



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 8826 del 2010, proposto da Cir Costruzioni s.p.a. (già Sinteco s.p.a.) in proprio e quale mandataria di r.t.i. con Busi Impianti s.p.a., Rossi Costruzioni s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio legale Cancrini-Piselli in Roma, via G. Mercalli, n. 13;

contro

Grandi Stazioni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti, Paola Chirulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

nei confronti di

CMB società cooperativa muratori e braccianti di Carpi, in proprio e quale mandataria del r.t.i. con Fatigappalti s.p.a., rappresentate e difese dall'avv. Fabrizio Pollari Maglietta, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale dei Parioli n. 98;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, sez. III-ter n. 9936/2010, resa tra le parti, concernente affidamento lavori edifici relativi alle stazioni ferroviarie di Venezia Mestre, Venezia S. Lucia, Verona P. Nuova e risarcimento del danno

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Grandi Stazioni Spa e di CMB società cooperativa muratori e braccianti di Carpi, in proprio e quale mandataria del r.t.i. con Fatigappalti s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocati Giammaria, per delega dell'avvocato Cancrini, e gli avvocati Chirulli e Pollari Maglietta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato in GUCE S145 del 29 luglio 2005, Grandi Stazioni s.p.a. ha indetto una procedura

ristretta per l'aggiudicazione di un appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione degli interventi di adeguamento degli edifici di stazione e delle opere infrastrutturali relativi alle stazioni ferroviarie di Venezia Mestre, Venezia S. Lucia, Verona P. Nuova e dei servizi di conduzione e manutenzione di opere e impianti.

L'appalto è stato aggiudicato all'a.t.i. CMB/Fatigappalti.

Al secondo posto si è collocata l'a.t.i. odierna appellante.

Il contratto è stato stipulato con l'originaria aggiudicataria.

2. Nel corso dell'esecuzione dell'appalto, a seguito di un contenzioso insorto tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria, la stazione appaltante ha ritenuto di utilizzare l'istituto previsto dall'art. 140, d.lgs. n. 163/2006, ossia lo scorrimento della graduatoria con interpello dei successivi classificati, previsto, tra l'altro, nel caso di risoluzione del contratto per "grave inadempimento" dell'aggiudicatario.

3. Pertanto, la stazione appaltante ha inviato all'a.t.i. seconda classificata (odierna appellante) la nota 30 aprile 2009 n. 008008 in cui si legge, testualmente:

"nel corso dell'esecuzione del contratto di appalto con l'ATI CMB/Fatigappalti sono sorte situazioni contenziose che, allo stato, hanno determinato la risoluzione del contratto per fatto e colpa dell'appaltatore.

Tale circostanza autorizza GS ad assumere le ulteriori iniziative, mediante interpello del secondo classificato nella graduatoria delle offerte, ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. n. 163/2004, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'appalto.

Ciò posto la scrivente chiede a codesto concorrente:

- di confermare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto;

- di assumere l'impegno ad accettare l'aggiudicazione della gara e a stipulare il nuovo contratto alle medesime condizioni e per l'offerta di ribasso del 18.830% proposta dall'originario aggiudicatario".

4. A tale nota l'a.t.i. interpellata ha risposto con nota del 4 maggio 2009 in cui dichiara, testualmente:

"conferma l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto in oggetto;

assume l'impegno ad accettare l'aggiudicazione della gara e a stipulare il nuovo contratto alle medesime condizioni e per l'offerta di ribasso del 18.830% proposta dall'originario aggiudicatario".

5. Il giorno successivo, 5 maggio 2009, Grandi Stazioni, con nota prot. 008181, ha invitato l'a.t.i. a produrre la documentazione necessaria *"al fine di procedere alla stipula del contratto in oggetto".*

6. La documentazione è stata trasmessa dall'a.t.i. con nota del 12 maggio 2009.

7. Con successiva nota del 20 maggio 2009, Grandi Stazioni ha chiesto una ulteriore documentazione ed ha tuttavia precisato che *"resta ferma la facoltà di Grandi Stazioni s.p.a. di valutare, a suo insindacabile ed autonomo giudizio, la possibilità di procedere alla stipulazione del contratto per l'appalto in oggetto, indipendentemente dagli esiti del supplemento istruttorio ed in relazione alla definizione della controversia pendente tra la scrivente e CIR Costruzioni s.p.a. nell'ambito della procedura di gara per l'appalto dell'esecuzione delle opere infrastrutturali complementari agli edifici della stazione di Roma Termini".*

8. Con nota dell'8 giugno 2009, l'a.t.i. ha prodotto la richiesta documentazione e - in relazione al contenzioso pendente relativo ad altro appalto (opere relative agli edifici di stazione Termini) - ha dichiarato *"in riferimento alla controversia pendente tra Grandi Stazioni s.p.a. e l'a.t.i. CIR Costruzioni s.p.a. (...) non possiamo che ribadire quanto affermato nel corso della riunione tenutasi il giorno 9 aprile u.s. presso i Vostri uffici (...)".*

9. Rimasta a questo punto Grandi Stazioni inerte, l'a.t.i. ha inviato la nota 11 settembre 2009 con cui ha chiesto notizie dell'esito del procedimento, deducendo di aver predisposto la necessaria organizzazione. Si legge in tale nota:

"Dal canto nostro, non possiamo che rammentare di aver prontamente risposto all'interpello rivoltoci da codesta

società per l'assunzione dell'opera emarginata e di esserci immediatamente attivati a tale scopo su ogni fronte, onde consentire la definizione più rapida possibile degli adempimenti a ciò propedeutici.

A ciò si aggiunga, inoltre, che in funzione dell'esecuzione di tale rilevante commessa la scrivente ha modulato, e tuttora sta modulando, la propria programmazione operativa ed i propri indirizzi strategici, in modo da poter far fronte nella maniera più adeguata ai futuri impegni contrattuali.

Siamo pertanto a richiedere un Vostro sollecito ed opportuno riscontro alla presente, sottolineando ancora il nostro vivo interesse all'esecuzione dell'intervento di cui trattasi, e, per conseguenza, la nostra massima disponibilità a fornirVi ogni ulteriore integrazione eventualmente necessaria in tal senso.

Ciò detto, ci preme tuttavia rimarcare, sin da ora, in relazione a quanto affermato nella Vostra dd. 20.5.2009, prot. 009228, che ogni Vostra determinazione sull'argomento non potrà che dipendere da elementi e fattori esclusivamente inerenti alla vicenda procedimentale di cui all'oggetto e non ad altri e distinti rapporti, anche controversi, fra noi pendenti, rapporti che come tali devono ritenersi del tutto estranei ai contenuti e agli esiti del presenti iter procedimentale”.

10. Una ulteriore nota di sollecito è stata inviata dall'a.t.i. in data 15 ottobre 2009 a firma dell'avv. Cancrini e del rappresentante della CIR.

11. Grandi Stazioni ha risposto con nota del 28 ottobre 2009 n. 019026, in cui afferma che:

“la scrivente ha effettivamente comunicato con nota del 30 aprile 2009 a codesta spett.le Società di ritenersi autorizzata all'interpello ex art. 140 del d.lgs. n. 163/2006 in ragione dell'azione risolutiva da essa intrapresa nei confronti dell'a.t.i. CMB/Fatigappalti, vincitrice della gara per l'affidamento dei lavori in oggetto.

Tale circostanza – la risoluzione dichiarata dal giudice del contratto stipulato con l'originario aggiudicatario della gara – costituiva evidentemente il necessario presupposto per poter dare corso alla prefigurata applicazione della norma.

Ed in tale prospettiva la scrivente ha richiesto a codesta spett.le Società dapprima di confermare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto e poi di produrre la documentazione richiesta dalla normativa vigente per il caso di stipulazione del contratto.

Peraltro la scrivente ha ribadito ancora con nota del 9 maggio 2009 che essa doveva intendersi libera di valutare la possibilità di procedere alla stipulazione del contratto in oggetto, dovendo necessariamente verificarsi il presupposto di legge (i.e. l'intervenuta risoluzione del contratto per inadempimento del precedente affidatario).

Tale evento non si è verificato in ragione del superamento da parte del precedente affidatario dei lavori della situazione controversa dedotta in giudizio quale ragione di grave inadempimento contrattuale con valenza risolutiva.

Conseguentemente alla scrivente non è stato (e non è) più possibile avvalersi delle previsioni dell'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006.

E' di tutta evidenza che nessuna ragione di pretesa può essere avanzata da codesta spett.le Società in ragione di quanto sopra rappresentato, posto che:

la scrivente non ha mai autorizzato o richiesto a CIR Costruzioni s.p.a. di approntare uomini e mezzi per l'esecuzione di un contratto per il cui affidamento dovevano necessariamente verificarsi circostanze – rese note a Cir Costruzioni s.p.a. – al momento ancora non sussistenti;

non può certo essere richiesto alla scrivente di operare in violazione di precisi obblighi di legge, né essere considerata responsabile di una corretta applicazione della normativa vigente”.

12. A seguito di tale carteggio, la CIR Costruzioni s.p.a. ha proposto il ricorso n. 55 del 2010 al Tar Lazio – Roma, con cui ha impugnato:

- il “non conosciuto provvedimento” con cui Grandi Stazioni, dopo aver (asseritamente) affidato a CIR l'appalto *de quo* ai sensi dell'art. 140, d.lgs. n. 163/2006, avrebbe ritirato tale affidamento;
- la nota 28 ottobre 2009 n. 019026 con cui, a dire della ricorrente, Grandi Stazioni avrebbe comunicato l'avvenuto ritiro dell'atto di affidamento;
- la nota 20 maggio 2009 prot. 009228 con cui, secondo la prospettazione della ricorrente, Grandi Stazioni si sarebbe avvalsa della possibilità di stipulare l'appalto in relazione alla definizione di altro contenzioso pendente tra le parti;
- in via subordinata il “non conosciuto” provvedimento con cui Grandi Stazioni, dopo l'allegatamente illegittimo ritiro dell'aggiudicazione in favore di CIR, avrebbe riaffidato l'appalto a trattativa privata all'a.t.i. CMB-Fatigappalti.

La ricorrente ha chiesto anche il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità contrattuale.

In subordine essa ha chiesto dichiararsi la responsabilità precontrattuale di Grandi Stazioni, con richiesta di condanna al risarcimento dei danni quanto meno nei limiti dell'interesse negativo e con riserva di quantificare i danni in corso di causa.

La ricorrente ha lamentato che vi sarebbe stata una risoluzione d'ufficio dell'originario appalto per grave inadempimento dell'appaltatore, ai sensi dell'art. 136, d.lgs. n. 163/2006.

A seguito dell'interpello della seconda classificata e della disponibilità manifestata da questa, si sarebbe verificata l'aggiudicazione dell'appalto alla seconda classificata.

Illegittimo sarebbe pertanto l'assunto contenuto nella nota del 28 ottobre 2009, in cui si afferma che non vi è stata la risoluzione dell'originario appalto, che invece vi era già stata ed era stata comunicata con l'atto di interpello.

L'operato di Grandi Stazioni sarebbe viziato da eccesso di potere, laddove avrebbe inteso subordinare l'aggiudicazione dell'appalto ai sensi dell'art. 140 d.lgs. n. 163/2006 alla rinuncia, da parte di CIR, ad un altro contenzioso pendente con Grandi Stazioni.

Pertanto il ritiro dell'aggiudicazione da parte di Grandi Stazioni e il suo rifiuto di stipulare il contratto sarebbero viziati da difetto dei presupposti (vi sarebbe già stata risoluzione del primo appalto) e sviamento di potere (la pretesa alla rinuncia ad un contenzioso pendente).

Inoltre il ritiro dell'aggiudicazione, asseritamente già avvenuta in favore di CIR, sarebbe viziato per violazione delle norme che regolano gli atti di autotutela.

Essendo stato già risolto l'originario contratto, sarebbe illegittimo il riaffidamento dei lavori all'originario aggiudicatario mediante trattativa privata.

13. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe (Tar Lazio – Roma, sez. III-ter, 6 maggio 2010 n. 9936), ha anzitutto disatteso l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata da Grandi Stazioni s.p.a. e dalla controinteressata CMB, con la motivazione che non si tratta di una controversia inerente al rapporto contrattuale, ma di una controversia inerente una procedura di affidamento.

Nel merito il Tar ha respinto il ricorso con la seguente motivazione:

- non vi sarebbe stata da parte della stazione appaltante la risoluzione dell'originario appalto ai sensi dell'art. 136 d.lgs. n. 163/2006, ma solo l'avvio della procedura di cui all'art. 140, medesimo d.lgs. (interpello del secondo classificato), nelle more di un contenzioso giudiziario con l'originario aggiudicatario;
- la procedura di interpello ex art. 140 citato non sarebbe sfociata nell'aggiudicazione e non avrebbe fatto sorgere in capo all'a.t.i. interpellata alcun diritto alla stipulazione del contratto;
- non vi sarebbe il lamentato sviamento di potere;
- non essendovi stata, a seguito dell'interpello ex art. 140 citato, una aggiudicazione in favore di CIR, la nota di

ottobre 2009 non potrebbe essere intesa come atto di ritiro di un'aggiudicazione (che non c'è stata), sicché non dovevano essere seguite le regole dei procedimenti di autotutela;

- non essendovi stata la risoluzione dell'originario appalto, quest'ultimo non si è mai interrotto e dunque non vi è stato un riaffidamento a trattativa privata all'originario appaltatore.

14. Ha proposto appello l'a.t.i. già ricorrente in primo grado, il quale ha lamentato che:

- vi sarebbe stata la risoluzione dell'originario appalto ai sensi dell'art. 136, d.lgs. n. 163/2006, e tale risoluzione sarebbe stato il presupposto dell'esercizio del potere di interpello ai sensi dell'art. 140, d.lgs. citato; pertanto il Tar sbaglierebbe nell'affermare che non vi sarebbe mai stata la risoluzione dell'originario appalto;

- con l'interpello di Grandi Stazioni e la disponibilità manifestata da CIR si sarebbe verificato l'affidamento in favore di quest'ultima;

- il diniego di stipulazione sarebbe perciò illegittimo e sviato;

- il provvedimento di ottobre 2009 sarebbe un illegittimo ritiro di un'aggiudicazione già verificatasi.

L'appellante insiste nella richiesta formulata in primo grado di risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale e, in subordine, a titolo di responsabilità precontrattuale.

15. Va anzitutto delimitata la materia del contendere.

15.1. Il Tar ha disatteso una espressa eccezione di difetto di giurisdizione articolata sotto il profilo che la causa riguarderebbe la fase di esecuzione del contratto e non la fase di aggiudicazione, e le parti soccombenti in punto di giurisdizione (l'amministrazione resistente e l'a.t.i. controinteressata) non hanno contestato tale capo di sentenza, che pertanto è passato in giudicato.

15.2. Inoltre il Tar, decidendo il merito del ricorso, ha implicitamente ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, sotto il profilo soggettivo, sugli appalti di Grandi Stazioni s.p.a..

Tale implicita statuizione non viene contestata dalle parti, e dunque si è formato il giudicato anche sulla questione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti di Grandi Stazioni s.p.a.

E' pertanto irrilevante esaminare in questa sede la natura della s.p.a. Grandi Stazioni, in ordine all'ambito di applicabilità della normativa sostanziale e processuale in tema di appalti pubblici.

16. L'appello deve essere respinto quanto alla domanda di annullamento degli atti impugnati in primo grado, mentre va accolto solo in parte, nei sensi e limiti che si esporranno, circa l'affermazione della responsabilità precontrattuale di Grandi Stazioni s.p.a.

16.1. Il Collegio ha sopra riportato il contenuto testuale degli atti delle parti che hanno dato origine al presente contenzioso.

16.2. Non è dubitabile che con la iniziale nota 30 aprile 2009, n. 008008, Grandi Stazioni s.p.a. ha comunicato all'odierna appellante che era stato risolto il contratto con l'originaria aggiudicataria, e che pertanto si invitava la seconda classificata a manifestare il perdurante interesse all'aggiudicazione.

16.3. Peraltro, l'affermazione che era stato risolto il contratto originario non era esattamente rispondente alla realtà fattuale.

Sono stati acquisiti agli atti di causa:

1) l'originario bando di gara, che risale al 2005;

2) l'originario contratto di appalto;

3) la lettera di diffida ad adempiere rivolta da Grandi Stazioni in data 31 ottobre 2008 all'originaria affidataria;

4) il ricorso proposto dall'originaria aggiudicataria davanti al giudice civile contro Grandi Stazioni s.p.a.;

5) la domanda riconvenzionale da quest'ultima articolata.

Da tali atti si evince che Grandi Stazioni s.p.a. non aveva risolto il contratto ai sensi dell'art. 136, d.lgs. n.

163/2006, come sostenuto da parte appellante.

Basti osservare che l'invocato art. 136 d.lgs. n. 163/2006 non solo non è richiamato nella diffida del 31 ottobre 2008, ma era anche inapplicabile *ratione temporis*, trattandosi di appalto bandito prima dell'entrata in vigore del codice appalti (art. 253, comma 1, d.lgs. n. 163/2006).

Piuttosto, occorre chiedersi se il contratto fosse stato risolto in base alla *lex specialis* (contratto tra le parti) o in base all'art. 119, d.P.R. n. 554/1999.

Si tratta peraltro di questione di tipo civilistico che esula dalla giurisdizione di questo giudice e su cui questo Collegio si limita a fare una verifica *incidenter tantum* nei limiti in cui rileva per la causa in esame.

Alla luce del bando di gara originario, del suo contenuto, della tipologia di lavori, si potrebbe ritenere che Grandi Stazioni s.p.a. abbia agito come stazione appaltante pubblica soggetta *in toto* alla l. n. 109/1994 e al relativo regolamento n. 554/1999: in tale prospettiva, la risoluzione unilaterale con atto della stazione appaltante per grave inadempimento dell'appaltatore sarebbe disciplinata dall'art. 119 d.P.R. n. 554/1999 (norma trasfusa con alcune modifiche nell'art. 136, d.lgs. n. 163/2006), che postula una previa diffida ad adempiere con assegnazione di un termine, e l'adozione di un formale provvedimento di risoluzione unilaterale, decorso il termine assegnato.

Nel caso di specie, vi è solo l'atto di diffida, datato 31 ottobre 2008, ma non risulta adottato un formale provvedimento di risoluzione unilaterale.

Sicché, ove si volesse, nella sostanza, aderire alla tesi di parte appellante, secondo cui sarebbe applicabile la disciplina della risoluzione unilaterale prevista dal diritto pubblico degli appalti, si deve arrivare alla conclusione che il procedimento di risoluzione unilaterale non si è mai concluso, essendovi la previa diffida ma non il provvedimento formale di risoluzione.

Se poi si volesse ritenere che Grandi Stazioni s.p.a. opera come ente privato (secondo l'orientamento della Corte di Cassazione che ne ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico: cfr. sent. n. 10218 del 2006) o come ente aggiudicatore dei settori speciali (a voler in astratto ritenere che i lavori relativi alle stazioni ferroviari rientrano nel settore speciale dei trasporti ferroviari), ne deriverebbe l'inapplicabilità del d.P.R. n. 554/1999 e del suo art. 119.

Infatti, o si ritiene che Grandi Stazioni s.p.a. è un soggetto privato, e in tal caso essa applica le disposizioni degli appalti pubblici solo in via di autolimitazione e nei limiti in cui le richiama, e l'art. 119 d.P.R. n. 554/1999 non è richiamato negli atti di gara e nel contratto, oppure si ritiene che Grandi Stazioni s.p.a. è ente aggiudicatore dei settori speciali, e in tal caso, avuto riguardo alla tipologia di lavori oggetto dell'appalto (rifacimento di stazioni) si applica *ratione temporis* l'art. 2, comma 4, l. n. 109/1994 secondo cui agli enti dei settori speciali si applica la l. n. 109/1994 per i lavori, come quelli della specie, non strettamente inerenti il settore speciale, ma non si applica la disciplina regolamentare in materia di esecuzione del contratto; e dunque l'art. 119 citato è inapplicabile.

Nell'una e nell'altra delle due prospettazioni, ritenuto inapplicabile l'art. 119 d.P.R. n. 554/1999, alla risoluzione per inadempimento si applica la *lex specialis* concordata tra le parti.

L'art. 50 del contratto di appalto prevede la risoluzione con atto unilaterale della stazione appaltante, per grave inadempimento dell'appaltatore, con un procedimento che si articola nella previa diffida della stazione appaltante, con assegnazione di un termine, e con una successiva dichiarazione della stazione appaltante, a mezzo raccomandata a.r., che intende avvalersi della clausola risolutiva (viene all'uopo espressamente richiamato l'art. 1456 c.c.).

Non basta dunque la sola diffida ad adempiere, con assegnazione di un termine, e la risoluzione di diritto non si verifica per effetto della mera scadenza del termine, occorrendo una successiva dichiarazione.

Tale dichiarazione manca nella specie.

Si deve infatti ritenere che l'espressa pattuizione contrattuale del citato art. 50, che disciplina mediante clausola

risolutiva espressa, e dunque mediante un procedimento bifasico (diffida e dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa) il caso del grave inadempimento dell'appaltatore, renda inapplicabile l'art. 1454 c.c. (diffida ad adempiere e risoluzione di diritto del contratto), anche se lo stesso art. 1454 c.c. viene tuzioristicamente invocato nell'atto di diffida dell'ottobre 2008.

E' noto infatti che in materia di appalti pubblici la fase di esecuzione del contratto è disciplinata da norme di diritto privato speciale, con poteri di autotutela privata speciale della stazione appaltante, che – salvo che la legge disponga altrimenti - rendono inapplicabili le regole civilistiche generali.

In definitiva, sia se si ritenga che la risoluzione unilaterale è regolata dall'art. 119 d.P.R. n. 554/1999, sia se si ritenga che è regolata dall'art. 50 del contratto di appalto, per la risoluzione unilaterale non bastava solo l'atto di diffida ad adempiere, occorrendo un successivo atto di Grandi Stazioni s.p.a., che non risulta adottato (le parti non ne deducono l'esistenza né lo hanno prodotto in giudizio).

In sintesi, si deve ritenere che Grandi Stazioni si sia fermata alla sola 'prospettazione' di una successiva risoluzione unilaterale.

A seguito di tale 'minaccia', l'aggiudicataria si è rivolta al giudice civile chiedendo a sua volta la risoluzione del contratto per inadempimento della committente. A sua volta in via riconvenzionale Grandi Stazioni s.p.a. aveva chiesto al giudice civile di dichiarare la risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore.

La vicenda ha poi avuto esito transattivo.

Nella transazione le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad ogni contestazione e dunque anche ad effetti risolutivi mediamente verificatosi.

L'appalto originario non ha mai avuto soluzione di continuità.

Pertanto, correttamente il Tar ha ricostruito i fatti laddove afferma che il contratto originario non è mai stato risolto ai sensi dell'art. 136, d.lgs. n. 163/2006 (*recte*: ai sensi dell'art. 119 d.P.R. n. 554/1999 ovvero ai sensi dell'art. 50 del contratto).

Parte appellante ha incongruamente assimilato, dunque, l'astratta facoltà che ha la stazione appaltante pubblica di risolvere il contratto unilateralmente, e quanto nei fatti accaduto. Pur avendo avuto Grandi Stazioni, in astratto, la facoltà di risolvere il contratto unilateralmente ai sensi delle disposizioni citate, è certo però che, in fatto, tale facoltà non ha esercitato.

Agli atti di causa non risulta alcun atto di risoluzione unilaterale adottato vuoi ai sensi dell'art. 136, d.lgs. n. 163/2006, vuoi ai sensi dell'art. 119 d.P.R. n. 554/1999, vuoi ai sensi dell'art. 50 del contratto, e non può essere qualificato come atto di risoluzione unilaterale la diffida in data 31 ottobre 2008.

16.4. Resta il fatto storico che nella nota del 30 aprile 2009 Grandi Stazioni, con una certa superficialità (sorprendente, in considerazione degli interessi economici coinvolti), ha dichiarato che il contratto con l'originaria aggiudicataria era stato risolto, circostanza che, a quella data, non rispondeva oggettivamente al vero, essendo invece il contratto *sub iudice*, circostanza di cui Grandi Stazioni era consapevole, avendo depositato la domanda riconvenzionale, nel giudizio civile, in data 3 marzo 2009.

16.5. Quanto al rilievo giuridico dell'interpello ai sensi dell'art. 140, d.lgs. n. 163/2006 e della manifestazione di disponibilità manifestata dalla a.t.i. interpellata, si deve escludere che si sia verificato, come sostiene parte appellante, l'affidamento in favore dell'interpellata medesima.

Tanto si evince sia dalla corretta interpretazione dell'art. 140 citato, sia dalle risultanze fattuali.

16.6. L'art. 140 prevede la facoltà per la stazione appaltante, dopo che l'originaria aggiudicazione e la stipulazione del contratto sono venute meno per ragioni tassativamente indicate dal medesimo art. 140 (tra cui la risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'appaltatore), di interpellare gli altri concorrenti collocati in graduatoria, a

partire dal secondo (c.d. scorrimento) al fine di stipulare un nuovo contratto, per i residui lavori, alle medesime condizioni contrattuali offerte dall'originario aggiudicatario.

E' evidente che si tratta di una vera e propria procedura di affidamento, che si svolge a "circolo chiuso" sul piano soggettivo, e a condizioni precostituite, sul piano oggettivo, in quanto vengono interpellati solo i soggetti già collocati nella graduatoria della precedente gara, e in quanto non possono essere fatte nuove offerte, né 'ripescate' quelle originariamente fatte dagli interpellati: il nuovo appalto per i lavori residui deve avvenire alle condizioni offerte dall'originario aggiudicatario.

Trattandosi di una vera e propria procedura di affidamento, è evidente che essa necessita di provvedimenti formali e tipici, e segnatamente dell'aggiudicazione.

Non è tale né l'interpello, che è solo un sondaggio esplorativo, né la dichiarazione di disponibilità fatta dall'interpellato; né l'aggiudicazione deriva dall'incontro tra interpello e risposta all'interpello.

La risposta all'interpello ha la natura giuridica di una offerta alle condizioni indicate dalla stazione appaltante.

Ma – per la formazione di un vincolo contrattuale - deve seguire l'aggiudicazione, al fine della verifica del possesso dei requisiti, e solo successivamente la stipulazione.

16.7. Anche lo svolgimento dei fatti conferma tale esegesi dell'art. 140, d.lgs. n. 163/2006.

Infatti nella nota iniziale del 30 aprile 2009 la stazione appaltante chiede all'interpellata:

“- di confermare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto;

- di assumere l'impegno ad accettare l'aggiudicazione della gara e a stipulare il nuovo contratto alle medesime condizioni e per l'offerta di ribasso del 18.830% proposta dall'originario aggiudicatario”.

E' evidente che occorre una successiva formale aggiudicazione.

16.8. Non è pertanto corretta la tesi di parte appellante secondo cui a seguito della risposta all'interpello sarebbe avvenuto l'affidamento, ossia l'aggiudicazione.

E' solo vero che Grandi Stazioni, ingenerando un legittimo affidamento, ha invitato la controparte a produrre la documentazione necessaria per la stipulazione del contratto.

16.9. Non essendovi stata né la risoluzione dell'originario contratto, né l'affidamento alla seconda classificata, cadono anche i successivi assunti di parte appellante:

a) la nota del 28 ottobre 2009, in cui si afferma che non si può procedere ad affidamento ai sensi dell'art. 140, d.lgs. n. 163/2006, perché l'originario contratto non è stato risolto, non costituisce un atto ritiro di aggiudicazione, ma semplicemente un atto di diniego di aggiudicazione, perché l'aggiudicazione non c'era mai stata;

b) nemmeno esiste un illegittimo riaffidamento dell'appalto al primo aggiudicatario, perché il riaffidamento presupporrebbe una risoluzione del primo appalto, che non c'è mai stata, sicché il primo appalto è in definitiva sempre proseguito senza soluzione di continuità.

16.10. In definitiva, non esistono gli atti impugnati da parte appellante, ossia il ritiro dell'aggiudicazione e il riaffidamento a trattativa privata, sicché non c'è spazio per il loro annullamento.

16.11. Va invece valutata la legittimità o meno del diniego di aggiudicazione opposto da Grandi Stazioni a CIR con la nota del 28 ottobre 2009, dopo che con la nota del 30 aprile 2009 CIR era stata interpellata al fine dell'affidamento dell'appalto.

Tale diniego si incentra sulla circostanza, rispondente al vero ed effettivamente ostativa, che difettavano i presupposti per l'applicazione della procedura dell'art. 140, d.lgs. n. 163/2006, non essendo intervenuta la risoluzione del primo appalto.

Sotto tale profilo la nota del 28 ottobre 2009, riguardata non come ritiro di aggiudicazione, ma come diniego di aggiudicazione, è legittima.

16.12. Diventa a questo punto irrilevante il dedotto vizio di sviamento di potere di tale provvedimento (sotto il profilo che l'aggiudicazione sarebbe stata condizionata alla rinuncia, da parte di CIR, ad un contenzioso pendente), perché, ove anche tale vizio fosse ravvisato sussistente, sarebbe però ininfluenza, essendo il provvedimento comunque retto da un'altra ragione conforme alla legge (il difetto dei presupposti per attivare la procedura del citato art. 140).

17. Resta da valutare la domanda subordinata proposta dalla parte appellante, sin dal ricorso di primo grado, di condanna della stazione appaltante a titolo di responsabilità precontrattuale.

17.1. Tale domanda non è stata esaminata dal Tar, che la ha ritenuta assorbita.

17.2. Su tale domanda non vi è stata neppure pronuncia sulla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

La giurisdizione del giudice amministrativo va affermata ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a., che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sulle procedure di affidamento di appalti pubblici, ivi incluse le cause risarcitorie, e dunque, evidentemente, le controversie relative alla responsabilità precontrattuale della p.a. per atti e comportamenti tenuti nella fase della procedura di affidamento (Cass., sez. un., 13 giugno 2006 n. 13659 e 13660, ordd.; Cass., sez. un., 30 luglio 2008 n. 20596, ord.).

Si è sopra rilevato che l'art. 140, d.lgs. n. 163/2006, ancorché formalmente collocato nella parte II, titolo III, capo I, del codice appalti, dedicato all'esecuzione dei lavori, contempla una vera e propria procedura di affidamento, come si evince dalla stessa rubrica dell'art. 140.

Pertanto, nel presente giudizio viene in rilievo un contenzioso risarcitorio relativo ad una procedura di affidamento non andata a buon fine.

17.3. La domanda di responsabilità precontrattuale è fondata quanto all'*an*, ma solo parzialmente fondata di prova in ordine al *quantum*.

17.4. Grandi Stazioni s.p.a. ha tenuto un comportamento scorretto, coinvolgendo CIR in una trattativa inutile e rappresentando senza le dovute diligenza e precisione quali fatti erano accaduti.

17.5. Con l'originaria nota del 30 aprile 2009 Grandi Stazioni ha formalmente attivato la procedura dell'art. 140 d.lgs. n. 163/2006, adducendo un presupposto, e cioè che l'originario contratto fosse risolto, di cui la stessa Grandi Stazioni non aveva certezza, non avendo adottato un atto di risoluzione unilaterale, e non potendo Grandi Stazioni ignorare che il contratto era *sub iudice*.

Dunque Grandi Stazioni ha avviato una trattativa contrattuale agendo senza la necessaria prudenza, non essendovi la certezza che si fosse realizzato un presupposto legale necessario.

E' indubbio che la nota del 30 aprile 2009 ha ingenerato un ragionevole affidamento nella controparte.

Grandi Stazioni avrebbe dovuto diligentemente avvisare la controparte che la questione della risoluzione era *sub iudice* e che erano in corso trattative con l'appaltatore, per definire la lite transattivamente; la controparte doveva dunque essere informata che l'aggiudicazione in suo favore era sottoposta alla condizione sospensiva dell'esito risolutorio del primo appalto.

Ovviamente il Collegio non può che basarsi sugli atti scritti prodotti in giudizio.

Sfugge invece al Collegio il contenuto di eventuali colloqui intercorsi tra le parti, non riprodotto negli atti di causa.

17.6. Anche la successiva nota 5 maggio 2009, prot. 008181, con cui Grandi Stazioni ha invitato l'a.t.i. a produrre la documentazione necessaria "*al fine di procedere alla stipula del contratto in oggetto*" ha ingenerato un ragionevole affidamento nell'altra parte, che è stata coinvolta in una trattativa inutile, inducendola a produrre tempestivamente la documentazione richiesta.

17.7. Evidenzia scorrettezza nella fase delle trattative anche la nota di Grandi Stazioni del 20 maggio 2009 con cui

viene precisato che *“resta ferma la facoltà di Grandi Stazioni s.p.a. di valutare, a suo insindacabile ed autonomo giudizio, la possibilità di procedere alla stipulazione del contratto per l'appalto in oggetto, indipendentemente dagli esiti del supplemento istruttorio ed in relazione alla definizione della controversia pendente tra la scrivente e CIR Costruzioni s.p.a. nell'ambito della procedura di gara per l'appalto dell'esecuzione delle opere infrastrutturali complementari agli edifici della stazione di Roma Termini”*.

Infatti per la prima volta viene addotta una circostanza nuova, inerente alla possibile influenza sull'aggiudicazione di un contenzioso pendente.

Si tratta di una circostanza mal posta dalla stazione appaltante, che semmai doveva valutare se escludere dall'aggiudicazione la CIR ove vi fosse stata una grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di precedente appalto (art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006).

Ma la questione non è stata posta in termini di causa legale ostativa dell'aggiudicazione, bensì di circostanza fattuale rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante.

Pertanto, se tale elemento non può essere apprezzato come sviamento di potere al fine di dichiarare illegittimo il diniego di aggiudicazione del 28 ottobre 2009 (atteso che lo stesso è retto da altra ragione legittima), lo stesso va valutato come sintomo della scorrettezza comportamentale nella fase delle trattative.

17.8. Infine va riferito ad un comportamento scorretto, nella fase delle trattative, anche il contenuto del provvedimento del 28 ottobre 2009.

Infatti solo con tale provvedimento vi è la *discovery* delle effettive ragioni per cui Grandi Stazioni non ha inteso aggiudicare l'appalto a CIR, perché solo con tale atto Grandi Stazioni ammette che l'originario contratto non è mai stato risolto, contrariamente a quanto affermato nella nota del 30 aprile 2009.

Tuttavia appare scorretto che Grandi Stazioni, anziché ammettere di aver agito senza la necessaria prudenza e scusarsi per il disagio cagionato alla controparte (come ci si attenderebbe da un corretto contraente, nella logica che errare è umano, ma occorre poi riconoscere l'errore che ha cagionato danni ad altri), tenta di modificare i dati di fatto rispetto alle proprie dichiarazioni del 30 aprile 2009.

Basta confrontare il contenuto delle due dichiarazioni.

Il 30 aprile 2009 Grandi Stazioni afferma:

“nel corso dell'esecuzione del contratto di appalto con l'ATI CMB/Fatigappalti sono sorte situazioni contenziose che, allo stato, hanno determinato la risoluzione del contratto per fatto e colpa dell'appaltatore.

Tale circostanza autorizza GS ad assumere le ulteriori iniziative, mediante interpello del secondo classificato nella graduatoria delle offerte”.

Il 28 ottobre 2009 Grandi Stazioni afferma che in precedenza avrebbe comunicato solo di aver intrapreso una azione risolutiva, e che la risoluzione giudiziale era il presupposto dell'interpello (*“la scrivente ha effettivamente comunicato con nota del 30 aprile 2009 a codesta spett.le Società di ritenersi autorizzata all'interpello ex art. 140 del d.lgs. n. 163/2006 in ragione dell'azione risolutiva da essa intrapresa nei confronti dell'a.t.i. CMB/Fatigappalti, vincitrice della gara per l'affidamento dei lavori in oggetto.*

Tale circostanza – la risoluzione dichiarata dal giudice del contratto stipulato con l'originario aggiudicatario della gara – costituiva evidentemente il necessario presupposto per poter dare corso alla prefigurata applicazione della norma.

Ed in tale prospettiva la scrivente ha richiesto a codesta spett.le Società dapprima di confermare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto e poi di produrre la documentazione richiesta dalla normativa vigente per il caso di stipulazione del contratto”).

Tuttavia la piana lettura della nota del 30 aprile 2009 evidenzia che in essa non si era mai parlato di una risoluzione

chiesta al giudice e ancora non disposta, né si era condizionato l'interpello al verificarsi di una futura risoluzione giudiziale, ma si era parlato di una risoluzione già avvenuta, quale presupposto dell'interpello, che non veniva sottoposto a condizioni.

17.9. Alla luce di quanto esposto, il comportamento di Grandi Stazioni va dichiarato contrario al dovere di buona fede a cui sono tenute le parti nella fase delle trattative (art. 1337 c.c.).

17.10. Al fine di una condanna di Grandi Stazioni al risarcimento del danno occorre tuttavia la prova del danno stesso, ed è onere della parte ricorrente provare il danno subito.

Secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consesso, il principio dell'onere della prova si espande in pieno in relazione ai giudizi risarcitori che si svolgono davanti al giudice amministrativo (Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967; Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2006 n. 4932; Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2006 n. 835; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006 n. 112; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500, in *CdS* 2004, I, 1654).

Trattandosi infatti di prove che sono nella disponibilità della parte privata, e non di quella pubblica, non può supplire il soccorso istruttorio del giudice.

Peraltro in appello non sono ammesse prove nuove che la parte poteva produrre in primo grado.

Sia nel ricorso di primo grado che di appello la parte ha fatto riserva di provare in corso di causa il danno subito.

Tale prova non è stata specificamente fornita nel giudizio.

Il Collegio può ritenere fornito un principio di prova solo in ordine alle spese certe che la parte ha incontrato, e che sono quelle fatte per fornire a Grandi Stazioni s.p.a. la documentazione da essa richiesta.

Vi sono infatti scambi epistolari tra le parti, da cui si evince con certezza quali sono i documenti richiesti e forniti.

Non vi è invece nemmeno un principio di prova, quanto a eventuali spese subite per predisporre i mezzi necessari per eseguire l'appalto. Tali spese, infatti, vengono affermate genericamente nel carteggio stragiudiziale tra le parti, ma non vi sono atti da cui si evincano le spese in questione, e nemmeno atti da cui possa evincersi quali sarebbero i mezzi predisposti per eseguire l'appalto.

Si può ritenere pertanto provato, quanto all'*an*, unicamente il danno della parte privata quanto alle spese sostenute per fornire a Grandi Stazioni i documenti richiesti.

Per la quantificazione di tale danno, in difetto di documentazione prodotta in giudizio, il Collegio ritiene di utilizzare lo speciale procedimento delineato dall'art. 34, comma 4, c.p.a. (in cui è stato trasfuso, con generalizzazione, l'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 80/1998), a tenore del quale il giudice amministrativo, quando è chiesta una condanna al risarcimento dei danni, può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine.

In tale speciale procedimento, il giudice si limita ad una condanna in ordine all'*an*, mentre per quanto riguarda il *quantum* si limita a stabilire i criteri a cui la pubblica amministrazione deve attenersi per formulare una proposta di risarcimento del danno al soggetto leso.

Pertanto il Collegio, affermata la responsabilità precontrattuale di Grandi Stazioni, la condanna al risarcimento del danno da determinarsi con i seguenti criteri:

- parte appellante fornirà a Grandi Stazioni la documentazione probatoria delle spese sostenute per produrre i documenti richiesti da Grandi Stazioni e ad essa effettivamente forniti;
- dalla data in cui tale documentazione perverrà a Grandi Stazioni, quest'ultima avrà un termine di sessanta giorni per proporre a controparte il pagamento di una somma a titolo di risarcimento, da quantificarsi alla luce dei documenti probatori forniti da controparte;
- se parte appellante accetterà la proposta, dalla data dell'accettazione decorreranno, per Grandi Stazioni, sessanta

giorni per procedere al pagamento.

18. In conclusione, in accoglimento parziale dell'appello:

- va respinta la domanda di annullamento degli atti impugnati in primo grado, riproposta in questa sede;
- in accoglimento parziale della domanda risarcitoria, va dichiarata la responsabilità precontrattuale di Grandi Stazioni s.p.a. e per l'effetto Grandi Stazioni va condannata al risarcimento del danno nella misura che risulterà dall'applicazione dei criteri indicati dal Collegio.

19. Le spese seguono la soccombenza parziale e, in considerazione della parziale soccombenza reciproca, nel rapporto tra appellante e Grandi Stazioni s.p.a. vengono compensate al 90% mentre per il restante 10% sono poste a carico di Grandi Stazioni s.p.a. nella misura di euro 8.000 per entrambi i gradi di giudizio.

Le spese vanno interamente compensate nel rapporto tra l'appellante e la controinteressata, intimata nel giudizio di impugnazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8826 del 2010, come in epigrafe proposto:

- 1) dichiara la responsabilità precontrattuale di Grandi Stazioni e per l'effetto la condanna al risarcimento del danno nella misura che risulterà con l'applicazione dei criteri indicati in motivazione;
- 2) respinge tutte le altre domande;
- 3) nel rapporto tra l'appellante e Grandi Stazioni s.p.a. compensa le spese del doppio grado di giudizio nella misura del 90%; per il restante 10% le pone a carico di Grandi Stazioni s.p.a. nella misura di euro 8000 complessive per entrambi i gradi di giudizio;
- 4) compensa interamente le spese tra l'appellante e la controinteressata intimata nel giudizio di impugnazione;
- 5) dispone che gli atti del presente giudizio (il ricorso di primo grado, l'atto di appello, la sentenza di primo grado e la sentenza di appello, la memoria di primo grado di Grandi Stazioni, i documenti depositati dalle parti nel giudizio di primo grado) vanno trasmessi per quanto eventualmente di competenza alla Procura della Corte dei conti di Roma.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/11/2012

IL SEGRETARIO

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