



REPUBBLICA ITALIANA
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 8603 del 2010, proposto da Ministero per i beni e le attività culturali e dal Ministero dello sviluppo economico, in persona dei Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Fenice Restauri s.r.l., in proprio e in associazione temporanea di impresa con Epe s.r.l., in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Fondazione Valore Italia, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 20 aprile 2010, n. 7561 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione seconda-*quater*.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2012 il Cons. Vincenzo Lopilato e udito per gli appellanti l'avvocato dello Stato Grumetti.

FATTO

1.- L'Eur s.p.a. (d'ora innanzi l'Eur) – proprietaria dell'immobile denominato «Palazzo della Civiltà italiana», sito in Roma – ha stipulato, in data 10 maggio 2001, una convenzione, integrata in data 1° dicembre 2005, volta a consentire al Ministero per i beni e le attività culturali (d'ora innanzi Ministero o Mibac) di destinare parte del predetto Palazzo alla Discoteca di Stato e Museo dell'Audiovisivo.

Il Ministero – impegnatosi a realizzare le opere programmate il cui costo sarebbe stato compensato con i canoni dovuti per l'utilizzo dell'area – ha indetto una gara, il cui bando è stato pubblicato il 7 novembre 2007, per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale, funzionale, impiantistico e di allestimento dei locali relativi

alla suddetta Discoteca di Stato e Museo dell'Audiovisivo.

Con lettera del 3 marzo 2008 sono stati invitati a partecipare alla procedura di evidenza pubblica i soggetti che hanno presentato le offerte, il cui termine di presentazione, a seguito di una dilazione procedurale, è stato fissato al 10 settembre 2008.

Il 16 ottobre 2008 il responsabile unico del procedimento ha proceduto alla nomina della commissione tecnica di valutazione preposta all'esame delle offerte.

Il 20 novembre 2008 è stato stipulato tra l'Eur e la Fondazione Valore Italia un accordo preliminare avente ad oggetto la locazione di porzioni del Palazzo, non destinata al Ministero, per costituire la sede della Esposizione permanente del Made in Italy e del design italiano.

Il Ministero per lo sviluppo economico (d'ora innanzi Mise), con nota del 27 novembre 2008, n. 24947, ha comunicato al Mibac l'intenzione di realizzare, tramite la Fondazione Valore Italia, presso il Palazzo della Civiltà Italiana, la predetta Esposizione. Si manifestava, pertanto, l'intenzione di procedere ad una operazione comune anche al fine di ottimizzare le risorse pubbliche.

Il Mibac, con nota del 1° dicembre 2008, n. 23593, ha aderito alla proposta ricevuta.

A seguito della redazione di un nuovo progetto preliminare di razionalizzazione dell'uso degli spazi, in data 28 maggio 2009, i due Ministeri e il Presidente di Eur hanno stipulato un protocollo di intesa avente quale obiettivo prioritario la realizzazione della piena utilizzabilità del Palazzo della Civiltà Italiana attraverso una gestione comune e ottimizzata da parte del Museo dell'Audiovisivo e della Fondazione Valore Italia.

Il Mibac ha proceduto, il 9 giugno 2009, in ragione delle indicate sopravvenienze, alla revoca della gara, dandone comunicazione ai partecipanti il 30 giugno 2009.

1.1.– La società Fenice Restauri s.r.l., in proprio e in associazione temporanea di impresa con la società Epe s.r.l. (d'ora innanzi solo società o società appellata), invitata alla procedura di evidenza, ha impugnato, con ricorso n. 7707 del 2009, innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, la revoca dell'aggiudicazione, gli atti ad essa presupposti, e il protocollo di intesa, con contestuale richiesta di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale.

1.2.– Il Tribunale adito, con sentenza 20 aprile 2010, n. 7561, ha rigettato la domanda di annullamento dell'atto di revoca ed ha accolto la domanda di risarcimento del danno precontrattuale condannando, in via equitativa, l'amministrazione al pagamento della somma di euro 60.000,00, oltre interessi legali.

In particolare, il Tribunale amministrativo ha ritenuto sussistente la responsabilità precontrattuale per le seguenti ragioni:

- *«colpevole coeva adozione di scelte oggettivamente contraddittorie da parte del Ministero appaltante, che si sostanziano in intese operative, in spregio sia dei più elementari oneri di programmazione annuale e pluriennale dell'amministrazione, che delle esigenze di una coerenza e continuità dell'azione amministrativa»;*

- *«ingiustificati ritardi di conduzione del procedimento stesso: al bando del 2007 era seguita una stasi durata fino al 3.6.2008, data della comunicazione della ripresa dei termini per la presentazione delle offerte»;*

- *«la revoca è stata adottata e comunicata ben molto oltre il termine dei 180 giorni che (...) era previsto al punto g) della lettera di invito quale termine per la scadenza della cauzione provvisoria e quindi per la stipula del contratto»;*

- *«evidente mancanza del necessario ed indispensabile flusso di comunicazione tra le strutture di immediata collaborazione ed i vertici dell'amministrazione che avevano in gestione il procedimento, che ha determinato uno sfasamento tra azioni dirette alla gestione dello stesso bene»;*

- *«mancata comunicazione agli interessati della possibilità, in via di maturazione, di una diversa realizzazione di*

interessi pubblici in parte interferenti con l'oggetto della gara, anche solo al fine di consentire loro di riadeguare le proprie strategie aziendali al possibile esito infruttuoso del procedimento».

2.– Con atto di appello, n. 8603 del 2010, il Ministero per i beni e le attività culturali e il Ministero per lo sviluppo economico hanno impugnato la sentenza di primo grado per i seguenti motivi.

Innanzitutto, non sarebbe configurabile responsabilità precontrattuale nel caso in cui la revoca della procedura di gara sia avvenuta *«in una fase ben antecedente alla aggiudicazione».*

Inoltre, l'amministrazione, essendosi avvalsa della facoltà, prevista dal bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse, non avrebbe, per definizione, tenuto un comportamento contrario alla regola della buona fede.

Si sottolinea, altresì, – dopo aver ripercorso le principali tappe della vicenda in esame – che l'atto di revoca è stato comunicato il 30 giugno 2009 e quindi pochi giorni dopo la stipula del protocollo di intesa avvenuta il 28 maggio 2009. In particolare, si rileva che *«prima di tale data l'amministrazione non poteva comunicare alcuna decisione agli interessati, né disporre una sospensione della gara in quanto la decisione di non proseguire il procedimento di gara»* è coincisa con la stipula del predetto protocollo di intesa.

Infine, si sottolinea che la revoca *«deriva non da una vicenda posta in essere unilateralmente dal Ministero dei beni culturali, bensì da un atto complesso (il protocollo di intesa) a cui parteciparono con ruoli determinanti anche altri soggetti (il Ministero dello sviluppo economico, la Fondazione Valore Italia, l'Ente Eur)».*

Si aggiunge che *«era o doveva essere noto alle imprese partecipanti che il Palazzo della Civiltà non ricadeva entro poteri esclusivi di gestione del Ministero per i beni culturali».* Infatti, *«il Palazzo appartiene all'ente Eur ed ha la vocazione storica a fungere da luogo di esposizione della tecnologia italiana».* Era, pertanto, *«prevedibile che l'Ente preordinasse l'intervento anche di altri soggetti nell'utilizzazione del Palazzo, e che ciò potesse avere ripercussioni sulle possibilità e modalità dell'utilizzazione soltanto parziale preordinata dal Ministero per i beni culturali».*

Sotto altro aspetto, si rileva che la sentenza è errata anche nella parte in cui determina, in via equitativa, il danno per le spese sostenute. Infatti, la spesa di partecipazione non possono neanche costituire *«una ragione di danno»*, in quanto *«nessuna impresa partecipante ad una gara revocata può avere diritto al ristoro delle spese sostenute per procurarsi i progetti da presentare nella procedura selettiva».* Si aggiunge che *«anche in ipotesi di gara non revocata, è evidente che soltanto un'impresa otterrebbe l'aggiudicazione, mentre tutte le altre dovrebbero sopportare il costo dei progetti inutilmente offerti».*

2.1.– La società appellata non si è costituita in giudizio.

DIRITTO

1.– La vicenda in esame – di cui questa Sezione ha già avuto modo di occuparsi (sentenze 5 settembre 2011, n. 5002 e 25 luglio 2012, n. 4236) – attiene alla configurabilità della responsabilità precontrattuale del Ministero per i beni e le attività culturali per aver revocato gli atti della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale, funzionale, impiantistico e di allestimento dei locali relativi alla Discoteca di Stato e Museo dell'Audiovisivo.

2.– In via preliminare, occorre stabilire se, come ritenuto dagli appellanti, la responsabilità precontrattuale non sia configurabile nel caso in cui la revoca sia intervenuta prima dell'aggiudicazione.

Co riguardo a tale questione, la Sezione, con la citata sentenza n. 4236 del 2012, ha affermato quanto segue.

«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».

Quanto esposto implica, avuto riguardo alla fattispecie in esame, che la valutazione giudiziale può avere ad oggetto anche la condotta della p.a. che precede la scelta del contraente, con la puntualizzazione che la valutazione del momento procedimentale in cui si è realizzata la violazione può rilevare sul piano dell'accertamento dell'entità del pregiudizio patrimoniale.

3.- Dimostrata l'astratta configurabilità della responsabilità precontrattuale, occorre adesso stabilire se ricorrono i presupposti contemplati dall'art. 1337 Cod. civ..

Tale norma disposizione generale, disciplinando la cosiddetta responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto, comporta che le parti debbano comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Questa regola di condotta, applicata al caso in esame, impone di ancorare il giudizio finale di responsabilità alla sussistenza dei seguenti elementi: a) mancanza di una giusta causa di recesso ovvero presenza di una giusta causa di recesso con violazione dell'obbligo, imposto dalla buona fede, di comunicare la stessa, con immediatezza, alle parti coinvolte nel procedimento ovvero con violazione dell'obbligo, imposto dalla diligenza, di acquisire le informazioni necessarie per valutare la possibile sopravvenienza di tale giusta causa; b) affidamento senza colpa ingenerato nella controparte dal comportamento del soggetto recedente.

4.- Occorre ora verificare se il Ministero abbia violato queste regole di condotta nel momento in cui ha stabilito di non portare a perfezionamento la fattispecie consensuale.

A questo fine è necessario riportare i principali passaggi della vicenda amministrativa:

- in data 10 maggio 2001 e 1° dicembre 2005 l'Eur, proprietaria dell'immobile Palazzo della Civiltà italiana, ha stipulato una convenzione volta a consentire al Mibac di destinare parte del Palazzo alla Discoteca di Stato e Museo dell'Audiovisivo;
- il 7 novembre 2007 è stato pubblicato il bando di gara;
- il 3 marzo 2008 sono state inviate le lettere di invito, con termine di presentazione delle offerte e dei progetti fissati al 12 maggio 2008;
- il 21 aprile 2008 l'amministrazione, al fine di elaborare alcune prescrizioni tecniche, ha sospeso la procedura che è stata poi ripresa il 3 giugno 2008, con fissazione del termine per la presentazione delle offerte e dei progetti al 10 settembre 2008;
- il 20 novembre 2008 l'Eur e la Fondazione Valore Italia hanno stipulato un accordo preliminare avente ad oggetto

la locazione di porzioni del Palazzo, non destinata al Mibac, che doveva costituire la sede dell'Esposizione permanente del Made in Italy e del design italiano;

- il 27 novembre 2008 il Mise ha comunicato al Mibac di avere il compito di realizzare, in collaborazione con l'Eur, la predetta Esposizione permanente ravvisando, pertanto, l'opportunità di elaborare «*insieme un'ipotesi di lavoro in un'ottica di gestione comune degli spazi del Palazzo, sia dal punto di vista culturale che economico-amministrativo*»;

- con nota dell'11 dicembre 2008 il Mibac ha comunicato al Mise di condividere l'idea di un progetto comune;

- in data 28 maggio 2009 è stato stipulato tra il Mise, il Mibac e l'Eur un protocollo d'intesa per realizzare i progetti sopra indicati;

- in data 9 giugno 2009 è stato adottato l'atto di revoca comunicato alla parte appellata il successivo giorno 30.

È necessario a questo punto valutare, al fine di stabilire se ricorre la indicata fattispecie di responsabilità precontrattuale, il comportamento del Mibac e della società.

In relazione al primo aspetto, da quanto esposto risulta che la ragione che ha indotto il Mibac a revocare gli atti della procedura di gara è ravvisabile nella stipulazione dell'intesa del 28 maggio 2009: le ragioni di interesse pubblico che presiedono all'intesa fanno sì che si è in presenza di una giusta causa di recesso.

Si tratta allora di stabilire se quella determinata ragione, intervenuta prima della conclusione del procedimento, avrebbe dovuto essere, in rispetto dei canoni della buona fede, comunicata alla società ovvero, anche prima dell'intesa, avrebbe dovuto essere, secondo i canoni della diligenza, prevista ai fini sempre della sua comunicazione.

Come risulta dalla successione cronologica degli eventi sopra riportati, il Mibac era a conoscenza sin da novembre del 2008 della possibilità che il progetto potesse subire una rivisitazione al fine di consentire la realizzazione di un nuovo progetto che comprendesse la realizzazione, nella medesima sede, anche della predetta Esposizione.

In questo quadro, l'immanente regola di condotta secondo buona fede imponeva all'amministrazione di comunicare ai partecipanti alla gara la concreta possibilità dell'esistenza di impedimenti alla conclusione del procedimento di aggiudicazione, in vista del quale questi si erano impegnati e programmavano, seppure nell'alea della gara, la propria futura azione imprenditoriale.

Invero, anche prima di tale data e, in particolare, prima della presentazione delle offerte, il Ministero avrebbe dovuto acquisire informazioni più certe dal proprietario dell'area in ordine alle possibili sue future destinazioni. Se, infatti, l'Eur ha stipulato un accordo preliminare il 20 novembre 2008 con la Fondazione Valore Itali, la decisione circa possibili successive variazioni dell'impiego del Palazzo era stata già assunta in data antecedente. In altri termini, essendo l'attuazione del contratto di appalto condizionata alla disponibilità di un bene di proprietà di un terzo rispetto alla stazione appaltante, il dovere di diligenza, gravante anche sulla pubblica amministrazione in sede precontrattuale, imponeva a quest'ultima di assumere le informazioni necessarie a consentire un efficace controllo delle sopravvenienze.

La circostanza, poi, che nel bando l'amministrazione avesse previsto la possibilità di non aggiudicare la gara per motivi di interesse pubblico, seppur segna di attenzione non è sufficiente, per la sua totale genericità, a sottrarre l'amministrazione stessa ai doveri concreti di buona fede e diligenza, che – verificandosi il caso concreto - si sarebbero poi dovuti esplicare in un *facere* informativo espresso di salvaguardia del potenziale contraente da essa attratto alla selezione.

In relazione alla posizione della società appellata, appare indubitabile, vista la situazione del procedimento di gara, che avesse ormai maturato un affidamento meritevole di tutela al perfezionamento dell'atto consensuale, che si è iniziato a formare sin dal momento della pubblicazione dell'avviso da parte del Ministero.

Né a conclusioni diverse si può pervenire assumendo, con gli appellanti, che l'informazione fosse tutta a carico dei partecipanti, vale a dire che rientrasse nel dovere dei singoli operatori economici partecipanti alla gara l'assumere le notizie qui indicate. Tale dovere, come detto, incombeva in capo al Ministero che aveva bandito la gara, anche perché venivano in rilievo elementi conoscitivi che erano solo nella sua sfera di disponibilità e dunque – a questi fini - di imputabilità. Non può, pertanto, ritenersi che la parte appellata abbia maturato un affidamento colpevole e perciò immeritevole di tutela risarcitoria.

In altri termini, era dovere del Mibac informare la società delle notizie in suo possesso ovvero acquisire altre notizie necessarie per gestire in modo diligente la fase di formazione del contratto di appalto (in questo senso, Cons. Stato, VI, n. 4236 del 2012 e n. 500025 del 2011, cit.).

5.– Per quanto attiene, infine, alla determinazione del danno si assume che la somma che il Tribunale amministrativo ha riconosciuto, in via equitativa, come spettante all'impresa, pari ad euro 60.000,00, a titolo di spese di partecipazione alla gara, non sarebbe dovuta in quanto queste non costituirebbero una voce risarcibile.

Tale motivo non è fondato.

In questa sede, dove si verte di responsabilità precontrattuale, le spese sostenute in vista della conclusione del contratto non possono essere oggetto di domanda risarcitoria nei termini in cui la parte chieda il risarcimento del cosiddetto *interesse positivo* e cioè, accampano l'interesse all'esecuzione del rapporto negoziale, domandi il ristoro del lucro che avrebbe tratto dall'aggiudicazione della gara e che non ha potuto trarre per via dell'interruzione delle trattative. Nel caso della responsabilità precontrattuale oggetto del risarcimento è invece il cosiddetto *interesse negativo* e cioè l'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili e finanziariamente pregiudizievoli. Ne consegue che le spese sostenute nell'ambito di tali trattative costituiscono una voce riconoscibile di danno, *sub specie* di *danno emergente* (si vedano le sentenze ricordate).

6.– In mancanza di costituzione della parte appellata, non occorre pronunciarsi in ordine alle spese processuali di questo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, rigetta l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe.

Nulla sulle spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/11/2012

IL SEGRETARIO

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