

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: Amministrazione pubblica - Procedure di gara - Responsabilità precontrattuale della stazione appaltante - Annullamento dell'aggiudicazione.

Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237

- in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2021, pag. 921, con nota a cura di Adolfo Angeletti e Mariano Proto, *Annullamento dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale*;

- Il Foro amministrativo, 11, 2020, pag. 2087.

1. “[...] Rileva il Collegio come risulti in effetti da tempo pacifica in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, A.P., 5 settembre 2005, n. 6; Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656) l'applicazione anche ai soggetti pubblici - sia nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia nell'ambito di vere e proprie procedure di gara - dell'obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza sancito nell'art. 1337 c.c.. Occorre, cioè, evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati. La buona fede e la correttezza si specificano in una serie di regole di condotta, tra le quali l'obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale esistenza di cause ostative rispetto a detto esito [...]”.

2. “[...] nelle procedure ad evidenza pubblica, è proprio (secondo taluni, in passato, soltanto) con l'aggiudicazione definitiva che il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolersi del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Il che non può non valere anche in caso di annullamento giurisdizionale.

Nonostante, dunque, ogni singolo provvedimento adottato durante la gara sia astrattamente idoneo - in virtù di specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto - ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, solo la definitiva individuazione del contraente ne costituisce l'incontestato punto di approdo [...]”.

Svolgimento del processo

1. Il Comune di Bordighera indiceva una gara per la realizzazione di un parcheggio interrato con contestuale sistemazione della sovrastante piazza Garibaldi, aggiudicata alla A.T.I. odierna appellante, costituita dalle società A. S.r.l. e E. S.r.l. (d'ora in avanti, per comodità, solo la Società, con riferimento alla mandataria), con Det. n. 220 del 16 novembre 2004, di approvazione del verbale di gara del 4 novembre 2004. Provvedeva quindi alla consegna anticipata dei lavori in data

22 dicembre 2004, salvo disporre contestualmente, ma con atto separato, la sospensione motivata con riferimento all'imminenza delle festività natalizie.

La asserita carenza documentale determinava una nuova sospensione in data 18 gennaio 2005, con soluzione di continuità di un solo giorno (17 gennaio 2005) rispetto alla scadenza del termine di quella originaria. L'indebito procrastinare la stipula del contratto, pur dopo l'avvenuta consegna di tutta la documentazione richiesta, ivi comprese le polizze fideiussorie (8 febbraio 2005) determinava la Società a segnalare la situazione all'Autorità di vigilanza, che interveniva stigmatizzando formalmente l'operato della stazione appaltante con riferimento alla inadeguatezza della progettualità messa a gara, nonché paventando i possibili profili di danno erariale riconducibili alla circostanza. A seguito della revoca, in epoca successiva all'aggiudicazione (1 dicembre 2004) della certificazione S.O.A. della ditta mandante, E. S.r.l., il Comune in data 11 aprile 2005 inoltra alla Società comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione. L'avvenuta trasmissione, con nota in data 10 giugno 2005, della nuova attestazione, conseguita il 9 giugno 2005, rimaneva comunque priva di conseguenze.

Sempre in punto di fatto, occorre ancora chiarire come l'esito della procedura ad evidenza pubblica sia stato contestato da un altro raggruppamento temporaneo di imprese partecipante alla gara, costituito dalla società cooperativa O. a r.l. e dalla società M. S.r.l. Con sentenza n. 7090 del 1 dicembre 2006, all'esito di pubblica udienza svoltasi il 25 novembre 2005, in riforma della sentenza del medesimo T.A.R. per la Liguria n. 433 del 4 aprile 2005, l'aggiudicazione veniva annullata sull'assunto che erano state ammesse aziende prive dei prescritti requisiti con riferimento al subappalto, conseguentemente alterando la base di calcolo della soglia di anomalia. Per contro, non veniva riconosciuto alle ricorrenti alcun risarcimento, ritenendo lo stesso intrinseco nell'affermato obbligo di riedizione della gara, peraltro ad esecuzione dell'appalto non ancora iniziato.

All'esito di tale giudizio, il Comune di Bordighera, archiviato formalmente con Det. n. 623 del 12 gennaio 2006 il procedimento di annullamento in autotutela dell'originaria aggiudicazione, comunicava all'appellante l'avvenuta aggiudicazione della nuova gara ad altra impresa (nota del 6 giugno 2007 prot. n. (...)). Ciò, peraltro, previa restituzione, ai sensi dell'art. 109 del D.P.R. n. 554 del 1999, delle cauzioni e delle polizze fideiussorie, nonché delle spese di contratto (nota prot. n. (...) del 9 marzo 2006).

2. Con ricorso al T.A.R. per la Liguria n.r.g. 181/2010 la Società ha chiesto il risarcimento dei danni subiti a titolo di responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale quantificandoli in Euro 1.325.913,80, oltre interessi e rivalutazione monetaria fino all'effettivo soddisfo, dei quali Euro 374.775,73 quale mancato utile, calcolato nella percentuale del 10 % dell'offerta, oltre alle spese

generali per un importo di Euro 562.163,60, pari al 15 % dell'offerta rapportato all'intero "tempo utile", pari a 540 giorni; Euro 187.387,87 quale danno curriculare, calcolato equitativamente nel 5 % dell'offerta; Euro 93.693,94, per l'asserita perdita di chance durante il periodo di sospensione dei lavori, nei limiti della quarta parte del mancato utile; infine Euro 107.892,66 per spese vive sostenute e documentate.

3. Il Tribunale adito, respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa erariale, rigettava il ricorso sull'assunto che l'ipotizzata responsabilità precontrattuale, astrattamente ravvisabile nei comportamenti non corretti tenuti dall'Amministrazione con l'avvio anticipato della cantierazione dell'opera, peraltro a fronte di un progetto messo a gara ma rivelatosi carente, sarebbe esclusa dall'annullamento dell'aggiudicazione da parte del Consiglio di Stato, che avrebbe fatto venire meno qualsivoglia aspettativa tutelabile dell'azienda. L'impugnativa giurisdizionale da parte di altra impresa legittimata, infatti, "non può certo qualificarsi come elemento straordinario e non prevedibile", né può sostenersi che alla Società sia stata richiesta "un'attività straordinaria rispetto all'ordinario svolgimento dei rapporti di gara" che giustifichi la rimborsabilità delle spese sostenute.

4. Avverso tale sentenza ha presentato appello la Società A. S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della A.T.I. con la Società E. S.r.l., ravvisandovi due fondamentali errori motivazionali su punti essenziali della controversia, tradotti in altrettante autonome ragioni di doglianza.

In primo luogo il T.A.R., pur avendo riconosciuto la scorrettezza comportamentale del Comune di Bordighera, sia nella fase della gara, caratterizzata da inadeguatezza progettuale riconosciuta anche dall'Autorità di vigilanza (nota del 24 marzo 2005), sia nella fase successiva, della richiesta cantierazione immediata, non ne aveva poi tratto le dovute conseguenze in termini risarcitori sull'errato presupposto che ciò sarebbe stato precluso dall'avvenuto annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. Tale annullamento, al contrario, non può certo impedire l'accertamento della responsabilità della pubblica amministrazione, a maggior ragione in quanto non riconducibile in alcun modo alla ricorrente, che anzi ne ha subito le conseguenze.

D'altro canto, il comportamento della stazione appaltante si sarebbe palesato come inspiegabile e contraddittorio, laddove dopo aver preteso un'accelerazione della fase esecutiva, né vi aveva dato seguito, né si era attivata per la stipula del contratto, pur avendo definitivamente completato le acquisizioni documentali necessarie l'8 febbraio 2005, nei tempi previsti dalla normativa vigente *ratione temporis* (60 giorni ex art. 109 del D.P.R. n. 554 del 1999) e malgrado formalmente diffidata a provvedere. Ciò si sarebbe risolto anche (secondo motivo di appello) nella violazione degli obblighi di legge al riguardo (art. 129 del più volte richiamato D.P.R. n. 554 del 1999) che con riferimento al caso specifico della consegna anticipata dei lavori cui non faccia seguito la stipula del

contratto impongono la refusione delle spese sostenute dall'appaltatore. Del tutto superficialmente, pertanto, le stesse sarebbero state ricondotte alla normale dinamica tra le parti nella dialettica contrattuale, pretermettendo la necessità di continue trasferte funzionali ad ottemperare a quanto richiesto, e particolarmente gravose in ragione della distanza tra la sede delle aziende e il luogo di effettuazione dei lavori.

5. Si è costituito in giudizio con atto di stile il Comune di Bordighera. Con successiva memoria in controdeduzione versata in atti in data 5 settembre 2020 ha eccepito in via preliminare la inammissibilità dell'appello per asserita contraddittorietà intrinseca della domanda. Essa infatti presenterebbe un'indebita promiscuità tra causae petendi e petita, presupponendo per certi versi la legittimità dell'aggiudicazione, per altri la sua illegittimità, con conseguente valorizzazione della richiesta di anticipato allestimento del cantiere; rivendicando indistintamente e senza alcuna graduazione, tanto danni riconducibili all'interesse positivo, che a quello negativo, sì da rendere impossibile inquadrare correttamente l'esatto contenuto della richiesta. Nel merito, ha insistito per la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza impugnata, enfatizzando l'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione come momento di cristallizzazione della circostanza che il R.T.I. non aveva titolo al conseguimento del bene della vita correlato alla stessa. Per tale ragione, la domanda risarcitoria si paleserebbe addirittura pretestuosa volendo individuare nell'aggiudicazione, provvedimento favorevole alla parte, l'evento dannoso da risarcire. Infine, la mancanza di colpevolezza del Comune sarebbe stata implicitamente riconosciuta dalla Società nel momento in cui ha scelto di affiancarlo sostenendone le ragioni di diritto nel procedimento instaurato dalla A.T.I. O. e M. avverso l'aggiudicazione. Nessun danno, d'altronde, può essere ricondotto alla richiesta di consegna anticipata dei lavori, stante che la stessa è rimasta sostanzialmente lettera morta a cagione della contestuale sospensione, resasi necessaria, oltre che opportuna, per ragioni di pubblico interesse, giusta le previsioni in tal senso dell'art. 133, commi 1 e 2, del D.P.R. n. 554 del 1999. D'altro canto, la prima sospensione non è stata contestata dalla ditta; la seconda, in quanto motivata sull'assunto che mancavano documenti essenziali, era da imputare interamente alla Società, trovando applicazione al riguardo l'art. 1227, comma 2, c.c. che esclude la risarcibilità del danno che "il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza". Infine, la corretta ricostruzione della concatenazione storica degli avvenimenti non poteva prescindere dalla valutazione dell'intervenuta revoca della S.O.A. ad E. S.r.l. in data 1 dicembre 2004, nonché della conoscenza del dispositivo della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, pubblicato il 25 novembre 2005.

Quanto agli importi richiesti a titolo risarcitorio, in denegata ipotesi di accoglimento della tesi avversaria, essi andrebbero epurati delle somme riconducibili all'interesse positivo, nonché circoscritti al periodo successivo all'aggiudicazione, ma antecedente la pronuncia del Consiglio di Stato; ciò a valere anche per la rivendicata perdita di chance, indebitamente riferita all'intero biennio 2005-2006. E comunque le voci residue di spesa, peraltro del tutto generiche, o sarebbero estranee a convocazioni della stazione appaltante, o addebitabili alla Società in ragione delle necessità via via sopravvenute di integrazioni documentali.

6. Chiamata all'udienza pubblica del 6 ottobre 2020, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

Motivi della decisione

7. In via preliminare il Collegio ritiene di dover respingere l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa del Comune di Bordighera in ordine alla asserita promiscuità delle richieste risarcitorie avanzate, sì da non consentire l'individuazione di *petitum* e *causa petendi*, né, soprattutto, di graduarne la configurazione. Oggetto della controversia, infatti, è il danno che l'A.T.I. afferma di aver subito a cagione del comportamento scorretto del Comune di Bordighera, successivo all'aggiudicazione della gara, poi annullata, ma antecedente alla stipula del contratto, cui non si è addivenuti in ragione di ridetto annullamento. Le voci di danno che la Società invoca (*petita*) appaiono dunque chiaramente declinate anche avuto riguardo alle distinte *causae petendi*. Essa, cioè, si ritiene lesa per l'affidamento riposto nel buon esito della procedura, giusta l'avvenuta aggiudicazione definitiva e, per contro, il suo successivo annullamento; affidamento per così dire "rafforzato" dalla scelta del Comune, costituente anche autonoma voce di danno in ragione della specifica disciplina normativa della relativa fase, di consegnare anticipatamente i lavori sotto riserva di legge, senza tuttavia dare effettivo seguito alla stessa consentendone l'avvio. Nessuna intrinseca contraddittorietà, dunque, può ascriversi alla domanda della Società, il largo spettro di prospettazione della quale deve essere circoscritto all'esito del giudizio e del corretto inquadramento sistematico della tipologia di illecito eventualmente ritenuto sussistente.

In sintesi, in ambito risarcitorio compete al giudice, al di là del *nomen iuris* attribuito dalla parte alla propria rivendicazione, valutarne la consistenza nell'an e nel quantum, espungendo dalla stessa, una volta correttamente perimetrata, le istanze eccessive, prive di riscontro probatorio, ovvero, più genericamente, incompatibili con la tipologia di responsabilità ritenuta sussistente.

8. Nel caso di specie, dunque, è incontestato tra le parti e riconosciuto dal giudice di prime cure che il paradigma cui ascrivere la fattispecie, quanto meno in termini astratti, è quello della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, collocandosi l'evento dannoso in una fase che

precede la stipula del contratto pubblico per l'esecuzione delle opere che la Società si era aggiudicata all'esito della procedura ad evidenza pubblica. Il diniego di tutela risarcitoria, tuttavia, troverebbe fondamento nella mancanza di una legittima aspettativa da tutelare, essendo la stessa "esclusa dall'annullamento del titolo costituente la base delle aspirazioni dell'impresa". Non solo: prima ancora che ridotto annullamento "spezzasse" il nesso di causalità tra le carenze dell'Amministrazione, il cui comportamento "non è stato lineare né particolarmente diligente, specie a fronte delle carenze della gara oltre che del progetto ad esso sotteso", e i fatti dannosi, essa non potrebbe comunque sussistere in ragione della astratta proponibilità di un contenzioso, quale fattore che per la sua prevedibilità e non eccezionalità contrasta ontologicamente con la possibilità di fare affidamento sul buon esito della procedura.

9. Ritiene la Sezione che l'assunto, pur condivisibile nei presupposti, non lo sia nelle conclusioni.

Va al riguardo anche richiamato l'orientamento comunitario che, in caso di annullamento di atti di gara, sotto il profilo soggettivo non richiede neppure la dimostrazione della colpevolezza della pubblica amministrazione, in quanto il recepimento della relativa disciplina comunitaria ha svincolato il diritto di ottenere un risarcimento dei danni per violazione delle norme in materia di appalti pubblici dal carattere colpevole della stessa.

Nel caso di specie, tuttavia, l'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto afferente la fase precontrattuale, costituisce il frammento terminale di un mosaico comportamentale contrassegnato da significative incoerenze e contraddittorietà, tali da renderlo rilevante non (solo) ex se, ma proprio in ragione del suo inserirsi in tale contesto. Ciò consente, ritiene la Sezione, di attingere comunque ai principi sopra richiamati, da un lato rifuggendo da qualsiasi presunzione, dall'altro tuttavia tenendo doverosamente conto delle ragioni della ritenuta illegittimità dell'atto, che finiscono per illuminare anche retrospettivamente la valutazione di colpevolezza della condotta complessivamente tenuta dall'Amministrazione.

10. Afferma dunque il T.A.R. per la Liguria che la astratta configurabilità della responsabilità precontrattuale nell'ambito della contrattualistica pubblica, ammessa già all'epoca dalla opinione giurisprudenziale maggioritaria, cui pertanto dichiara di aderire, troverebbe fondamento nella sostanziale assimilabilità delle scansioni procedimentalizzate e funzionalizzate della scelta del contraente privato nelle relative procedure ad evidenza pubblica ai contatti preliminari che avvengono nell'ambito del diritto comune.

Rileva il Collegio come risulti in effetti da tempo pacifica in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, A.P., 5 settembre 2005, n. 6; Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656) l'applicazione anche ai soggetti pubblici - sia nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia

nell'ambito di vere e proprie procedure di gara - dell'obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza sancito nell'art. 1337 c.c.. Occorre, cioè, evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati. La buona fede e la correttezza si specificano in una serie di regole di condotta, tra le quali l'obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale esistenza di cause ostative rispetto a detto esito. Il che non è avvenuto nel caso di specie, allorché alla comprensibile - ma non giustificata - cautela sottesa al contenzioso in itinere, ha fatto da contraltare un tentativo, neppure troppo celato e comunque mal gestito, di addivenire rapidamente al "fatto compiuto" dell'avvenuta esecuzione dei lavori, in un andamento altalenante di scelte e ripensamenti di certo non connotato, almeno per quel che è emerso in atti, dalla condivisione trasparente di un percorso e delle sue potenziali criticità.

11. Tali affermazioni necessitano di ulteriore attualizzazione, alla luce della progressiva anticipazione della soglia di rilevanza dei "contatti" cui viene attribuita significatività a fini risarcitori, ravvisandoli anche nella fase antecedente l'aggiudicazione, ovvero la pubblicazione del bando di gara, laddove essa sia avvenuta, ad esempio, nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili (cfr. Cons. Stato, A.P., 4 maggio 2018, n. 5).

Vero è, rileva ancora il Collegio, che la lettura necessariamente evolutiva e costituzionalmente orientata dei principi che devono permeare le relazioni tra privati e pubblica amministrazione, ha individuato proprio nella contrattualistica pubblica il terreno più fertile per lo sviluppo della tematica. Secondo la dottrina più evoluta, infatti, esso costituisce un significativo esempio della configurabilità di un sistema istituzionale di diritto comune connotato dalla osmotica utilizzabilità di regole del diritto privato da parte dei titolari di pubblici poteri, dando comunque luogo a rapporti giuridici qualificati tra privato e pubblica amministrazione all'interno dei quali può assumere rilievo l'affidamento, quale situazione di aspettativa giuridica a sua volta qualificata. Nel suo ambito, dunque, le regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Ciò comporta che anche quelle di correttezza non possono essere relegate soltanto ad una o più delle singole fasi in cui si suddivide una gara, in quanto ognuna di esse, proprio perché astrattamente permeata di aspetti pubblicistici e privatistici, necessita di una lettura unitaria e consequenziale. Ciascuna singola fase, cioè, seppur distinta da quella successiva e da quella precedente, è accomunata alle altre in chiave teleologica, in quanto comunque mirata

all'unico fine della stipulazione del contratto, prima della quale il rispetto dei principi della buona fede e correttezza non può che riguardare le "trattative", più o meno intense che esse siano state.

L'applicabilità delle disposizioni civilistiche, dunque, deriva dalla possibilità di equiparazione dell'amministrazione che agisce nella procedura volta alla conclusione di un contratto ad un contraente privato: tutte le fasi della procedura, infatti, si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale e, pertanto, il rispetto dei principi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. non può essere circoscritto al singolo periodo successivo alla determinazione del contraente.

La differenza tra le due tipologie di regole, comunque intersecanti il bagaglio operativo della stazione appaltante, risiede nel fatto che la violazione delle prime, in quanto hanno ad oggetto il provvedimento - id est, l'esercizio diretto ed immediato del potere - ne determina, di regola, l'invalidità; le altre, invece, si riferiscono al comportamento, seppur collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere, complessivamente tenuto dalla stazione appaltante o dall'amministrazione aggiudicatrice nel corso della gara e la loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità.

Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A., dunque, le regole di correttezza e buona fede, che non necessariamente inficiano la validità del provvedimento, trasmodano in canoni di valutazione del comportamento complessivamente tenuto, quale fondamento della conseguente responsabilità. Nel caso, come quello di specie, in cui l'aggiudicazione, quale momento tipico fondante l'aspettativa di concludere il contratto, venga annullato per causa non imputabile all'aggiudicatario, si realizza una sorta di situazione intermedia che attinge ai profili di responsabilità da provvedimento illegittimo, ma non si esaurisce né si compendia nella stessa.

13. D'altro canto, come è stato ben evidenziato nei più recenti arresti della giurisprudenza sul punto (v. ancora A.P. n. 5/2018, cit. supra) il dovere di correttezza ha nel tempo conquistato una funzione (ed un conseguente ambito applicativo) certamente più ampia rispetto a quella concepita dal codice civile del 1942, che lo collocava nella visione economica corporativistica dell'epoca e in tale ridotta accezione imponeva di leggere anche la susseguente solidarietà. Esso, cioè, non è più considerato strumentale solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile; bensì, alla "tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza". Ciò ha portato la discussione sull'intensità e pregnanza del momento

relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato necessari a dare rilievo al canone della correttezza come mera modalità comportamentale, distinguendosi altresì i casi in cui la violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. da quelli in cui pare affiorare una vera e propria obbligazione nascente dal "contatto sociale" qualificato.

La questione, non direttamente rilevante in questo giudizio, è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento. Va tuttavia ricordato come di recente il giudice di legittimità, proprio muovendosi nell'alveo di tali sviluppi di pensiero, pronunciandosi peraltro sulla giurisdizione, ha inteso riconoscere la risarcibilità del danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'amministrazione, la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole, indipendentemente da ogni connessione con l'invalidità provvedimento o, come precisato, dalla stessa esistenza di un provvedimento (cfr. Cass., SS.UU., ordinanza del 28 aprile 2020, n. 8236).

14. Anche la legislazione ha assecondato progressivamente tale lettura ampia del dovere delle amministrazioni pubbliche di comportarsi secondo correttezza nei rapporti con i cittadini. Significativa in tale direzione la recentissima modifica dell'art. 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241, rubricato "Principi generali dell'attività amministrativa", mediante l'introduzione del comma 2 bis, che contiene proprio la positivizzazione della regola in forza della quale "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede", riferendola al procedimento amministrativo più in generale (v. art. 12 della L. 11 settembre 2020, n. 120, con il quale la previsione è stata inserita nel testo originario, modificando sul punto il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali", c.d. decreto "Semplificazioni", che si andava a convertire). Ciò d'altro canto costituisce il naturale sviluppo, in recepimento dei ricordati arresti giurisprudenziali, di un andamento i cui prodromi erano già ravvisabili nell'importante riforma attuata con la 11 febbraio 2005, n. 15, che a sua volta aveva introdotto, all'epoca attraverso la riformulazione del comma 1 della medesima norma, il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario proprio la tutela dell'affidamento legittimo. Come ben evidenziato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, tale principio, infatti, sebbene non espressamente contemplato dai Trattati, è stato più volte affermato dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza Topfer del 3 maggio 1978, C-12/77), che lo ha elevato al rango di principio dell'ordinamento comunitario (cfr. ancora Cons. Stato, A.P., n. 5 del 2018).

15. La sintetica ricostruzione dello "stato dell'arte" del dibattito sul tema della responsabilità precontrattuale si è resa necessaria, ritiene la Sezione, da un lato per evidenziarne un ineludibile punto fermo; dall'altro per collocare la vicenda in una cornice in continua evoluzione, che vede proprio in tale assunto di partenza il *trait d'union* e la conferma dei principi fin qui sviluppati. Si intende con ciò fare riferimento al rilievo comunque attribuito, pur nelle oscillazioni evolutive della tematica, all'aggiudicazione definitiva quale momento "qualificante" della relazione tra privato e pubblica amministrazione, che incanala in via tendenzialmente definitiva le aspettative più o meno intense del privato concorrente nelle precedenti fasi della gara, in una posizione diversificata di possibile contraente e conseguente esecutore dei lavori.

In sintesi, la continua ricerca di momenti formali, o comunque degni di rilievo per "intensità" del contatto, ha pressoché sempre salvaguardato l'avvenuta aggiudicazione definitiva, quale momento di cesura tra una generica aspettativa di buon esito della gara, più o meno rafforzata dalla tipologia dei contatti intercorsi, e una specifica connotazione soggettiva quale "vincitore" della procedura ad evidenza pubblica. L'aggiudicazione, cioè, pur attenendo ancora al piano delle "trattative", ne costituisce il punto di massima forza, al di là del quale nasce il sinallagma contrattuale e gli obblighi tra le parti si connotano della vicendevolezza riconducibile allo stesso. La rilevanza attribuita alla stessa travalica pertanto anche gli ostacoli ravvisati dai fautori di una visione più restrittiva dell'ambito di operatività della responsabilità precontrattuale nelle procedure ad evidenza pubblica nella formulazione letterale dell'art. 1337 c.c., che pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" di una "trattativa" nell'ambito del "procedimento di formazione del contratto". Non vi è dubbio, infatti, che essa esemplifichi tradizionalmente quella che viene comunemente definita una "trattativa affidante", contenendo in sé l'avvenuta individuazione del futuro contraente privato.

16. In questa prospettiva, la giurisprudenza maggioritaria ha dunque da sempre avallato la conclusione secondo cui nelle procedure ad evidenza pubblica, è proprio (secondo taluni, in passato, soltanto) con l'aggiudicazione definitiva che il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolersi del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Il che non può non valere anche in caso di annullamento giurisdizionale.

Nonostante, dunque, ogni singolo provvedimento adottato durante la gara sia astrattamente idoneo - in virtù di specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto - ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, solo la definitiva individuazione del contraente ne costituisce l'incontestato punto di approdo. Ciò ha indotto, al contrario, a non

riconoscere la stessa portata potenzialmente "affidante" all'aggiudicazione provvisoria in quanto "un atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali" che si inserisce nell'ambito della scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449).

17. D'altro canto, secondo un recente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di cassazione la responsabilità dell'amministrazione sarebbe astrattamente configurabile, anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto, in conseguenza dell'avvenuto annullamento, in via giurisdizionale o per autotutela, di un provvedimento favorevole al privato (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanze "gemelle" 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162

Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 16/12/2014) 22/01/2015, n. 1162

, e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586). Nei casi in cui, cioè, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità dello stesso ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento in violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale (rectius, secondo quanto sopra detto, alla libertà di autodeterminazione negoziale). Il privato, infatti, lamenta che l'agire scorretto dell'amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il suo patrimonio) posta in essere in base allo stesso. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come inutile, conseguentemente fonte - in quanto onerosa - di perdite o mancati guadagni. Il che, rileva ancora la Sezione, rende inconsistenti anche le critiche avanzate dalla difesa erariale circa la riconducibilità del danno rivendicato all'annullamento di un provvedimento, quale l'aggiudicazione, comunque vantaggioso per la parte ricorrente. In questi casi, al contrario, come precisato dalle Sezioni Unite della Cassazione, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurre il privato a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità dell'atto. Affidamento tutelato sub specie di responsabilità precontrattuale finanche laddove si sia addivenuti ad un contratto valido, ma svantaggioso (cfr. sul punto Cass., SS.UU., 19 dicembre 2017, n. 26725, nel quale si è ritenuto che il comportamento

sleale non ha reso la trattativa inutile, ma il contraente ha comunque subito la scorrettezza, economicamente pregiudizievole, come ad esempio per una reticenza informativa antidoverosa).

In sintesi, la sussistenza di un legittimo affidamento ingenerato nel concorrente di una procedura ad evidenza pubblica è costituita dall'atteggiamento complessivamente tenuto dalla pubblica amministrazione nel corso delle trattative: infatti "ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivo tenuto dall'amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede" (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 142).

18. Chiarito, dunque, che l'aggiudicazione definitiva ha sicuramente determinato un affidamento nella Società, non smentito dai comportamenti successivi del Comune di Bordighera, appare anche evidente come il suo annullamento non può averne comportato automaticamente e retrospettivamente l'eliminazione. Al contrario, esaminando le ragioni sulla base delle quali il Consiglio di Stato, con la più volte richiamata sentenza n. 7090 del 2006, ne ha dichiarato l'illegittimità, se ne evince una sorta di colpa in re ipsa che non si innesta nella rilevata mera violazione delle norme sulla contrattualistica pubblica, ma nella tipologia dell'errore procedurale posto in essere, al quale peraltro la Società si palesa del tutto estranea. Il tentativo di supportare le scelte effettuate dal Comune, allo scopo di difendere anche la propria aspettativa alla conclusione del contratto, pertanto, appare casomai coerente con la stessa, non scusante nei confronti dell'Amministrazione, delle cui scelte sbagliate, o negligenti, o comunque scorrette in quanto neppure condivise sul piano della strategia successiva, la Società è chiamata a pagare le conseguenze.

D'altro canto, la gravità dei vizi riscontrati (errata valutazione dei requisiti soggettivi di altri concorrenti, indebitamente ammessi, con conseguente alterazione della soglia di anomalia), cui va aggiunta la inadeguatezza progettuale che, pur non avendo avuto alcuna conseguenza sul piano formale, ad eccezione del rilievo dell'Autorità, si amalgama agli altri elementi del quadro complessivo oggetto dell'odierno giudizio, contribuendo alla valutazione di colpevolezza già ampiamente motivata. Il punto di incontro, dunque, tra i due estremi della colpa in re ipsa di derivazione eurounitaria in materia di appalti, e del danno da "contatto qualificato", via via esteso all'ambito del procedimento pubblico lato sensu inteso, sembra trovare nell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva per motivazioni estranee al comportamento dell'aggiudicatario, non

giustificabili sul piano della complessità normativa e delle conseguenti difficoltà interpretative, un importante momento di sintesi.

19. Chiarito dunque che l'annullamento dell'aggiudicazione non può tracciare uno iato rispetto al comportamento pregresso dell'Amministrazione, neutralizzandone la scorrettezza, non resta che riepilgarne gli indici ulteriori, cui lo stesso si somma in ragione dei motivi sottesi alla decisione del giudice. Quanto detto non senza aver ricordato che perfino il T.A.R. nella sentenza impugnata basa la sua costruzione esclusivamente sul richiamato annullamento, sì da configurarlo quasi come "scriminante" di una condotta che non ha esitato a definire come "non lineare" e neppure "particolarmente diligente".

Del tutto inspiegabile, dunque, appare l'accelerazione impressa, ma solo sul piano virtuale, all'esecuzione dell'opera, imponendone la cantierazione anticipata, salvo poi accorgersi delle carenze documentali ostative alla stipula del contratto. La motivazione della prima sospensione con riferimento alle festività natalizie imminenti, stante la sua concomitanza con il verbale di consegna dei lavori, non necessita di particolari commenti essendone evidente quanto meno la singolarità. Né, tuttavia, più plausibile appare quella sottesa alla seconda sospensione, stante che non si spiega come mai le carenze documentali parrebbero essere state rilevate e contestate solo dopo aver autonomamente deciso per l'installazione del cantiere, sì da indurre il Comune a diffidare la Società esattamente nell'unico giorno (17 gennaio 2005) astrattamente utile allo scopo. D'altro canto, le avvenute integrazioni (8 febbraio 2005) non hanno prodotto alcun effetto, nemmeno in termini di mera comunicazione interlocutoria, seppure ancora non fosse nota la circostanza dell'avvenuta perdita dell'attestazione S.O.A. da parte della società mandante; al pari del resto della comunicazione dell'avvenuta riacquisizione della stessa (10 giugno 2005), che non determinava neppure la formale sospensione del procedimento di annullamento d'ufficio motivato per lo più in riferimento a tale circostanza.

Nella valutazione complessiva della condotta tenuta si colloca altresì il mancato rispetto della tempistica di stipulazione del contratto (60 giorni dall'aggiudicazione, giusta la disciplina applicabile *ratione temporis*), peraltro malgrado l'espressa diffida formalizzata dalla Società allo scopo. Se è vero, infatti, che la natura non perentoria del termine (al pari, del resto, di quelli omologhi via via riprodotti nella legislazione successiva) non consente di dare alla circostanza rilievo *ex se*; egualmente essa ne può assumere nel contesto valutativo globale sotto la cui lente va vagliato il comportamento complessivo del Comune di Bordighera.

Va peraltro incidentalmente evidenziato che il comprensibile approccio prudenziale alla vicenda in ragione della pendenza di contenzioso al T.A.R. e, successivamente, al Consiglio di Stato, non

giustificherebbe di per sé una stasi decisionale, pur dovendosi dare atto della diffusione della relativa prassi, tanto da aver indotto il legislatore più recente ad esplicitare in norma la inammissibilità della stessa (v. art. 32, comma 8, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dall'art. 4 del D.L. n. 76 del 2020, convertito in L. n. 120 del 2020, già citato). Ciò pur con la precisazione che ridetto ritardo avrebbe dovuto comunque essere computato non dalle integrazioni istruttorie dell'8 febbraio 2005, ma dalla regolarizzazione dell'attestazione S.O.A. della E. del 9 giugno 2005.

20. Se, tuttavia, il contesto assume rilievo in positivo per fornire adeguata coloritura alla valutazione del comportamento del Comune complessivamente inteso, in senso diametralmente opposto occorre attingere alle singole scansioni procedurali per valutare l'addebitabilità del danno in tutto o in parte anche al privato, secondo le indicazioni, pure applicabili, di cui all'art. 1227 c.c., in forza del quale "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

Se da un lato, dunque, la mancata impugnativa delle sospensioni dei lavori, in particolare la prima, implica che le spese riconducibili alla assentita cantierazione anticipata imputent sibi; dall'altro, e in maniera assai più incisiva, la revoca della S.O.A. ad una delle due società facenti parte della Associazione temporanea di imprese ha costituito fattore obiettivo di arresto della procedura, giustificando perfino, ove non si fosse addivenuti a rapida sanatoria, il prospettato annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Pertanto, nel periodo compreso tra il 1 dicembre 2004 e il 9 giugno 2005 la Società non poteva fare alcun affidamento sulla stipula del contratto, essendo essa stessa causa, ancorché involontaria e sicuramente non determinante di scelte evidentemente già assunte, della impossibilità di perfezionamento del contratto. A partire da tale ultima data, invece, l'affidamento torna tutelabile, e tale rimane fino alla lettura del dispositivo della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione (25 novembre 2005) che ha evidentemente chiarito con la forza del giudicato l'illegittimità del risultato favorevole alla Società per colpa nella gestione della procedura da parte della stazione appaltante.

Vero è che fino alla conoscenza della motivazione la parte avrebbe potuto auspicare un errore revocatorio, con ciò rendendo incerto il termine finale della tutela come sopra invocato. Ma tale ipotesi neppure appare prospettata dall'appellante, che si limita a posticipare, senza illustrarne le ragioni, la richiesta tutela fino all'avvenuta aggiudicazione della gara successivamente esperita. Tale reiterata procedura ad evidenza pubblica, tuttavia, costituisce un diverso ed autonomo procedimento

in relazione al quale essa non poteva certo rivendicare alcuna posizione diversificata di vantaggio rispetto agli altri partecipanti.

21. Il comportamento della Società assume rilievo anche con riferimento al secondo motivo di appello, con il quale si rivendica il rimborso delle spese sopportate per la anticipata consegna dei lavori in ossequio alle specifiche previsioni contenute al riguardo nell'art. 129 del D.P.R. n. 544 del 1999. Se è vero, infatti, che la relativa richiesta avrebbe effettivamente imposto un piano di azione preventivamente congegnato per garantire la tempestiva presenza delle necessarie maestranze all'atto dell'inizio dei lavori, lo è altrettanto che al momento della decisione di anticipare l'apertura del cantiere, formalizzata nel verbale del 22 dicembre 2004, una delle due società componenti l'associazione temporanea di imprese risultava priva della necessaria attestazione S.O.A., con ciò rendendo necessario un "congelamento" della situazione nelle more della regolarizzazione, poi effettivamente avvenuta solo in data 9 giugno 2005. La circostanza appare dirimente nel senso della esclusione di qualsivoglia rimborso riconducibile alla scelta, a quel punto autonomamente e responsabilmente assunta, di prepararsi all'avvio dei lavori, malgrado nelle more della riacquisizione della S.O.A. fossero intervenuti i noti - ancorché discutibili - provvedimenti di sospensione degli stessi.

In sintesi, se, come sopra ricostruito, la vicenda della cantierazione anticipata, in quanto costituente una sorta di procedimento nel procedimento, ovvero, più propriamente, una fase del procedimento di gara, ancorché solo eventuale, assume rilievo illuminante del comportamento complessivamente tenuto dal Comune nei confronti della aggiudicataria, essa tuttavia non si palesa idonea ex se ad integrare un "danno conseguenza" autonomamente risarcibile.

22. In sintesi, il Collegio ritiene provata la responsabilità precontrattuale del Comune di Bordighera. La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo, infatti, ove non si addivenga alla stipula per rottura ingiustificata delle stesse, ma anche laddove ciò sia giustificato dal venir meno del relativo presupposto provvedimentale, necessario in un ambito rigorosamente procedimentalizzato quale quello sotteso all'evidenza pubblica. Ciò comporta, tuttavia, l'impossibilità di parametrare il danno subito alla conclusione del contratto, venendo in rilievo soltanto il c.d. interesse contrattuale negativo che copre sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute, che il lucro cessante, da intendersi tuttavia non come mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito, appunto, ma in riferimento alle altre occasioni di contratto che la parte dichiara di avere perso (cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 25 luglio 2018, n. 19775; id., 27 ottobre 2017, n. 25644; cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2013, n. 279). Pertanto, il danno risarcibile per responsabilità precontrattuale - nella

prospettiva non sanzionatoria, ma soltanto ripristinatoria, che connota tutto il sistema vigente della responsabilità civile - è commisurato al pregiudizio (sub specie di lesione del c.d. interesse negativo) effettivamente sofferto dalla parte contraente, la cui liquidazione peraltro non cambia a seconda della tipologia o della gravità della condotta contraria a buona fede ascritta alla pubblica amministrazione. Sul punto, la Corte di Cassazione ha distinto i parametri del risarcimento, affermando appunto che "in tema di responsabilità ex articolo 1337 del c.c., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso d'ingiustificato recesso dalle trattative, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente. Pertanto, non essendo stato stipulato il contratto e non essendovi stata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale; mentre, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute" (cfr. Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313).

23. A ciò consegue la estraneità dal perimetro della richiesta di parte delle voci di danno commisurate all'esecuzione dell'opera, percentualmente determinate sul valore dell'offerta, ivi compresa quella ricondotta alla asserita lesione curriculare. Essa pure, infatti, derivando sostanzialmente dalla mancata esecuzione dell'appalto, e non dall'inutilità della trattativa, attiene più propriamente all'interesse positivo, in quanto tale come detto non risarcibile nei casi di responsabilità precontrattuale (v. Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633).

Diversa appare invece la valutazione con riferimento al danno da c.d. perdita di chance, che la Società calcola, sulla base di uno dei criteri emersi in giurisprudenza, nella quarta parte del mancato utile di impresa pari al 10 % dell'offerta aggiudicataria (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513; id., 9 novembre 2006, n. 6607), addivenendo pertanto alla cifra di Euro 93.693,94. Di esso fornisce prova per il tramite dell'analisi comparativa dei bilanci di esercizio, che denotano negli anni 2005 e 2006 un calo consistente delle commesse. Esso tuttavia, come eccepito dalla difesa civica, deve essere rivalutato in diminuzione, essendo stato parametrato su due anni di riduzione dell'attività (2005 e 2006), laddove, come ampiamente chiarito nella precedente ricostruzione della complessa vicenda, l'aspettativa di buon fine non appare più tutelabile dopo il dispositivo della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione (25 novembre 2005) e quindi non giustifica la mancata ricerca di diverse occasioni di lavoro per tutto l'anno 2006.

Tenuto conto altresì che ridetta aggiudicazione avrebbe potuto essere annullata in autotutela per la più volte ricordata perdita dei requisiti S.O.A., alla relativa liquidazione può pervenirsi su base equitativa, commisurandola proporzionalmente ad un lasso di tempo semestrale e quantificandola pertanto in Euro 24.000,00.

24. Restano da valutare le singole voci di costo che la Società riconduce al danno emergente, distinguendo quelle "finalizzate" all'aggiudicazione, come tali estranee al perimetro dell'odierna decisione in quanto antecedenti l'insorgenza dell'affidamento qualificato; da quelle sostenute invece per le interlocuzioni richieste dalla stazione appaltante all'esito della stessa, tra le quali spiccano quelle correlate alla cantierazione anticipata del 22 dicembre 2004 e del 17 gennaio 2005, pure non valutabili proprio in ragione di tale esplicitazione causale: si è già detto, infatti, che la scelta di attivarsi per aderire alla richiesta di consegna anticipata dei lavori, oltre che autonomamente assunta, ostava con la circostanza della mancata attestazione S.O.A. della E., circostanza ignota alla stazione appaltante, ma di certo non alla mandataria della A.T.I.

Diversa valutazione meritano invece i costi finalizzati alla stipula del contratto, ovvero ai suoi affinamenti contenutistici, nonché per gli studi progettuali e la relazione di fattibilità necessari ai sensi del combinato disposto degli allora vigenti artt. 71 e 137 del D.P.R. n. 554 del 1999 e 25 della L. n. 109 del 1994. Di esse, la difesa civica contesta la genericità, riferendosi sostanzialmente a trasferte non necessariamente riconducibili ad esigenze della stazione appaltante. Sul punto, il T.A.R. per la Liguria ne ha affermato la "ordinarietà" nell'ambito di un rapporto post aggiudicazione, "avendo partecipato consapevolmente alla gara indetta da un'amministrazione comunale per lavori ivi ubicati". Il Collegio ritiene invece che le spese per le trasferte effettuate per raggiungere la sede dei lavori (futuri e auspicati) da quella dell'impresa, fisiologicamente riconducibili alla gestione dell'instaurando rapporto contrattuale, sarebbero effettivamente state assorbite nell'ordinaria attività gestionale, laddove si fosse addivenuti alla stipula del contratto; siccome, invece, all'aggiudicazione, che ne ha fondato l'aspettativa, non ha fatto seguito ridetta firma contrattuale, ne è evidente la indebita onerosità ed inutilità, che deve essere fatta gravare sull'Amministrazione che ne ha stimolato gli accessi, senza mai definire il procedimento.

Ribadito pertanto lo stralcio delle somme ricondotte espressamente ai costi di cantierazione anticipata, tra le quali rientrano anche quelle per le quali il Comune disconosce l'avvenuta convocazione (pari a Euro 342,66), con ciò implicitamente ammettendola negli altri casi, esse ammontano ad Euro 102.138,26, comprensive di costi assicurativi e spese professionali.

25. In conclusione, l'appello va accolto in parte e per l'effetto va riconosciuto alla Società, quale interesse negativo corrispondente alle spese affrontate in ragione dell'affidamento riposto nella

stipula del contratto successivamente all'aggiudicazione della gara, poi annullata, l'importo di Euro 102.138,26 oltre al danno da perdita di chance, equitativamente quantificato in Euro 24.000,00, e così per un totale di Euro 126.138,26.

26. Le spese del presente giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti, stante la complessità della vicenda contenziosa e delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, e per l'effetto in riforma della sentenza del T.A.R. per la Liguria n. 569/2011, accoglie il ricorso n.r.g. 181 del 2010 limitatamente alle somme indicate in motivazione.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Conclusione

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore