

APPALTI - Consiglio di Stato, Sezione Seconda, Sentenza n. 978 del 31 gennaio 2024

1. Appalto – Revoca per venir meno della provvista finanziaria - Responsabilità per mancata aggiudicazione – In conseguenza del ritardo derivante da precedente illegittima aggiudicazione e del comportamento in giudizio della Stazione Appaltante - Responsabilità aquiliana o precontrattuale – Non sussiste – Diritto all’indennizzo – Sussistenza e presupposti

2. Appalto – Revoca per venir meno della provvista finanziaria - Diritto all’indennizzo – Sussistenza – Valutazione della condotta del danneggiato ex art. 1375 c.c. -Necessità

1. La revoca legittima dell’appalto decisa dalla Stazione Appaltante per la perdita del relativo finanziamento causata dai ritardi accumulati per un precedente ricorso giurisdizionale non determina la responsabilità aquiliana o precontrattuale in capo alla Stazione Appaltante ma soltanto il diritto all’indennizzo ex art. 21 – quinquies della l. n. 241/1990.

2. La condotta del danneggiato dev'essere valutata tenendo anche conto del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.; a questo fine non è necessario che si tratti di condotta abnorme, dunque, bensì colposamente incidente nella misura apprezzata; quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da parte dello stesso danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo del danno, fino a rendere possibile, nei termini appena specificati, che detto comportamento superi il nesso eziologico astrattamente individuabile tra fatto ed evento dannoso.

La condotta del danneggiato deve essere valutata alla stregua dell'art. 1375 c.c., e dunque secondo il principio dell’“apprezzabile sacrificio”

Il mancato esercizio, da parte della ricorrente, della facoltà di richiedere la pubblicazione del dispositivo della sentenza definitiva che ha accertato l’illegittimità provvedimento configura un concorso del fatto colposo del danneggiato rilevante ai sensi del citato art. 1227, secondo comma, cod. civ., per non avere evitato, usando l’ordinaria diligenza, la produzione delle conseguenze pregiudizievoli della ridetta illegittimità, su cui si fonda la domanda risarcitoria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod. proc. amm.;

Relatore all'udienza straordinaria del giorno 10 gennaio 2024 il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso in appello, ritualmente notificato e depositato, la C. R. Appalti Costruzioni S.r.l. ha impugnato la sentenza n. 3396 del 27 luglio 2016 con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, ha in parte respinto ed in parte accolto il ricorso proposto dalla stessa

al fine di ottenere il risarcimento del danno per la mancata stipulazione del contratto di appalto relativo alla "progettazione ed esecuzione lavori per il recupero dell'ex caserma Sacchi".

La società C.R. Appalti Costruzioni S.r.l. aveva infatti partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Caserta per l'affidamento dell'appalto della "progettazione esecutiva, attività tecnico-amministrative finalizzate all'acquisizione dei relativi pareri, nulla osta, autorizzazioni, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione lavori di "recupero ex Caserma Sacchi – completamento", previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta".

Con la sentenza n. 424/2016 questo Consiglio di Stato dichiarava l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata Coedi e disponeva, in accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica della C.R. Appalti e Costruzioni, l'aggiudicazione in favore di quest'ultima in quanto migliore offerente.

Il Comune di Caserta, in data 2 maggio 2016, prendendo atto della sentenza del giudice d'appello ritirava tuttavia in autotutela la procedura di gara per l'intervenuta scadenza del termine di ammissibilità (31 dicembre 2015) delle spese per i finanziamenti del POR Campania FESR 2007/2013.

In particolare, il Comune di Caserta invocava l'art.16 del bando di gara, secondo il quale l'Amministrazione aggiudicatrice si riservava "la facoltà di non dar luogo alla procedura di gara e/o all'aggiudicazione definitiva e/o alla stipula del contratto d'appalto per ragioni di pubblico interesse, debitamente motivate, senza che gli offerenti abbiano nulla a pretendere in merito per aver rimesso offerta quale a titolo esemplificativo e non esaustivo la perdita e/o revoca del finanziamento".

2. La ricorrente agiva quindi davanti al T.A.R. della Campania domandando:

- 1) la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto della mancata stipulazione del contratto di appalto;
- 2) in via subordinata, la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto della contrarietà del comportamento del Comune di Caserta ai principi di correttezza e buona fede *ex art.1337 cod. civ.*;
- 3) in via ulteriormente subordinata, la condanna dell'Amministrazione resistente all'indennizzo *ex art.21-quinquies* della l. n. 241/1990, oltre rivalutazione e interessi come per legge.

3. Il Tribunale, con la sentenza qui gravata, respingeva il ricorso con riguardo alla domanda di risarcimento del danno a titolo di responsabilità aquiliana o precontrattuale, accogliendo la domanda relativa al diritto all'indennizzo *ex art. 21-quinquies l. 241/90* e compensando le spese di lite.

In particolare il primo giudice rilevava che "*non si rinvergono, nel caso di specie, tutti gli elementi costituiti richiesti perché possa configurarsi un fattispecie di illecito sia di natura contrattuale che extracontrattuale imputabile alla Amministrazione Comunale di Caserta, la quale, invero, all'esito*

dell'articolata vicenda contenziosa narrata in premessa, ha proceduto all'aggiudicazione formale in favore della ricorrente, escludendo, tuttavia di poter in concreto affidare l'appalto, con la successiva stipula del contratto, a cagione del venire meno del finanziamento per l'intervenuta scadenza del termine di ammissibilità (31/12/2015) delle spese per i finanziamenti del POR Campania FESR 2007/2013". Concludeva, infine, per la sussistenza della sola "pretesa indennitaria articolata da parte ricorrente in via subordinata ai sensi dell'art.21quinquies l. 241/1990, in relazione al legittimo esercizio del potere di autotutela da parte del Comune di Caserta".

4. Avverso tale pronuncia la C. R. Appalti Costruzioni S.r.l. ha proposto ricorso in appello.

4.1. Con un primo motivo viene dedotta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui esclude l'assenza dei presupposti delle responsabilità ascrittele dalla ricorrente e segnatamente l'elemento soggettivo delle stesse.

Si assume che qualora il Comune di Caserta si fosse determinato *ab origine* a non estromettere C.R. Appalti dalla gara (per ragioni, peraltro, non già sostanziali ma meramente formali e inerenti la mancata sottoscrizione in calce di un documento non costituente elemento essenziale dell'offerta, come accertato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 424/2016), la stessa non si sarebbe trovata nella scelta obbligata di adire il Giudice amministrativo al fine di ottenere il riconoscimento della sua posizione di legittima aggiudicataria e la procedura si sarebbe conclusa con la tempestiva aggiudicazione dell'appalto in favore dell'odierna deducente.

Ulteriore profilo di colpevolezza risiederebbe nella mancata richiesta della pubblicazione del dispositivo della sentenza al fine di avere immediata contezza degli esiti del giudizio onde poter finalizzare il procedimento che, lungi dal finire su di un "binario morto", avrebbe potuto usufruire delle proroghe successivamente concesse dall'Autorità di gestione del POR FESR della Regione Campania.

Viene infine richiamato l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale la responsabilità in materia di contratti pubblici sarebbe di tipo oggettivo, onde garantire un'adeguata alternativa tra il rimedio in forma specifica del subentro, che non necessità della prova della colpa della pubblica amministrazione, ed il rimedio per equivalente del risarcimento del danno.

4.2. Con un secondo motivo di appello viene censurata la sentenza appellata nella parte in cui non ha riconosciuto la sussistenza dei presupposti della responsabilità precontrattuale, in virtù della presenza nel bando di gara dell'art. 16 in forza del quale la pubblica amministrazione si riservava la possibilità di non procedere alla stipula del contratto.

Afferma l'appellante che tale clausola imporrebbe comunque un adeguato onere di motivazione pena la nullità della stessa *ex art. 1335 c.c.* in quanto essa si configurerebbe come condizione meramente potestativa, in ogni caso contraria all'art. 1229 c.c., che commina la nullità di tali clausole nel caso in

cui esse violino norme di ordine pubblico, quali devono ritenersi quelle in materia di responsabilità precontrattuale.

5. In data 28 febbraio 2018 si è costituito il Comune di Caserta, che con memoria del 1° dicembre 2023 ha controdedotto: l'idoneità della sopravvenuta carenza finanziaria ad interrompere qualsiasi nesso causale tra l'evento ed il danno subito; l'assenza di colpa dell'amministrazione; l'assenza di un legittimo affidamento di parte appellante in virtù della presenza della clausola, contenuta nel bando, inerente la facoltà di non dar luogo all'aggiudicazione.

L'appellante ha quindi successivamente replicato contestando, da un lato, l'assenza di una sufficiente ragione giustificatrice del provvedimento di revoca nella sopravvenuta carenza finanziaria; ed affermando, d'altro canto, la sussistenza di una colpa *in re ipsa*, insita nella illegittimità del provvedimento.

All'udienza del 10 gennaio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Va anzitutto osservato, ai fini di una esatta qualificazione delle domande, che la parte ricorrente non pone alcuna questione di legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta in suo favore (si tratta dell'aggiudicazione, disposta in esecuzione della citata sentenza di questo Consiglio di Stato n. 424/2016, scaturente quale effetto conformativo dell'esito del contenzioso sulla fase procedimentale).

La domanda risarcitoria formulata non è infatti connessa alla dedotta illegittimità di tale provvedimento.

Invero in memoria di replica l'appellante ha sostenuto che *“Neppure può condividersi l'ulteriore assunto di controparte secondo cui la mancanza della provvista finanziaria posta a base dell'appalto costituirebbe, di per sé, una valida ragione giustificatrice dell'avversato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione”*.

Tale argomento di difesa per un verso è eccentrico rispetto alla prospettazione delle domande come proposte nel giudizio di primo grado; e, per altro verso, avrebbe dovuto essere proposto come ipotetico motivo di illegittimità della revoca.

Invero l'appellante spiega meglio, poco oltre, la ragione di tale rilievo: *“Se, in astratto, la perdita della copertura finanziaria prevista originariamente per un'opera pubblica rappresenta una circostanza che può indurre l'amministrazione a rivalutare i motivi di interesse pubblico sottesi all'affidamento di un contratto, tuttavia nel caso di specie il Comune di Caserta era ben consapevole della perdita delle risorse finanziarie in caso di mancato rispetto del termine di ammissibilità delle spese, sicché a fortiori lo stesso Ente avrebbe dovuto chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo di sentenza onde evitare il verificarsi di tale situazione”*.

Pertanto, ad avviso dell'appellante, il danno dalla stessa patito sarebbe stato causato (non dalla revoca in sé, ma) dall'illegittimo provvedimento di esclusione dalla gara, che ha innescato il contenzioso che ha dilatato i tempi della gara stessa fino a giungere (con il deposito della sentenza definitiva) oltre il termine di validità del finanziamento; a tale illegittimità provvedimento si aggiungerebbe, quale ulteriore fattore causale, la condotta omissiva consistita nel non avere l'amministrazione domandato la pubblicazione del dispositivo di tale sentenza: che - ove richiesta - sarebbe intervenuta all'esito dell'udienza celebrata il 17 novembre 2015, e dunque in tempo utile (entro il 31 dicembre 2015) per evitare la perdita del finanziamento.

7. Tanto premesso, osserva il Collegio che la giurisprudenza sulla legittimità della revoca dell'atto terminale della fase di evidenza pubblica per venir meno della provvista finanziaria (*ex multis*, Cons. Stato, sentenze nn. 4514/2020, 2013/2015, 5091/2017) nel caso in esame va coordinata con il fatto che tale venir meno è stato causato dal contenzioso cui la ricorrente è stata costretta a causa dell'adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento di esclusione illegittimo.

Tuttavia non è dato invocare, contemporaneamente, la responsabilità da atto lecito (peraltro a seguito dell'accoglimento in primo grado della domanda indennitaria, dunque sul presupposto della legittimità della revoca) e quella da atto illecito: nel caso in esame la legittimità della revoca è incontestata (né essa è stata impugnata sul presupposto della sua illegittimità), mentre ciò che è stato riconosciuto illegittimo con sentenza passata in giudicato - e di cui si duole, come ricordato, l'odierna appellante - è il provvedimento di esclusione dalla gara (annullato in sede giurisdizionale).

Il danno è pertanto da ricondurre, nella prospettazione della ricorrente, a quel provvedimento, oltre alla condotta tenuta dall'amministrazione al momento della celebrazione dell'udienza di discussione del giudizio di appello.

Come ricordato, il ricorso di primo grado domandava in via principale il risarcimento del danno "*subìto dalla ricorrente per effetto della mancata stipulazione del relativo contratto di appalto (...)*", in via subordinata il risarcimento del danno subìto (*per effetto della contrarietà del comportamento del Comune di Caserta ai principi di correttezza e buona fede ex art. 1337 cod. civ. (...)*); e in ulteriore subordine la condanna al pagamento dell'indennizzo da revoca.

La domanda principale, dunque, si duole della mancata stipula: e la mancata stipula è imputabile al ritardo causato alla procedura di gara dall'adozione di un provvedimento illegittimo.

8. Chiariti dunque i superiori profili, osserva il Collegio che il primo motivo di appello è fondato nella parte in cui deduce l'erroneità della sentenza gravata per avere escluso la responsabilità dell'amministrazione per difetto dell'elemento soggettivo.

Tale assunto è infatti contrario alla pacifica giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia di responsabilità dell'amministrazione per i danni cagionati nelle procedure di evidenza pubblica

mediante adozione di provvedimenti illegittimi (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 28.05.2021 n. 4102).

L'accoglimento di tale motivo di censura, tuttavia, non implica riforma della sentenza gravata ma la sua conferma con diversa motivazione, posto che in ogni caso la domanda proposta in primo grado non può essere accolta per un diverso ordine di ragioni.

9. Come ricordato, l'illegittimità dell'originario provvedimento di esclusione non ha avuto autonoma efficacia causale nella produzione del danno.

Decisivo è stato in tal senso il fatto che, all'atto dell'ottemperanza alla citata sentenza di appello, fosse ormai scaduto il termine del finanziamento.

Come ricordato, l'udienza pubblica si è tenuta il 17 novembre 2015: quindi la richiesta del dispositivo, ai sensi dell'art. 119, comma 5, cod. proc. amm., avrebbe consentito di conoscere l'esito nei sette giorni successivi e dunque in data ancora utile per consentire l'aggiudicazione e la stipula del contratto nella vigenza del termine previsto dal finanziamento.

10. Il Comune di Caserta ha in proposito dedotto che ai sensi della disposizione da ultimo citata anche l'odierna appellante, parimenti interessata alla stipula del contratto, aveva facoltà di formulare tale richiesta.

Ha però replicato l'appellante nel senso che *“Nel caso di specie, la parte che aveva necessità di conoscere l'esito di un giudizio da cui dipendevano le sorti della gara non era certo l'odierna deducente ma, piuttosto, il Comune di Caserta, il quale ha colpevolmente omesso di attivare lo strumento processuale che gli avrebbe consentito di fare salvo il finanziamento regionale. Ed infatti, se avesse chiesto a codesto Ecc.mo Consesso la pubblicazione anticipata del dispositivo di sentenza all'esito dell'udienza celebrata il 17 novembre 2015, il Comune di Caserta avrebbe certamente potuto affidare l'appalto al legittimo aggiudicatario dei lavori ben prima della scadenza del termine di ammissibilità delle spese fissato per il 31 dicembre 2015”*.

11. Ad avviso del Collegio tale ultimo argomento non può essere condiviso.

Come sopra precisato, entrambe le parti del rapporto (a quella fase) precontrattuale avevano – secondo la causa negoziale - pari interesse alla stipula del contratto: l'amministrazione per realizzare l'opera, la ricorrente per aggiudicarsi la commessa ed esercitare in tal modo l'attività imprenditoriale. Né è in alcun modo contestato che alla data del 17 novembre 2015 non solo l'amministrazione, ma anche la ricorrente, avesse contezza degli effetti irreversibili sulla procedura di gara della scadenza del termine del 31 dicembre successivo per il relativo finanziamento (fermo restando che tale condizione finanziaria era intrinseca alla gara).

Ne consegue che la mancata richiesta del dispositivo da parte della ricorrente ha, per ciò solo, avuto una conseguenza che, sul piano causale, si è rivelata determinante nella produzione dell'effetto pregiudizievole.

In altre parole, al di là della condotta parimenti omissiva dell'amministrazione (anch'essa fonte di danno primariamente per l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera), la condotta omissiva della ricorrente ha precluso la possibilità che l'esito del contenzioso ad essa favorevole giungesse in tempo utile per la stipula del contratto.

Posto che ciascuna parte risente della propria condotta precontrattuale e risponde dei danni con essa causati alla controparte, quanto al capo di domanda in esame, relativa al danno aquiliano da illegittimità provvedimento, ciò che viene in considerazione è se l'efficacia causale dell'illegittimo provvedimento di esclusione (e della dilatazione dei tempi procedurali indotta dal relativo contenzioso) rispetto al danno da perdita del contratto abbia avuto o meno una concausa determinante nella condotta inerte della parte ricorrente nel relativo giudizio quanto alla sollecitazione del dispositivo di sentenza.

12. Ritiene il Collegio che alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza in sede di esegesi dell'art. 1227, secondo comma, cod. civ. (richiamato dall'art. 2056, stesso codice), al superiore quesito debba essere data – nella assoluta peculiarità della fattispecie dedotta - risposta affermativa, dal momento che il danno lamentato dalla ricorrente avrebbe potuto essere dalla stessa evitato usando l'ordinaria diligenza.

Va anzitutto osservato che, come insegna autorevole dottrina, *“I due commi dell'art. 1227 cod. civ. prevedono dunque due ipotesi diverse e le regolano in modo diverso. Il primo comma si riferisce all'evento dannoso iniziale, il secondo alle conseguenze dannose interne alla sfera del danneggiato e successive al momento in cui questi si è reso conto del processo dannoso che si è messo in moto”*.

Nella fattispecie oggetto della domanda risarcitoria riproposta con il primo motivo di appello l'evento dannoso iniziale è l'illegittimo provvedimento di esclusione dalla gara, che ha messo in moto il processo dannoso culminato nello spirare del termine per il finanziamento e nella perdita della possibilità di stipulare il contratto.

Rispetto a tale processo, di cui la ricorrente aveva evidentemente contezza (avendo essa stessa promosso il giudizio ed essendo parte dello stesso), e alle cautele da adottare per evitare il suo esito definitivamente pregiudizievole, la giurisprudenza ha chiarito che la condotta del danneggiato *“dev'essere valutata tenendo anche conto del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.; a questo fine non è necessario che si tratti di condotta abnorme, dunque, bensì colposamente incidente nella misura apprezzata; quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da*

parte dello stesso danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo del danno, fino a rendere possibile, nei termini appena specificati, che detto comportamento superi il nesso eziologico astrattamente individuabile tra fatto ed evento dannoso” (Cass. civ., Sez. III, Ord., n. 21675/2023).

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha altresì rimarcato che la condotta del danneggiato rilevante nella prospettiva dell'applicazione della richiamata disposizione deve essere valutata alla stregua dell'art. 1375 c.c., e dunque secondo il principio dell'“apprezzabile sacrificio” (sez. II, sentenza n. 35024/2023).

13. Dati i superiori principi, ritiene il Collegio che nel caso di specie il mancato esercizio, da parte della ricorrente, della facoltà di richiedere la pubblicazione del dispositivo della sentenza definitiva che ha accertato l'illegittimità provvedimento configura, nel peculiare caso di specie, un concorso del fatto colposo del danneggiato rilevante ai sensi del citato art. 1227, secondo comma, cod. civ., per non avere evitato, usando l'ordinaria diligenza, la produzione delle conseguenze pregiudizievoli della ridetta illegittimità, su cui si fonda la domanda risarcitoria.

In argomento l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3 del 2011, ha chiarito che “*Risulta così superato il tradizionale indirizzo restrittivo secondo il quale il canone della «diligenza» di cui all'art. 1227, comma 2, imporrebbe il mero obbligo (negativo) del creditore di astenersi da comportamenti volti ad aggravare il danno, mentre esulerebbe dallo spettro degli sforzi esigibili la tenuta di condotte di tipo positivo sostanziandosi in un facere. La giurisprudenza più recente, muovendo dal presupposto che la disposizione in parola non è formula meramente ricognitiva dei principi che governano la causalità giuridica consacrati dall'art. 1223 c.c. ma costituisce autonoma espressione di una regola precettiva che fonda doveri comportamentali del creditore imperniati sul canone dell'auto-responsabilità, ha, infatti, adottato un'interpretazione estensiva ed evolutiva del comma 2 dell'art. 1227, secondo cui il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno)”.*

La citata decisione ha ritenuto ricompresa nello sforzo esigibile dal danneggiato la proposizione della domanda di annullamento, perché illegittimo, che si assume essere veicolo di lesione: *a fortiori* deve ritenersi qualificabile negli stessi termini il mero esercizio di una facoltà processuale sollecitatoria nell'ambito di un giudizio caducatorio già instaurato.

Al danneggiato, nel caso di specie, non si richiedeva il compimento di attività straordinarie, implicanti l'uso di risorse finanziarie non disponibili oppure notevolmente onerose, dispendiose o rischiose in relazione all'entità del danno da evitare (Corte di cassazione, sentenza n. 20684/2009).

14. Né vale in contrario sostenere che la richiesta di pubblicazione del dispositivo fosse anche in facoltà dell'amministrazione, perché l'obbligo di attivarsi ponendo in essere una cautela determinante (che peraltro non avrebbe implicato alcun sacrificio e nessuna attività onerosa, e men che meno uno sforzo diligente abnorme, ma unicamente l'adozione di "*cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze*") non viene meno per il sol fatto che anche altri soggetti abbiano la concorrente possibilità attivarsi in tal senso, e non lo facciano.

Come sopra precisato, ciascuna delle parti aveva un proprio interesse al contratto, e dunque ad evitare che si producessero elementi di impossibilità rispetto alla stipula, ed aveva dunque un autonomo dovere di provvedere alla tutela di tale interesse: l'inerzia del Comune di Caserta ha certamente cagionato un danno all'interesse pubblico sotteso alla commessa (che non viene in considerazione nel presente giudizio, e che può essere in tesi fonte di responsabilità contabile), così come quella della ricorrente ha cagionato un danno al suo interesse imprenditoriale ad eseguire tale commessa.

Il carattere assolutamente autonomo, e non reciprocamente dipendente, dello strumento preventivo concesso a ciascuna parte (che non richiedeva la cooperazione della controparte), dotato come tale di piena autonomia sul piano causale, comporta che ciascuna delle parti *imputet sibi* la lesione del proprio interesse per non aver adottato la cautela normalmente praticabile in casi del genere: senza tuttavia poter addossare alla controparte, che disponeva del medesimo strumento, le conseguenze eziologiche di una condotta omissiva perfettamente identica alla propria.

15. La pubblica amministrazione, del resto, non poteva provvedere ad aggiudicare la gara all'odierna appellante prima della pubblicazione della sentenza definitiva sulla legittimità degli atti della stessa (tale sentenza ha infatti deciso su quattro ricorsi riuniti, proposti da varie imprese, fra le quali la ricorrente, partecipanti alla gara), anche perché in primo grado il ricorso dell'odierna appellante era stato dichiarato irricevibile per tardività con sentenza n. 3218/2014.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 424/2016, accertata la fondatezza dell'appello proposto dalla C.R. Appalti e Costruzioni, ha infatti accolto "la domanda di reintegrazione in forma specifica della medesima C.R. Appalti e Costruzioni attraverso il conseguimento dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 124 cod. proc. amm., salve le verifiche di legge di competenza della stazione appaltante".

Né rileva la possibilità, addotta dall'appellante, che l'amministrazione si sarebbe potuta attivare per una proroga dei termini del finanziamento: si tratta di un'eventualità del tutto ipotetica, non nella piena disponibilità della stessa amministrazione (a differenza della facoltà di chiedere la pubblicazione anticipata del dispositivo della più volte richiamata sentenza di appello).

16. Con il secondo motivo di gravame l'appellante contesta la sentenza impugnata nella parte in cui non ha riconosciuto la sussistenza dei presupposti della responsabilità precontrattuale.

Sul punto il TAR ha valorizzato la *“presenza di una espressa ed inequivoca clausola della lex specialis secondo la quale l’Amministrazione aggiudicatrice si riservava “la facoltà di non dar luogo alla procedura di gara e/o all’aggiudicazione definitiva e/o alla stipula del contratto d’appalto per ragioni di pubblico interesse, debitamente motivate, senza che gli offerenti abbiano nulla a pretendere in merito per aver rimesso offerta quale a titolo esemplificativo e non esaustivo la perdita e/o revoca del finanziamento” (art.16 del bando di gara, puntualmente richiamato nella parte motivazionale della richiamata d.d. n.616/2016)”*.

Deduce in proposito l’appellante che *“non può in alcun modo ritenersi che l’affidamento riposto dalla C.R. Appalti nella stipulazione del contratto possa ritenersi non tutelabile in ragione della previsione di cui all’art. 16 del bando di gara”*.

In argomento deve anzitutto osservarsi che un affidamento riferito alla *“stipulazione del contratto”* può propriamente ipotizzarsi all’esito dell’aggiudicazione: laddove durante le fasi precedenti del procedimento di evidenza pubblica l’affidamento è al corretto svolgimento dello stesso (e non già al suo esito, che dipende dal confronto fra le offerte).

Nel caso di specie, è accaduto che l’aggiudicazione, disposta in ottemperanza alla citata sentenza n. 424/2016, è stata revocata per impossibilità sopravvenuta legata alla perdita del finanziamento.

Sul punto va chiarito che se la domanda in esame imputa all’amministrazione una responsabilità precontrattuale riferita alla complessa condotta consistita nell’aver colpevolmente causato detta perdita (e, con essa, l’impossibilità di realizzare la commessa) mediante l’originaria esclusione dalla gara (poi dichiarata illegittima) e la successiva aggiudicazione tardiva, si ricade nelle ragioni della domanda oggetto del primo motivo.

Se invece la responsabilità precontrattuale si intende riferita alla revoca dell’aggiudicazione, la legittimità di tale provvedimento - alla stregua della giurisprudenza pacifica in materia (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 4514/2020) – non esclude in astratto che possa ciononostante ritenersi leso l’affidamento dell’impresa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 6 del 2005).

In altre parole, se – in applicazione dei principi sanciti dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 5 del 2018 – si deduce la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione in relazione al segmento di condotta che va dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara alla pubblicazione della sentenza che ha sancito definitivamente il diritto all’aggiudicazione, si ricade nelle considerazioni svolte in precedenza con riguardo al capo di domanda che richiede il risarcimento del danno a titolo di responsabilità extracontrattuale.

Se invece si lamenta la lesività della condotta dell'amministrazione che ha condotto ad una revoca pur legittima, ma in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, non può che aversi riguardo al segmento che va dall'aggiudicazione alla revoca della stessa.

18. Con riguardo a tale, secondo profilo l'appellante critica anzitutto la sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto che la richiamata clausola della *lex specialis* possa avere l'effetto di subordinare la partecipazione alla gara ad una regola che di fatto esclude la rinuncia ad ogni pretesa risarcitoria o indennitaria.

Tale argomento difensivo, ad avviso del Collegio, è fondato.

Detta clausola sarebbe affetta da nullità ove interpretata nel senso di impedire l'accesso ad ogni rimedio conseguente alla violazione da parte della stazione appaltante dei doveri connessi alla gestione della gara.

Peraltro, la stessa sentenza qui impugnata ha accolto la domanda della ricorrente relativa all'indennizzo, sul presupposto della relativa responsabilità – da atto lecito – dell'amministrazione: rimedio anch'esso in tesi escluso dalla portata preclusiva della clausola di cui si discute, ove interpretata nel modo ritenuto dal primo giudice.

19. Sgombrato il campo dal profilo del rilievo dell'art. 16 del bando (in realtà non ostativo rispetto al riconoscimento della fondatezza della domanda), a sostegno della propria pretesa l'appellante deduce che il decorso del tempo dalla data della notificazione della sentenza n. 424/2016 (17 febbraio 2016) alla data di comunicazione della determinazione dirigenziale n. 616 del 2 maggio 2016 (16 maggio 2016) avrebbe consolidato nell'appellante l'affidamento *“ragionevolmente maturato nel vedersi aggiudicare l'appalto all'esito dell'accoglimento dell'appello da parte del Consiglio di Stato non la sentenza n. 424/2016. (...) In tal senso, se può essere astrattamente condivisibile che il venir meno della copertura finanziaria legittimi l'Amministrazione a revocare un proprio precedente atto implicante spesa, è tuttavia parimenti vero che tale circostanza non esoneri sic et simpliciter la stessa Amministrazione dalle responsabilità connesse all'affidamento ingenerato in capo al terzo, laddove, come nella specie, le circostanze impedienti al perdurante esplicarsi degli effetti propri dell'atto siano maturate in un tempo di gran lunga risalente rispetto al momento di adozione dell'atto di autotutela”*.

Una simile prospettazione non può essere condivisa.

Il mero decorso di un arco temporale peraltro limitato (circa tre mesi), dalla notifica della sentenza che accerta il diritto al conseguimento dell'aggiudicazione, non può fare sorgere un ragionevole e legittimo affidamento alla stipula del contratto: tanto più che la stessa sentenza, come ricordato, faceva salve *“le verifiche di legge di competenza della stazione appaltante”*.

La sussistenza degli elementi costituenti la fattispecie di responsabilità precontrattuale va piuttosto scrutinata con riguardo alla correttezza di tali verifiche: sotto questo profilo non può addebitarsi alla stazione appaltante un comportamento contrario a buona fede, in ragione dell'oggettivo carattere impeditivo della ragione che ha imposto il ricorso all'autotutela e della impossibilità per la stessa stazione appaltante di praticare, a quel punto, soluzioni alternative.

20. Il ricorso in appello è pertanto infondato e come tale va respinto, con conferma – con diversa motivazione – della sentenza gravata.

Le spese di lite possono essere compensate ai sensi degli articoli 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella assoluta peculiarità della fattispecie dedotta.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Sergio Zeuli, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere