

La responsabilità precontrattuale della P.A. per revoca della procedura di project financing

di Margherita Galletti

Data di pubblicazione: 18-2-2018

La responsabilità precontrattuale rappresenta quella forma di soggezione alle conseguenze sancite dall'art. 1337 c.c. (oltre che del successivo art. 1338) per condotte contrarie ai canoni di buona fede e correttezza (quest'ultima prevista dall'art. 1175 c.c.) nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, che la più recente evoluzione giurisprudenziale ha ritenuto applicabile anche all'attività contrattuale dell'amministrazione svolta secondo i modelli autoritativi dell'evidenza pubblica e che prescinde dall'accertamento di un'illegittimità provvedimentale e anche dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante.

In senso conforme: Cons.Stato, Sez. V, 27 marzo 2017, n. 1364; Cons.Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146

Guida alla lettura

Nella sentenza in esame si procede ad analizzare la responsabilità della P.A. in merito all'atto di revoca della procedura di project financing. Il Comune aveva avviato tale procedure selettiva al fine di individuare il soggetto promotore dell'iniziativa di realizzazione di un piano per insediamenti produttivi, con opere di urbanizzazione e acquisizioni di aree. A seguito di tale procedura era risultata aggiudicataria la società appellata. Si era instaurato un complesso iter giudiziale, al termine del quale, la società non aggiudicataria, aveva ottenuto, dalla sentenza di primo grado, il riesame da parte del Comune, dell'intera procedura. Nelle more del ricorso per ottemperanza di tale sentenza, il Comune aveva proceduto, con determina, alla revoca della procedura selettiva. Avverso tale atto di autotutela, ricorreva la società aggiudicataria, chiedendo il risarcimento dei danni per avere la P.A. creato un irragionevole affidamento nel bene vita e non aver calcolato il rapporto rischi-benefici conseguente alla scelta di tale procedura. Il giudice di prime cure riconosceva la responsabilità del Comune resistente qualificandola in termini di responsabilità precontrattuale e condannava quest'ultimo al ristoro dei danni cagionati.

Il Comune insorgeva contro tale sentenza proponendo appello. In particolare, sottolineava il fatto che l'appellata avrebbe espressamente chiesto la condanna dell'Ente stesso al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale nella sola eventualità in cui il T.A.R. adito avesse reputato illegittimo il provvedimento impugnato; nel caso in cui il T.A.R. avesse qualificato la determina dirigenziale come legittima, la società avrebbe espressamente

limitato la propria pretesa a una richiesta di indennizzo ex art. 21-quinquies, legge 241 del 1990.

Questo Consiglio, in linea con le ultime pronunce, rileva il fatto che la responsabilità precontrattuale rappresenta una forma di soggezione alle conseguenze sancite dall'art. 1337 c.c. (oltre che del successivo art. 1338) per condotte contrarie ai canoni di buona fede e correttezza (quest'ultima prevista dall'art. 1175 c.c.) nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, che la più recente evoluzione giurisprudenziale ha ritenuto applicabile anche all'attività contrattuale dell'amministrazione svolta secondo i modelli autoritativi dell'evidenza pubblica e che prescinde dall'accertamento di un'illegittimità provvedimentale e anche dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante. In particolare evidenzia che, a differenza della responsabilità da mancata aggiudicazione, la culpa in *contrahendo* dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica di affidamento di contratti costituisce fattispecie nella quale l'elemento soggettivo assume una sua specifica rilevanza, in correlazione con l'ulteriore elemento strutturale del contrapposto affidamento incolpevole del privato in ordine alla positiva conclusione delle trattative prenegoziali. I presupposti della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione consistono dunque nell'affidamento ingenerato dal comportamento della stazione appaltante su tale esito positivo e nell'assenza di una giusta causa per l'inattesa interruzione delle trattative.

In questo caso del tutto peculiare, è lo stesso avvio del procedimento che è stato mal valutato dall'Amministrazione, ingenerando un legittimo affidamento circa la sua conclusione e producendo un danno al concorrente stante l'inattesa ed improvvisa interruzione dell'intera sequenza prenegoziale, danno che deve ritenersi del tutto ascrivibile alla categoria della responsabilità precontrattuale, a prescindere dalla specifica procedura di cui si tratta (project financing).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3327 del 2017, proposto da:

Comune di Santa Maria a Vico, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Rubinacci, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Se.Ri. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Carbone, con domicilio eletto presso lo studio del Prof. Avv. Paolo Carbone in Roma, via del Pozzetto, 122;

nei confronti di

Ing. Project S.r.l. e Itolgeco S.C.a R.L., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00488/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento degli atti inerenti la procedura di project financing indetta con avviso pubblico n. 5899/2007, nonché il risarcimento dei danni e, in subordine, il riconoscimento del diritto all'indennizzo ex art. 21-quinquies della L. n. 241/1990.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Se.Ri. Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Luca Rubinacci e Paolo Carbone;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. I, con la sentenza 24 gennaio 2017, n. 488 ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata SE.RI. s.p.a. per l'annullamento della determina n. 765-2011, recante l'annullamento degli atti inerenti la procedura di project financing indetta con avviso pubblico n. 5899-2007, ritenendo fondata la sola domanda di condanna del Comune, attuale appellante, al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale, fissandone i criteri di liquidazione.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- il ripensamento dell'Amministrazione è stato dovuto alla ravvisata inidoneità della procedura a soddisfare le esigenze che avevano indotto l'avvio del project financing;

- tale motivo sorregge legittimamente il provvedimento impugnato ed è stato adeguatamente evidenziato nell'atto di autotutela il quale, pertanto, soddisfa l'onere motivazionale;
- trattandosi di atto plurimotivato, la scrutinata legittimità di uno dei motivi sui quali esso si fonda, è sufficiente a sorreggere il provvedimento di secondo grado;
- la responsabilità aquiliana ed il danno per culpa in contrahendo conseguenti alla interruzione del procedimento ad evidenza pubblica, devono essere ricollegati alla colpevole negligenza nell'Amministrazione appaltante nella scelta di un inappropriato modulo di selezione dell'offerta (project financing) che non rispondeva all'interesse pubblico, prevalentemente incentrato sulla realizzazione di opere private diverse da quelle di urbanizzazione;
- tale elemento integra un comportamento colposo dell'Amministrazione e fa concludere che il legittimo atto di ritiro in autotutela è stato attuato in un quadro d'azione i cui dati oggettivi inducono ad una valutazione complessiva contrastante con il dovere di lealtà e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.;
- per la determinazione del quantum, nella specie deve farsi applicazione del disposto di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a.;
- il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale andrà commisurato ai costi di partecipazione alla gara sostenuti dalla impresa ricorrente, ma nulla è dovuto a titolo di occasioni perse, atteso che la ricorrente non ha fornito alcun elemento di concreta prova relativo ad ulteriori, possibili occasioni di stipulazione di contratti (altrettanto o maggiormente vantaggiosi rispetto a quello non concluso);
- l'importo sarà liquidato secondo una rigorosa verifica del nesso causale, previa esibizione ad opera della ricorrente delle relative fatture;
- l'Amministrazione procederà inoltre a verificare la rispondenza degli importi oggetto di esborso da parte della ricorrente con le scritture contabili in possesso della medesima che la stessa avrà cura di allegare;
- sul predetto importo andrà calcolata anche la rivalutazione monetaria nel periodo intercorrente tra la data di adozione del provvedimento di autotutela fino alla data di deposito della presente decisione;
- sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo.

La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- Error in procedendo. Omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse;

- Error in procedendo. Omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità del ricorso;
- Error in procedendo. Violazione e falsa applicazione di legge. Eccesso di potere per illogicità. Violazione del principio tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c. Ultrapetizione. Violazione dell'art. 21-quinquies, legge 241-1990;
- Error in iudicando. Violazione di Legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1137 c. c. Eccesso di potere. Illogicità;
- Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione del principio generale sancito dal combinato disposto dell'art. 2697 cod.civ. e degli artt. 63, comma 1, e 64, comma 1, c.p.a..

Con l'appello in esame chiedeva, quindi, l'integrale reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva l'attuale parte appellata SE.RI. s.p.a. chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Sul piano fattuale deve preliminarmente precisarsi che il Comune di Santa Maria a Vico appellante, con avviso pubblico del 26 aprile 2007 (prot. n. 5899), avente per oggetto "Piano urbanistico attuativo – Realizzazione piano di insediamenti produttivi con opere di urbanizzazione ed acquisizioni aree", aveva avviato una procedura di project financing espletata nel vigore della disciplina di cui agli artt. 153 e ss. d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anteriore alle modifiche apportate dagli artt. 1, comma 1, lett. s), d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e 1 d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

Oggetto della procedura selettiva era l'individuazione del soggetto promotore dell'iniziativa di realizzazione di un piano per insediamenti produttivi, con opere di urbanizzazione e acquisizioni di aree, di importo indicativo quantificato in € 9.782.959,00.

Nella seduta del 4 giugno 2008 (verbale n. 10), tenuto conto dei punteggi attribuiti ai tre partecipanti alla procedura selettiva (ATI SE.RI. s.p.a. - Ing. Project s.r.l.: 51; RTI B.M. s.r.l. - Generale Industrie Estrattive General Sides s.p.a.: 30; Itolgeco s.r.l.: 0), veniva individuata quale proposta di pubblico interesse quella presentata dall'ATI SE.RI. - Ing. Project.

Il complesso contenzioso giudiziario instaurato dalla partecipante Itolgeco s.r.l. veniva definito dalla sentenza del TAR 1° luglio 2010, n. 16542.

L'effetto conformativo conseguente alla suddetta pronuncia si sarebbe risolto nell'obbligo del Comune di Santa Maria a Vico di rivalutare l'offerta della Itolgeco s.r.l. tenendo presente che:

a) non era possibile anettere effetto escludente alla mancata previsione di manufatti edili nella zona industriale attinta dal piano per gli insediamenti produttivi;

b) in ogni caso, la Italgeco s.r.l., nel manifestare la propria disponibilità a “realizzare i manufatti insistenti sulle singole aree ad un prezzo di € 800,00 al mq. costruito”, “per soddisfare le esigenze degli assegnatari dei singoli lotti urbanizzati” (art. 29 dell’esibita bozza di convenzione), si era correttamente attenuta al dettato della *lex specialis*.

Il Comune di Santa Maria a Vico, con nota prot. 6607 del 12 maggio 2011, ha comunicato alla predetta società, ai sensi dell’art. 7 della legge 241-1990, avvio del procedimento finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti per l’annullamento e, in ogni caso, la revoca dell’avviso pubblico del 26 aprile 2007 (prot. n. 5899), avente per oggetto “Piano urbanistico attuativo - Realizzazione piano di insediamenti produttivi con opere di urbanizzazione ed acquisizioni aree” e di tutti i conseguenti provvedimenti.

Nel frattempo, il ricorso instaurato Italgeco s.r.l. e volto all’ottemperanza della citata pronuncia del TAR n. 16542-2010, veniva dichiarato inammissibile con sentenza 15 settembre 2011, n. 4446.

Anche il ricorso per l’ottemperanza instaurato dall’odierna parte appellata veniva dichiarato inammissibile, con sentenza n. 2368-2012, stante l’effetto preclusivo prodotto dal giudicato formatosi sulla sentenza 15 settembre 2011, n. 4446.

Intanto, il Comune di Santa Maria a Vico ha adottato la determinazione n. 765 del 15 febbraio 2011 disponendo l’annullamento degli atti di indizione della procedura e di tutti i conseguenti atti.

2. Il Collegio ritiene che nel giudizio di specie non è conferente la sussistenza, in capo alla SE.RI. appellata, l’interesse concreto e attuale all’esecuzione della sentenza citata, della quale avrebbe potuto giovare soltanto la ITALGECO, poiché la medesima SE.RI, non ha chiesto l’ottemperanza della sentenza di merito del TAR, già citata, ma si è limitata a chiedere l’annullamento (e quindi la caducazione) del provvedimento di autotutela, proponendo contestuali o parallele domande di tipo risarcitorio, delle quali, all’evidenza, non è seriamente contestabile l’interesse ad agire.

3. Il Comune appellante deduce, inoltre, che lo stato della procedura originaria di project financing, così come derivante dalle citate sentenze nn. 4651-2010 e 4446-2011, non determinerebbe posizioni qualificate in capo alle ditte partecipanti tali da giustificare la previsione di eventuali indennizzi o altre voci risarcitorie.

Secondo il Comune, peraltro, la SE.RI. s.p.a. avrebbe espressamente chiesto la condanna dell’ente al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale nella sola eventualità in cui il T.A.R. adito avesse reputato illegittimo il provvedimento impugnato, che la ricorrente qualificava di annullamento e non di revoca; nel caso in cui, secondo l’appellante, il T.A.R. avesse qualificato la determina dirigenziale impugnata come atto di revoca e lo avesse reputato legittimo, la predetta società avrebbe espressamente limitato la propria pretesa a una richiesta di indennizzo ex art. 21-quinquies, legge 241 del 1990.

Tale ultima prospettazione è, ad avviso del Collegio, del tutto disattesa dal tenore del ricorso di

primo grado (in particolare, pag. 26-28 del ricorso di primo grado), ove si afferma espressamente che “Le valutazioni operate oggi dall'Ente, afferenti ad elementi in ogni caso valutabili già al tempo della indizione dell'avviso, sostanziano, secondo i canoni della giurisprudenza, un'evidente responsabilità dell'Ente medesimo, con conseguente configurabilità in capo alla ricorrente del diritto al risarcimento dei danni subiti dal soggetto partecipante”.

Inoltre, si ricorda che il “provvedimento di annullamento della stazione appaltante dell'aggiudicazione che, pur legittimo, leda l'affidamento dell'impresa aggiudicataria non determina in capo alla P.A. una responsabilità da inadempimento contrattuale, ma una responsabilità di tipo precontrattuale”.

Infine, nel ricorso introduttivo, a pag. 2, si evince chiaramente che il ricorrente ha agito in via subordinata con la domanda di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale “ove il provvedimento di annullamento in autotutela dovesse ritenersi legittimo, per la condanna dell'amministrazione resistente, a titolo di responsabilità di tipo precontrattuale, al risarcimento delle spese sostenute per la partecipazione alla gara e dell'ulteriore danno derivante, in diretta conseguenza di tale partecipazione, dalla perdita di chance e dalla mancata aggiudicazione di altri contratti....”.

Alle pagine 13 e 14 del ricorso introduttivo si è peraltro evidenziato che “a prescindere da qualsivoglia valutazione in ordine alla legittimità o meno dei provvedimenti di cui si discorre, la società ricorrente ha investito ingenti somme al fine di partecipare alla procedura di project financing, confidando nella definizione, a prescindere dall'esito, della procedura medesima”.

Pertanto, dalla lettura del ricorso si evince distintamente che, tra le domande proposte in primo grado, quella relativa alla richiesta di danni da responsabilità precontrattuale prescinde dal previo annullamento degli atti impugnati.

4. Per quanto riguarda la sussistenza di posizioni qualificate in capo alle ditte partecipanti (in particolare, in capo all'appellante) tali da giustificare la previsione di eventuali indennizzi o altre voci risarcitorie, si deve ricordare che il progetto preliminare proposto dall'odierna appellata era stato dichiarato dalla Commissione all'uopo designata di pubblico interesse e siffatta dichiarazione di pubblico interesse è espressione di una precisa manifestazione di volontà, suscettibile di ingenerare nel proponente un legittimo affidamento circa la prosecuzione della procedura e la sua conclusione.

Anche a seguito del successivo segmento processuale, sopra descritto, che ha comportato l'accoglimento del ricorso instaurato da Italgeco s.r.l., volto all'ottemperanza della citata pronuncia del TAR n. 16542-2010, tale posizione qualificata, idonea ad ingenerare quanto meno un affidamento sul riavvio del procedimento e su di una sua conclusione comunque positiva, visto il precedente esito della procedura de quo, rimane sussistente, attese anche le motivazioni alla base della decisione di annullare in via di autotutela l'intera procedura, incentrate (anche) sull'errore di fondo commesso dall'Amministrazione circa l'erronea scelta del procedimento stesso.

5. Infatti, venendo all'esame delle motivazioni alla base dell'anzidetto provvedimento di autotutela, impugnato in primo grado, si deve rilevare come il Comune evidenzi la "presenza di originarie criticità dell'avviso pubblico", dubitandosi dell'originaria scelta di "ricorrere allo strumento di project financing per la realizzazione di un PIP, suscettibile di determinare diverse criticità in fase di realizzazione", e rilevando che, in concreto, "le proposte presentate hanno effettivamente dimostrato che l'apporto di capitale privato è legato in larghissima e preponderante misura alla realizzazione di opere in relazione alle quali detto strumento non è utilizzabile".

Tali specifici motivi posti alla base dell'atto di autotutela, se possono ritenersi condivisibili sul piano della legittimità formale (la domanda caducatoria, peraltro, non è più oggetto del presente giudizio di appello), possono essere tuttavia valutabili sia sotto il profilo dell'imputabilità all'Amministrazione, sotto il profilo causale, degli errori che hanno indotto al ritiro dell'intero procedimento di project financing; sia sotto il profilo dell'eventuale valutazione del profilo soggettivo di colpa dell'Amministrazione.

Entrambi i profili, visto il tenore delle spiegazioni sopra riportate, peraltro, rilevate dallo stesso Giudice Amministrativo (con la citata sentenza del TAR n. 16542-2010 e, prima ancora con l'ordinanza cautelare di questo Consiglio n. 41-2009), sono all'evidenza idonee a radicare un positivo giudizio di sussistenza di entrambi i profili (imputabilità dell'errore all'Amministrazione e colpa della medesima ai fini dell'integrazione della responsabilità precontrattuale).

L'atto di autotutela, inoltre, come perspicuamente ha accertato il TAR, integrano l'inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e di buona fede e comportano l'ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nella ricorrente nella sua qualità di partecipante alla gara legittimamente revocata, così integrando una responsabilità a titolo precontrattuale.

Infatti, anche di recente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146), questo Consiglio ha affermato che la responsabilità precontrattuale rappresenta quella forma di soggezione alle conseguenze sancite dall'art. 1337 c.c. (oltre che del successivo art. 1338) per condotte contrarie ai canoni di buona fede e correttezza (quest'ultima prevista dall'art. 1175 c.c.) nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, che la più recente evoluzione giurisprudenziale ha ritenuto applicabile anche all'attività contrattuale dell'amministrazione svolta secondo i modelli autoritativi dell'evidenza pubblica e che prescinde dall'accertamento di un'illegittimità provvedimentoale e anche dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante (in tal senso, Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2017, n. 1364).

A differenza della responsabilità da mancata aggiudicazione, la colpa in contrahendo dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica di affidamento di contratti costituisce fattispecie nella quale l'elemento soggettivo assume una sua specifica rilevanza, in correlazione con l'ulteriore elemento strutturale del contrapposto affidamento incolpevole del privato in ordine alla positiva conclusione delle trattative prenegoziali.

Infatti, i presupposti della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione consistono nell'affidamento ingenerato dal comportamento della stazione appaltante su tale

esito positivo e nell'assenza di una giusta causa per l'inattesa interruzione delle trattative.

In questo caso del tutto peculiare, è lo stesso avvio del procedimento che è stato mal valutato dall'Amministrazione, ingenerando un legittimo affidamento circa la sua conclusione e producendo un danno al concorrente stante l'inattesa ed improvvisa interruzione dell'intera sequenza prenegoziale, danno che deve ritenersi del tutto ascrivibile alla categoria della responsabilità precontrattuale, a prescindere dalla specifica procedura di cui si tratta (project financing).

6. Infine, non può ritenersi condivisibile l'appello nella parte in cui si deduce che la SERI avrebbe omesso qualsiasi riferimento agli elementi costitutivi dell'illecito.

In primo luogo, l'appellata SERI spa ha preso parte alla procedura di cui si discorre e, quindi, ha evidentemente sostenuto delle spese per parteciparvi.

Inoltre, è incontestato che la società abbia prodotto in giudizio: lo stralcio del progetto preliminare – PIP trasmesso al Comune ed approvato, l'elenco degli elaborati realizzati, la relazione descrittiva, il quadro economico e l'ipotesi di parcella, tutti elementi che evidenziano le attività svolte alle quali si ricollegano le spese sostenute, comunque indicate nel quadro economico riepilogativo e nel prospetto di parcella.

Pertanto, il TAR ha correttamente ritenuto provato ed esistente il danno, liquidabile ex art. 34 c.p.a., atteso che la parte privata ha addotto gli elementi di prova sui cui si può innestare il potere officioso del Giudice amministrativo ex art. 34 cit. e tenuto conto che, in ordine alla quantificazione del danno nel caso della responsabilità precontrattuale, il risarcimento riguarda il solo interesse negativo, ossia le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 8.000,00, oltre accessori di legge.

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

