca illegittima..

Si tratta allora di verificare se l'Amministrazione, in questo rapporto, abbia violato i doveri di correttezza e buona fede di cui è espressione l'art. 1337 Cod. civ.. Questi, nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica, si traducono in primo luogo nell'obbligo di rendere al partecipante alla gara in modo tempestivo le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, su eventi, o sulla rinnovata valutazione dell'interesse pubblico alla gara che possano far ipotizzare fondatamente la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento; affidamento che deve ritenersi tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara.

In questo quadro il Collegio ritiene che, quand'anche il comportamento dell'Amministrazione possa ritenersi giustificato rispetto a taluno dei rilievi individuati dal primo giudice rispetto a singole fasi, resta indubbio che nel procedimento in esame, in linea generale, l'azione amministrativa non risulta compiutamente coerente con le esigenze di programmazione e di continuità dell'attività corrispondente e che, in particolare, l'Amministrazione è giunta a

disporre di informazioni idonee a configurare la fondata ipotesi della revoca della gara in una fase del procedimento antecedente a quella in cui la relativa informazione è stata poi resa, con il provvedimento di revoca, risultando l'adempimento quindi tardivo e per tale motivo da qualificare dannoso per i partecipanti alla gara.

Al riguardo, va considerata la situazione quale emerge dallo scambio di note fra i Ministri dello sviluppo economico e per i beni e le attività culturali intervenuto tra il 27 novembre e l'11 dicembre del 2008, che rende palese il concorde intento *“di procedere con una comune operatività in alcune fasi anche progettuale [...] volta alla ottimizzazione delle risorse pubbliche”*, e perciò la consapevolezza della necessità dell'armonizzazione dei progetti per il più efficiente uso delle dette risorse (da intendersi riferito, evidentemente, all'uso diverso del Palazzo e dei finanziamenti). Con il citato scambio di note (e perciò ben prima della revoca, decisa, come detto, il 9 giugno 2009) è da ritenere oggettivamente emersa l'evenienza di una rivisitazione progettuale tale da poter sfociare nella revoca della gara in corso, e definita quindi la premessa idonea per la sospensione cautelativa del procedimento di gara, la cui evenienza avrebbe, alla luce dei principi di correttezza sopra richiamati, essere tempestivamente comunicata.

Correttezza e buona fede, canonizzati dall'art. 1337 Cod. civ., avrebbero infatti imposto che di tale nuova valutazione dell'interesse pubblico, e della conseguente probabile inadeguatezza della gara indetta, venissero tempestivamente edotti i concorrenti, ai quali, invece, la revoca è stata comunicata, senza precedenti avvisi, solo il 30

giugno 2009, a gara pressoché ultimata. Nei partecipanti alla gara si era quindi formato un apprezzabile affidamento a fronte della tardiva indicazione della necessità della revisione progettuale, riconoscibile invece almeno con la fine dell'anno 2008. E' perciò da condividere la complessiva valutazione del primo giudice, poiché il comportamento dell'Amministrazione non risulta coerente con il dovere di correttezza che deve permeare i rapporti anche contrattuali con le parti private, con conseguente emersione della responsabilità precontrattuale.

Ciò detto con riguardo all'*an* dell'obbligo risarcitorio, va osservato, sul *quantum*, che lo stato della procedura e il conseguente spessore dell'affidamento non avevano raggiunto il consolidamento proprio di chi sia risultato aggiudicatario: e non può essere trascurata la disposizione di cui all'art. 18, lett. q), del bando, che rendeva edotti i concorrenti della riserva di revoca da parte dell'Amministrazione procedente. Alla luce di queste considerazioni, il Collegio ritiene di confermare la quantificazione del danno stimato in via equitativa dal primo giudice nella misura di euro 60.000,00 oltre agli interessi legali dalla data della pubblicazione della sentenza di primo grado fino al soddisfo.

Contrariamente a quanto assumono le imprese appellanti, il principio della risarcibilità dell'interesse negativo nella misura delle spese sopportate per la partecipazione alla procedura e della perdita dell'occasione di stipulare altri contratti, basato sui principi dell'art. 1337 Cod. civ., non può essere applicato meccanicisticamente nel caso di revoca di gara pubblica, dove assume rilievo la particolare

condizione implicita in ogni procedura pubblica, attinente alla valutazione dell'interesse, che necessariamente presenta elementi di mutevolezza ed è ancorato alla clausola *rebus sic stantibus*: per questo motivo la mancata aggiudicazione di una gara d'appalto è un'evenienza per il cui ristoro è adeguata, nella fattispecie in esame, la valutazione equitativa già quantificata dal primo giudice.

VI) Gli appelli principali e l'appello incidentale esaminati sono, in conclusione, infondati e vanno respinti; di conseguenza, la sentenza impugnata deve essere confermata.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione tra le parti delle spese del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli principali in epigrafe indicati, li riunisce e li respinge.

Respinge l'appello incidentale proposto dalle imprese Edilerica Appalti e Costruzioni s.p.a. e Mannelli Costruzioni s.p.a.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/09/2011

IL SEGRETARIO

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