

Sulla natura della sentenza relativa alla domanda di subentro nel contratto

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 25-5-2021

1. *La sentenza che annulla l'aggiudicazione e dichiara inefficace il contratto ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. Amm., anche quando, a seguito di apposita domanda della parte ricorrente, accerta la "possibilità di subentrare nel contratto" non è mai costitutiva del vincolo contrattuale, né potrebbe esserlo.*
2. *L'unica ipotesi conosciuta dall'ordinamento di sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso è quella contemplata dall'art. 2932 cod. civ., la quale presuppone l'esistenza dell'obbligazione della parte convenuta in giudizio a concludere un contratto.*
3. *Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici sulle fasi delle procedura di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione escludono che questa, anche quando sia addivenuta all'individuazione dell'aggiudicatario, sia obbligata a concludere il contratto con quest'ultimo.*

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, la Sezione ha chiarito la natura della sentenza relativa alla domanda di subentro nel contratto ai sensi dell'art. 122 Cod. Proc. Amm., a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Il Collegio, in particolare, ha escluso che tale pronuncia possa essere equiparata alla decisione costitutiva ex art. 2932 c.c., poiché a seguito dell'aggiudicazione non sorge un obbligo a contrarre in capo alla stazione appaltante e al privato.

La problematica sottoposta al Consiglio di Stato è condizionata dalla natura giuridica da attribuire al provvedimento di aggiudicazione. Sulla tematica, prima del recepimento delle Direttive europee sugli appalti, che hanno spostato il baricentro delle procedure di evidenza pubblica dalla formazione della volontà della pubblica amministrazione alla tutela della concorrenza e del mercato, si riteneva che l'aggiudicazione costituisse accettazione della proposta contrattuale costituita dall'offerta presentata. In particolare, prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, anche i contratti passivi erano sottoposti al R.D. 2440/1923. In base alla normativa richiamata, il bando di gara costituisce al contempo atto amministrativo generale e atto privatistico qualificabile come offerta al pubblico/invito ad offrire. Da tale ricostruzione discende che la presentazione dell'offerta equivale a proposta contrattuale e che l'aggiudicazione costituisce accettazione della proposta. Ne deriva che il successivo contratto rappresenta una formalizzazione di quanto già pattuito per effetto

dell'aggiudicazione e, conseguentemente passibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

Ai fini, quindi, della comprensione delle statuizioni della Sezione V del Consiglio di Stato, è necessario chiarire se a fronte della disciplina introdotta per effetto delle direttive europee permanga la natura "mista" pubblico/privata dell'atto di aggiudicazione o se, al contrario, la stessa non sia di natura eminentemente pubblicistica, con la conseguenza che a seguito della sua adozione non sia configurabile un obbligo a contrarre coercibile mediante sentenza ex art. 2932 c.c.

Sulla questione, è opportuno richiamare l'art. 32 comma 6 del d.lgs 50/2016 secondo cui, l'aggiudicazione non costituisce accettazione dell'offerta. Ciò significa che il provvedimento di aggiudicazione non è idoneo a far sorgere il rapporto obbligatorio tra le parti, né ad attribuire al privato aggiudicatario una posizione di diritto soggettivo, cui corrisponda un'obbligazione di concludere il contratto da adempiersi da parte della pubblica amministrazione.

L'aggiudicazione non fa, quindi, sorgere un vincolo obbligatorio né unilaterale, né bilaterale, con la conseguenza che le parti restano libere di pervenire alla successiva stipulazione contrattuale. Ne consegue che la domanda di subentro nel contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, non comporta una successione nella titolarità del contratto, ma evita il rifacimento della gara. È, quindi, necessaria la stipulazione di un nuovo contratto con il soggetto subentrante.

Poiché la posizione soggettiva dell'aggiudicatario a seguito di ricorso giurisdizionale è di interesse pretensivo, la tutela esperibile in caso di inerzia della pa circa la volontà di stipulare o meno il contratto, è costituita esclusivamente dalla possibilità di ricorrere ex artt 31 e 117 cpa, al fine di ottenere la declaratoria che obblighi la pubblica amministrazione a pronunciarsi circa la volontà di stipulare il contratto.

Dalle considerazioni sopra effettuate, si evince, quindi che non sussistendo in capo all'aggiudicatario una posizione di diritto soggettivo alla stipula del contratto, vi sia l'impossibilità per il medesimo di esperire l'azione costitutiva ex art. 2932 c.c.

Il Collegio, applicando le coordinate sopra tracciate ha escluso l'esperibilità del rimedio ex 2932, statuendo che: *"La sentenza che annulla l'aggiudicazione e dichiara inefficace il contratto ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. Amm., anche quando, a seguito di apposita domanda della parte ricorrente, accerta la "possibilità di subentrare nel contratto" non è mai costitutiva del vincolo contrattuale, né potrebbe esserlo.*

L'unica ipotesi conosciuta dall'ordinamento di sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso è quella contemplata dall'art. 2932 cod. civ., la quale presuppone l'esistenza dell'obbligazione della parte convenuta in giudizio a concludere un contratto.

Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici sulle fasi delle procedura di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione escludono che questa, anche quando sia addivenuta all'individuazione dell'aggiudicatario, sia obbligata a concludere il contratto con

quest'ultimo.

In definitiva, viene respinta la lettura privatistica (recepita dall'articolo 16, comma 4 del RD 2440/1923), secondo cui la procedura amministrativa di gara sarebbe anche un'attività privatistica di esercizio dell'autonomia negoziale e si sancisce la qualificazione della procedura di gara come procedimento esclusivamente amministrativo che culmina con l'atto di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto all'esito della successiva fase negoziale, caratterizzata dalla libera e autonoma esplicazione della volontà negoziale delle parti. Si tratta del cd. principio di scissione, di derivazione europea, tra gara e contratto.

L'aggiudicazione non è, quindi, atto costitutivo a effetto negoziale, ossia elemento costitutivo che integri, *ab intra*, la volontà o la capacità dell'ente, ma atto presupposto, a carattere autorizzativo, *ab externo*, che incide sul piano funzionale del rapporto, non sul versante genetico dell'atto.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6940 del 2020, proposto da DB Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza, costituita tra i Comuni di Rotello e San Giuliano di Puglia, non costituita in giudizio;

Comune di San Giuliano di Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Nardocci, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Oslavia 14;
Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo Campobasso, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Protezione Civile, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

C.S.E. s.r.l.. non costituita in giudizio;

***per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise
(Sezione Prima) n. 00064/2020, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Giuliano di Puglia e del Ministero dell'Interno - Ufficio Territoriale del Governo Campobasso e della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Protezione Civile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Di Pardo, per delega di Giuliano Di Pardo, Nardocci e l'avvocato dello Stato Nardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 15.03.2016, la Centrale Unica di Committenza del Comune di San Giuliano di Puglia ha indetto una procedura di gara per l'affidamento dell'appalto di *“progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di adeguamento dell'Insedimento Abitativo Temporaneo di San Giuliano di Puglia sulla base del progetto preliminare, posto a base di gara, e previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta”*.

DB Costruzioni s.r.l. ha partecipato al confronto concorrenziale classificandosi al secondo posto della graduatoria finale, mentre prima classificata è risultata C.S.E. s.r.l., a cui pertanto è stato affidato l'appalto.

Con ricorso rubricato sub R.G. n. 145/2017 DB Costruzioni è insorta avverso le risultanze della procedura concorsuale e con sentenza n. 280/2017 il ricorso è stato respinto dal T.a.r.

A seguito dell'appello proposto dalla ricorrente (R.G. n. 8698/2017), questo Consiglio di Stato, con sentenza n. 3626/2018, il cui dispositivo è stato pubblicato in data 3.5.2018, ha così deciso: *“in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso della DB Costruzioni s.r.l. nei sensi parimenti indicati in motivazione ed annulla gli atti con esso impugnati; - dichiara*

pertanto l'inefficacia del contratto d'appalto tra il Comune di San Giuliano di Puglia e la C.S.E. s.r.l. e dispone il subentro nello stesso dell'appellante principale DB Costruzioni s.r.l.; - compensa le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti. Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa".

Sulla scorta di tale dispositivo, in data 11.05.2018, DB Costruzioni ha sollecitato l'amministrazione comunale ad adottare tutti gli atti necessari al subentro nel contratto d'appalto.

Avverso la sentenza n. 3626/2018, pubblicata con la motivazione in data 13.06.2018, C.S.E. s.r.l. ha proposto ricorso per revocazione (R.G. n. 8785/2018), cui ha aderito anche il Comune di San Giuliano di Puglia e, con sentenza n. 1970/2019 del 25.03.2019, il ricorso per revocazione è stato dichiarato inammissibile.

In data 1.04.2019, DB Costruzioni ha nuovamente invitato il Comune di San Giuliano di Puglia a porre in essere gli adempimenti necessari al subentro nel contratto d'appalto.

Con nota prot. 2785 del 2.05.2019, il Comune ha comunicato di non poter accogliere la richiesta in quanto, con nota n. 24423 del 5.04.2019, il Prefetto di Campobasso aveva rappresentato all'amministrazione comunale che *"il Ministero dell'Interno ha comunicato che l'attuale mutamento delle esigenze pubbliche in tema di accoglienza degli stranieri richiedenti asilo osta all'ulteriore corso dell'Accordo stipulato con codesto Comune in data 13 aprile 2015"*.

Con nota n. 3241 del 17.05.2019, il Comune di San Giuliano di Puglia ha rappresentato la volontà di procedere ad una *"verifica delle posizioni delle parti per giungere, entro i limiti del possibile, ad una conclusione consensuale dei rapporti"*, proponendo un incontro da svolgersi presso la Prefettura di Campobasso e, nell'occasione, il Comune ha portato a conoscenza della DB Costruzioni che, con nota n. 31714 del 7.05.2019, il Prefetto di Campobasso aveva formalmente comunicato la volontà di recedere dall'accordo sottoscritto in data 13.04.2015, fatte salve eventuali determinazioni sugli aspetti economici.

1.1. Col ricorso introduttivo, notificato il 3 giugno 2019, la società DB Costruzioni ha impugnato la nota prot. n. 2785 del 2 maggio 2019 e gli atti precedenti e successivi su indicati, chiedendone l'annullamento; in via subordinata la ricorrente ha altresì reclamato *"il risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo"*, ed in via gradata *"il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale"*, e comunque *"l'indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies l. 241/90"*.

1.2. Con motivi aggiunti notificati in data 15.07.2019, la ricorrente ha esteso l'impugnazione alla nota prot. 2019.0003057/23610 del 19.2.2019, con cui il Ministero dell'Interno, nel riscontrare la nota della Prefettura di Campobasso prot. n. 942346 del 29.11.2018, pure impugnata, ha osservato che *"la netta contrazione dei flussi migratori suggerisce di provvedere alla risoluzione della convenzione in parola, con i conseguenti provvedimenti da parte del Comune di San Giuliano in merito alla procedura di appalto per la progettazione e l'esecuzione dei lavori di adeguamento del centro. Tuttavia, atteso che sull'aggiudicazione è*

attualmente pendente ricorso giurisdizionale essendo fissata udienza per il 19 marzo p.v, l'udienza di discussione del ricorso per revocazione ordinaria proposto dalla società aggiudicataria CSE Srl., contro la sentenza del Consiglio di Stato n. 3626/2018, con la quale si è provveduto all'annullamento della stessa aggiudicazione con ulteriore ordine di subentro nell'affidamento della seconda in graduatoria DB Costruzioni Srl., si è dell'ulteriore avviso che ogni opportuna determinazione circa le sorti dell'accordo sopra citato potrà essere conclusivamente assunta previa definizione degli oneri di carattere indennitario e/o risarcitorio eventualmente scaturienti dalle sopra prospettate decisioni di autotutela. Vorrà pertanto codesta Prefettura interessare l'Avvocatura distrettuale di Campobasso, al fine di conoscere le pretese che potrebbero essere avanzate nei confronti del Comune di San Giuliano (e di riflesso verso questa Amministrazione) da parte delle società coinvolte nella vicenda giudiziaria".

1.3. Con ulteriori motivi aggiunti notificati in data 22 gennaio 2020 la ricorrente ha impugnato la deliberazione di C.C. n. 19 del 29.04.2019, ed il relativo protocollo di intesa, con cui il Comune di San Giuliano di Puglia, premesso che la Prefettura di Campobasso aveva espresso la volontà di risolvere la convenzione per l'utilizzazione del villaggio temporaneo quale centro di accoglienza di cittadini stranieri, ha deciso di approvare *"- il progetto denominato "Centro Polifunzionale CRI – Villaggio di San Giuliano di Puglia", allegato al presente atto per costituirne parte integrante e sostanziale; - lo schema del Protocollo d'intesa per l'implementazione del progetto denominato "Centro Polifunzionale CRI – Villaggio San Giuliano di Puglia", pure allegato al presente atto per costituirne parte integrante e sostanziale"*.

2. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Molise - dato atto della resistenza in giudizio del Ministero dell'interno e della Prefettura di Campobasso, col patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato, e del Comune di San Giuliano di Puglia - ha respinto i motivi del ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti concernenti il procedimento di revoca e le domande di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi e per responsabilità precontrattuale; ha accolto la domanda subordinata di liquidazione dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, che ha quantificato nell'importo complessivo di € 60.011,36, ponendone il pagamento a carico dell'amministrazione comunale; ha dichiarato inammissibili per carenza di interesse i secondi motivi aggiunti.

2.1. Il Comune di San Giuliano di Puglia è stato condannato al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente nella misura di € 2.000,00, oltre accessori; le spese di giudizio sono state compensate tra le altre parti.

3. Avverso la sentenza la società DB Costruzioni ha avanzato appello con diverse censure.

3.1. Il Comune di San Giuliano di Puglia, nonché il Ministero dell'interno, la Prefettura U.T.G. di Campobasso, l'Associazione Croce Rossa Italiana – Organizzazione di volontariato – CRI e la Protezione civile – Presidenza del Consiglio – Dipartimento della Protezione civile, tutti difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame.

3.2. All'udienza del 25 marzo 2021 la causa è stata discussa da remoto e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie dell'Avvocatura generale dello Stato e della difesa comunale, nonché di documenti e di memoria di replica della società appellante.

4. Con le censure di cui alla prima parte del ricorso in appello (pagg. 8-14) viene criticata la decisione di rigetto dei motivi del ricorso introduttivo, basati sul presupposto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 3626/2018 avrebbe prodotto effetti costitutivi ai fini del perfezionamento del vincolo contrattuale tra DB Costruzioni e l'amministrazione comunale.

4.1. Il Tribunale amministrativo regionale, dopo aver osservato che il dispositivo della sentenza deve essere letto ed interpretato alla luce delle motivazioni (riportate in sentenza) con le quali il Consiglio di Stato aveva accolto domanda di annullamento dell'aggiudicazione, ha ritenuto che la domanda di subentro nel contratto era stata accolta quale conseguenza dell'accoglimento della domanda caducatoria, senza rendere alcuna statuizione sul perfezionamento del vincolo contrattuale e attribuendo perciò alla ricorrente vittoriosa *"la posizione di interesse legittimo che normalmente consegue all'aggiudicazione della gara"*.

4.1.1. Da quanto sopra il primo giudice ha tratto il corollario del corretto esercizio del potere autoritativo di revoca anziché del diritto di recesso dal contratto, come preteso dalla ricorrente.

4.2. L'appellante obietta, in primo luogo, che la sentenza non avrebbe tenuto conto della domanda di accertare e dichiarare la nullità degli atti impugnati per violazione e/o elusione del giudicato di cui alla sentenza n. 3626/2018, sicché il T.a.r. avrebbe dovuto rimettere gli atti al giudice dell'ottemperanza e la sentenza sarebbe nulla perché pronunciata da giudice funzionalmente incompetente. Pertanto, questo Consiglio di Stato si dovrebbe ritenere *"investito anche quale giudice dell'ottemperanza"*.

4.2.1. Nel merito, l'appellante ripropone l'assunto per il quale l'accoglimento della domanda di subentro nel contratto ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., senza condizionare quest'ultimo ad alcun ulteriore adempimento da parte della stazione appaltante e dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato illegittimamente tra il Comune di San Giuliano di Puglia e la CSE, avrebbe comportato la costituzione del vincolo contrattuale tra lo stesso Comune e la ricorrente DB Costruzioni.

4.2.2. A tale assunto l'appellante fa conseguire la critica, già formulata in primo grado, dell'operato dell'amministrazione per avere esercitato il potere autoritativo di revoca dell'aggiudicazione, in luogo del diritto di recesso dal contratto di cui all'art. 109 del Codice dei contratti pubblici, del quale perciò avrebbe dovuto rispettare le "forme" e le garanzie procedurali prescritte.

I motivi di censura esposti non meritano favorevole apprezzamento.

4.3. La prima censura, concernente la nullità della sentenza per incompetenza del primo giudice, che sarebbe stato investito quale giudice dell'ottemperanza, è inammissibile sia per taluni profili di inammissibilità dell'azione di nullità esercitata nel primo grado (e conseguente novità in appello) sia perché, comunque, ha ad oggetto un vizio della sentenza cui la stessa

ricorrente ha dato causa, rivolgendosi al Tribunale amministrativo regionale.

4.3.1. Quanto al primo profilo, il ricorso introduttivo non risulta conforme al principio di *clari loqui* che, espressione del più generale principio di leale collaborazione tra giudice e parti, trova uno dei suoi corollari normativi nella previsione dell'art. 40, comma 1, lett. d), Cod. proc. amm., laddove richiede la "specificità" dei motivi su cui il ricorso si fonda.

A tale canone non risponde la domanda di nullità degli atti impugnati per violazione e/o elusione del precedente giudicato, così come proposta col ricorso introduttivo del presente giudizio.

Non sono utili all'appellante i passaggi estrapolati dal ricorso introduttivo e riprodotti atomisticamente nella memoria di replica, considerato che:

- al titolo di cui alla pagina 9 ("*Violazione ed elusione del giudicato. Sviamento*"), cui segue l'enunciazione della portata elusiva del giudicato dell'attività amministrativa, non corrisponde un apposito motivo di ricorso che specificamente denunci la nullità degli atti impugnati per detta violazione od elusione;

- il motivo di ricorso da cui sono estrapolate le pagine 22-23 (riprodotte alle pagine 3-5 della memoria di replica) si intitola "*IV. Sviamento*" e la sua illustrazione è basata in prevalenza sull'assunto che il giudicato -che la ricorrente assumeva, ed assume tuttora, avere efficacia costitutiva del rapporto contrattuale e solo in subordine dell'aggiudicazione- sia il presupposto logico-giuridico dell'illegittimità della revoca oggetto di impugnazione perché adottata in difetto delle condizioni legittimanti il provvedimento di revoca ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990; in sintesi, si avrebbe, in via principale, un vizio di sviamento di potere dal quale sarebbe affetta la revoca degli atti di gara;

- è vero peraltro che nel motivo si dà conto del giudicato e della sua asserita elusione, concludendosi perciò "[...] *Da quanto sopra discende la nullità degli atti impugnati, ai sensi dell'art. 21 septies l. 241/90, ovvero l'illegittimità per sviamento di potere*";

- analoga mancanza di specificità si rinviene nelle conclusioni, con le quali, in un unico capo, che qui rileva, è chiesto: <<*in via principale, accertare e dichiarare la nullità e/o l'annullamento dei provvedimenti impugnati, attesa la natura costitutiva della sentenza che ha disposto il subentro del contratto e l'impossibilità di procedere alla revoca*>>.

Dato ciò, il ricorso non risulta specificamente predisposto come volto ad introdurre un giudizio di natura "mista", di giudizio impugnatorio e di ottemperanza, come sostiene l'appellante, in specie con la memoria di replica.

Ed invero, coerentemente con l'individuazione del giudice competente effettuata dalla stessa DB Costruzioni ricorrente, il ricorso non contiene alcun esplicito riferimento agli artt. 31, comma 4, e 114 Cod. proc. amm., né nell'intitolazione dei motivi di censura e nella relativa illustrazione né nelle conclusioni; men che meno, poi, la ricorrente ha prospettato anche soltanto l'eventualità che una delle domande dovesse essere qualificata come destinata al

giudice dell'ottemperanza.

4.3.2. Ne consegue, in primo luogo, che la prospettazione è stata effettuata chiaramente in tali ultimi termini per la prima volta in appello.

4.3.3. In ogni caso, la qualificazione dell'azione esercitata in primo grado come avente natura "mista" non avrebbe potuto comportare certo la "conversione" del ricorso, proposto come ricorso per l'annullamento degli atti amministrativi, in ricorso per ottemperanza, né avrebbe posto il ricorso al riparo dal vizio di incompetenza funzionale.

Infatti, il principio di ammissibilità di un unico ricorso "*che contenga un'azione di esecuzione e una di cognizione*" di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, 15 gennaio 2013, n. 2 (richiamata nell'atto di appello), ha come corollario che il giudice dinanzi al quale va proposto tale ricorso "unitario" è il giudice dell'ottemperanza "*sia in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma più grave della patologia dell'atto, quale è la nullità*".

Pertanto, se veramente e validamente la DB Costruzioni avesse inteso proporre un ricorso "misto" avrebbe dovuto individuare quale giudice competente il Consiglio di Stato, in quanto giudice che ha emesso il provvedimento (la sentenza n. 3626/18), della cui ottemperanza si tratta, ex art. 113 Cod. proc. amm.

4.3.4. Si perviene così alla principale ragione di inammissibilità della censura, dovuta all'inammissibilità di un motivo di appello, con cui si deduce l'incompetenza del giudice di primo grado, proposto dalla stessa parte che lo ha individuato come giudice competente.

Il soggetto che ha proposto un ricorso al giudice individuato come competente, non può, soltanto dopo la pronuncia a sé sfavorevole, contestarne la competenza sia perché tale condotta processuale integra un abuso del diritto di difesa, scaturente dal venire *contra factum proprium* e nel sistema vige un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, in cui si inserisce anche l'abuso del processo (che comporta tra l'altro la violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, Cod. proc.amm.), sia soprattutto perché non vi è soccombenza in punto di competenza.

Le ragioni di rimessione all'Adunanza plenaria di cui all'ordinanza 9 marzo 2021, n. 2013, richiamata nella memoria di replica dell'appellante, concernente la legittimazione a proporre l'eccezione e il motivo di impugnazione di difetto di giurisdizione da parte del ricorrente in primo grado, si fondano su alcuni precedenti della Corte di Cassazione concernenti specificamente la questione appunto di giurisdizione, che non trovano alcun riscontro in materia di competenza.

Si è infatti affermato che la questione di competenza ha natura pregiudiziale e, pertanto, vi è una manifesta inconciliabilità, sul piano logico e giuridico, tra la richiesta di una pronuncia sul merito in via principale (che implica necessariamente il riconoscimento della esistenza in concreto della *potestas iudicandi* del giudice adito) e la proposizione di un'eccezione di

incompetenza dello stesso giudice, tanto che nei casi in cui la eccezione di incompetenza sia stata formulata (sia pure in via subordinata all'ipotesi di pronuncia sfavorevole alla parte che l'ha avanzata), essa deve considerarsi ed aversi come non proposta (cfr., da ultimo, Cass. ord. 23 luglio 2020, n. 15818, espressione di indirizzo consolidato).

Peraltro, va rilevato che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affrontato *ex professo* la questione della legittimazione della parte vittoriosa in primo grado a sollevare per la prima volta in appello questione di giurisdizione, risolvendo la stessa negativamente, con la sentenza 20 ottobre 2016, n. 21260, resa con il contributo di una relazione dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa inviata all'Ufficio del massimario della Cassazione su richiesta del Primo presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato.

La decisione si basa sul principio generale secondo il quale l'appello può essere proposto solo dalla parte soccombente in quanto la soccombenza "*del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario*" (così la richiamata sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 ottobre 2016, n. 21260). Analoga posizione è stata assunta dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con l'ordinanza, a valenza nomofilattica, 28 luglio 2017, n. 4 (cui hanno fatto seguito sentenze conformi, tra le quali, da ultimo Cons. Stato, V, 19 settembre 2019, n. 6247).

Non vi è dubbio che il principio generale appena richiamato sia applicabile al caso di specie, in cui la parte ricorrente non è rimasta soccombente in punto di competenza e quindi non può dolersi in appello dell'incompetenza funzionale del giudice adito in primo grado.

4.3.5. La censura di cui si è fin qui detto è perciò in primo luogo inammissibile.

4.3.6. Peraltro, è infondata nel merito la riproposizione della nullità per elusione del giudicato, così come esposta alla pagina 14 del ricorso in appello. L'appellante sostiene che la condotta dell'amministrazione sarebbe viziata da sviamento di potere "*nella veste di elusione del giudicato*", perché avrebbe tentato di raggiungere il medesimo risultato perseguito dal provvedimento annullato (l'estromissione della DB Costruzioni dall'aggiudicazione della gara) mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa (la revoca del finanziamento e dunque anche della gara), in palese carenza dei presupposti che la giustificano e teso ad aggirare "*l'esecuzione delle puntuali prescrizioni stabilite dal giudicato (nella fattispecie, l'obbligo di far subentrare la DB Costruzioni nel contratto)*".

Riguardo a tale censura va premesso che la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 12 maggio 2017, n. 2; Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11; Cons. giust. amm. sic., 22 dicembre 2015 n. 731; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2013 n. 2418) che perché sia ravvisabile il vizio di violazione o elusione del giudicato non è sufficiente che l'azione amministrativa posta in essere dopo la formazione del giudicato intervenga sulla stessa fattispecie oggetto del pregresso giudizio di cognizione o alteri l'assetto di interessi definito. Al contrario, è necessario che la pubblica amministrazione eserciti la medesima potestà pubblica, già esercitata illegittimamente, in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato (cioè con un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, integralmente desumibile nei suoi tratti

essenziali dalla sentenza), così dando luogo ad una violazione del giudicato, ovvero che l'attività asseritamente esecutiva della p.a. sia connotata da un manifesto sviamento di potere diretto ad aggirare l'esecuzione delle puntuali prescrizioni stabilite dal giudicato, in tal guisa integrando l'ipotesi di elusione del giudicato (Cons. Stato, IV, 26 gennaio 2018, n. 541, citata anche dall'appellante).

Nel caso in esame è sufficiente anticipare che, come si dirà meglio nel prosieguo, la sentenza n. 3626/2018, pur avendo accolto la domanda di subentro nel contratto, non ha fatto sorgere alcun obbligo dell'amministrazione di procedere alla sua stipulazione, ma ha avuto come unico effetto conformativo quello di estromissione dell'originaria aggiudicataria e della sua sostituzione nell'aggiudicazione della ricorrente vittoriosa.

La stazione appaltante, come pure si dirà nel prosieguo, ha perciò conservato il potere di revoca, in presenza dei presupposti dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, di modo che, esercitando quest'ultimo non è incorsa in alcuna violazione del giudicato, né appare configurabile alcuna forma di elusione *sub specie* di sviamento di potere, poiché l'esercizio dei poteri di autotutela attiene ad attività amministrativa estranea a quella oggetto della pronuncia giudiziale favorevole alla ricorrente, perciò è sottratto al giudizio di ottemperanza ed assoggettato al regime ordinario dell'impugnazione.

4.4. Le censure concernenti la portata costitutiva del contratto che si dovrebbe riconoscere al giudicato sono, a loro volta, infondate, per le ragioni di cui appresso.

La sentenza che annulla l'aggiudicazione e dichiara inefficace il contratto ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., anche quando, a seguito di apposita domanda della parte ricorrente, accerta la "possibilità di subentrare nel contratto", non è mai costitutiva del vincolo contrattuale, né potrebbe esserlo.

L'unica ipotesi conosciuta dall'ordinamento di sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso è quella contemplata dall'art. 2932 cod. civ., la quale presuppone l'esistenza dell'obbligazione della parte convenuta in giudizio a concludere un contratto.

Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici sulle fasi delle procedure di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione escludono che questa, anche quando sia addivenuta all'individuazione dell'aggiudicatario, sia obbligata a concludere il contratto con quest'ultimo.

Ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (e dell'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*), divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante si trova nell'alternativa tra addivenire alla stipulazione ovvero esercitare i poteri di autotutela "*nei casi consentiti dalle norme vigenti*", vale a dire, sussistendone i presupposti, annullare ovvero revocare il provvedimento di aggiudicazione. Infatti "*l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta*", come espressamente precisa l'art. 32, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 (e già precisava l'art. 11, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006) appunto a significare che il provvedimento di aggiudicazione non è idoneo a far insorgere il rapporto obbligatorio tra le parti, né ad attribuire al privato aggiudicatario una

posizione di diritto soggettivo, cui corrisponda un'obbligazione di concludere il contratto da adempersi da parte della pubblica amministrazione (cfr. Cass. S.U., 11 gennaio 2011, n. 391). Di qui l'impossibilità per l'aggiudicatario di esperire l'azione costitutiva ex art. 2932 cod. civ.

Giova precisare - in risposta alle argomentazioni svolte dall'appellante nella memoria di replica - che l'impossibilità di esperire l'azione costitutiva ex art. 2932 cod. civ. è conseguenza più dell'assetto dato dal legislatore alla formazione del contratto ad evidenza pubblica (la cui stipulazione, ad un tempo conclude la fase pubblicistica di un percorso bifasico e dà luogo alla seconda fase che prosegue lungo i binari del rapporto di diritto privato), che di limiti propri della giurisdizione del giudice amministrativo. Non vi è dubbio infatti che la tecnica di tutela di cui all'art. 2932 cod. civ. sia praticabile dinanzi al giudice amministrativo, come riconosciuto sia dalla Corte di Cassazione (in diversi precedenti, tra cui Cass. S.U. 9 marzo 2015, n. 4683, richiamata dall'appellante), che univocamente dalla stessa giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 28/2012, nonché, di recente, tra le altre, Cons. Stato, IV, 14 giugno 2018, n. 3672 e id., 29 novembre 2018, n. 6793). Essa peraltro presuppone che si tratti di materia rientrante nell'ambito della giurisdizione esclusiva, laddove, venendo in rilievo una posizione di diritto soggettivo cui si contrappone l'obbligo inadempito della conclusione del contratto, non potrebbe che essere assicurata la stessa tutela riconosciuta dinanzi al giudice ordinario (tanto è vero che anche il precedente richiamato dall'appellante, di cui a Cass. S.U. n. 4683/15, attiene all'atto d'obbligo del privato per il trasferimento di aree alla p.a. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione rientrante nella giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. a, n. 2 Cod. proc.amm., su cui cfr. anche Cass. S.U. ord. 17 marzo 2017, n. 6962 e id., 30 maggio 2018, n. 13701).

Tuttavia la fattispecie oggetto della presente decisione è connotata dai seguenti caratteri propri:

- la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende fino "*alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*" (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, Cod. proc. amm.); la stipulazione del contratto con il ricorrente vittorioso vi è quindi estranea; essa è consequenziale alla dichiarazione di inefficacia del precedente contratto (tanto che la presuppone ex art. 124, comma 1, Cod. proc. amm.), ma è distinta ed ulteriore, tanto è vero che tutte le questioni attinenti al contenuto ed all'esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario;

- comunque, la tutela ex art. 2932 cod. civ. non potrebbe essere esperita nemmeno dinanzi a quest'ultimo per la semplice ragione che, come già detto, nell'ordinamento non è configurabile un diritto soggettivo dell'aggiudicatario cui corrisponde un'obbligazione della pubblica amministrazione di stipulare il contratto.

Piuttosto, l'aggiudicazione, in quanto provvedimento conclusivo della fase pubblicistica della procedura di scelta del contraente, attribuisce a quest'ultimo la posizione di interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto. A fronte di tale posizione l'amministrazione ha di certo l'obbligo di provvedere (cfr. Cons. Stato, V, 17 marzo 2021, n. 2275, dove si è chiarito che, se l'aggiudicatario non intende sciogliersi dal vincolo, l'amministrazione deve stipulare il contratto o emettere comunque un provvedimento conclusivo del procedimento), ma, come

detto, è “fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti” (art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Pertanto il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva, decidendo sulla domanda del ricorrente di conseguire l’aggiudicazione e di subentrare nel contratto, ai sensi degli artt. 122 e 124 Cod. proc. amm., non fa che accertare la posizione soggettiva qualificata del ricorrente, la quale, come correttamente esposto nella sentenza qui appellata, “non può che coincidere con la posizione di interesse legittimo alla stipulazione del contratto che normalmente consegue all’aggiudicazione della gara”; con la precisazione che, essendo l’efficacia dell’aggiudicazione subordinata alla verifica del possesso dei requisiti ex art. 32, comma 7, Cod. proc. amm., e spettando tale verifica alla stazione appaltante, si tratta di una posizione di interesse legittimo pretensivo a sua volta condizionata per legge (senza necessità che ciò sia statuito con la sentenza che ha annullato la precedente aggiudicazione) all’esito positivo della verifica del possesso dei requisiti in capo al ricorrente vittorioso.

In conclusione, la pronuncia giudiziale di declaratoria di inefficacia del contratto ex art. 122 Cod. proc. amm. certamente priva di effetti il contratto stipulato a seguito di aggiudicazione ritenuta illegittima, ma non ha efficacia costitutiva del contratto con il ricorrente vittorioso.

A siffatta conclusione non ostano le previsioni della c.d. direttiva ricorsi (Direttiva 66/2007/CE), richiamate dall’appellante nella memoria di replica, considerato che l’effettività della tutela è comunque assicurata dai rimedi esperibili contro i provvedimenti in autotutela adottati dalla pubblica amministrazione in luogo della stipulazione del contratto.

4.4.1. Perfettamente in linea con tale ricostruzione del quadro normativo di riferimento è la sentenza di questa Sezione, n. 3636/2018, favorevole alla DB Costruzioni, con la quale, annullata l’aggiudicazione della gara in favore della controinteressata C.S.E., si è “*accolta la domanda dell’originaria ricorrente di subentro nel contratto stipulato (nelle more del presente giudizio d’appello) tra il Comune di San Giuliano di Puglia e la medesima controinteressata, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso*” e si è precisato di non ravvisare “*alcuna circostanza ostativa ai sensi dell’art. 122 cod. proc. amm., tenuto in particolare conto che, come risulta dagli atti di causa, al momento della presente decisione la C.S.E. ha eseguito la sola progettazione*”.

La statuizione con efficacia di giudicato è letteralmente e logicamente limitata alla dichiarazione di inefficacia del contratto (già stipulato) ed a quella “*di accoglimento della domanda di subentro*” nel contratto (da stipulare).

Come si è avuto modo di chiarire in giurisprudenza, siffatto “subentro” non va inteso in senso strettamente lessicale come successione nel contratto in essere con l’originaria aggiudicataria (tanto è vero che questo va dichiarato inefficace e perciò resta definitivamente caducato, con la decorrenza che il giudice fissa ex art. 122 Cod. proc. amm.); piuttosto esso sta ad indicare la situazione alternativa al rinnovo della gara (tanto è vero che presuppone l’accertamento che “*il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara*” ex art. 122 Cod. proc.amm.). Si tratta cioè di situazione che consente di consolidare la procedura di gara, prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario “*la possibilità di subentrare nel contratto*”, in

modo da sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta (cfr. Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 786 e i precedenti ivi indicati). A tale scopo è però necessaria la stipulazione di un nuovo contratto, che si sostituisca a quello con la precedente aggiudicataria, caducato a seguito della dichiarazione di inefficacia.

4.4.2. Poiché la sentenza favorevole alla DB Costruzioni non è costitutiva del vincolo contrattuale e poiché, successivamente alla sua pronuncia, non è stato stipulato alcun contratto tra la società e il Comune di San Giuliano di Puglia, quest'ultimo non avrebbe dovuto (né potuto) fare ricorso ai c.d. poteri di autotutela contrattuale, ed in specie al recesso dal contratto ex art. 109 del d.lgs. n. 50 del 2016, come preteso dalla ricorrente.

Le censure di gravame fin qui trattate vanno perciò respinte.

5. Con ulteriori censure (pag. 14-25 del ricorso in appello) sono appunto criticate:

- la decisione di rigetto dei motivi con i quali la ricorrente aveva lamentato che il potere di revoca era stato esercitato al solo scopo di pregiudicare gli interessi di DB Costruzioni, e comunque senza che sussistessero reali esigenze di interesse pubblico;

- la decisione di rigetto dei motivi con i quali la ricorrente aveva lamentato la violazione delle prerogative partecipative al procedimento di revoca dell'aggiudicazione.

5.1. Quanto alla prima, il Tribunale amministrativo regionale ha considerato che l'amministrazione comunale aveva indetto la procedura concorsuale per l'affidamento dei lavori in questione al solo scopo di prestare esecuzione agli impegni assunti con la Prefettura di Campobasso in forza della stipulazione dell'accordo in data 13.04.2015 (avente ad oggetto l'utilizzo del villaggio come centro di accoglienza in favore dei richiedenti protezione internazionale) e che tale circostanza era univocamente rappresentata negli atti di gara; con la conseguenza che, intervenuto il recesso dall'accordo da parte della Prefettura di Campobasso – che il primo giudice ha ritenuto correttamente esercitato ai sensi dell'art. 12 dello stesso accordo – *“non permaneva in capo all'amministrazione comunale alcun concreto interesse (né comunque sussistevano le condizioni per addivenire) alla definizione del procedimento ed alla stipulazione del contratto”*.

5.1.1. Quanto alla seconda, il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto che, a fronte della decisione assunta dalla Prefettura di Campobasso, la revoca della procedura di gara da parte dell'amministrazione comunale fosse *“atto sostanzialmente vincolato, trattandosi di un appalto posto in essere (e concretamente concepito) al precipuo scopo di adempiere all'accordo stipulato con la Prefettura di Campobasso”*.

5.2. L'appellante lamenta l'erroneità di entrambe le statuizioni perché:

i) il potere di recesso da parte della Prefettura sarebbe stato illegittimamente esercitato in difetto di competenza, in quanto tale competenza sarebbe spettata al Ministero dell'interno e comunque quest'ultimo avrebbe subordinato il recesso dall'accordo alla definizione degli

oneri di carattere indennitario e/o risarcitorio eventualmente scaturenti dalle prospettate decisioni di autotutela;

ii) sussisterebbe ancora l'interesse pubblico sotteso all'accordo tra la prefettura e il comune, in quanto vi sarebbe tuttora l'esigenza di assicurare il servizio di accoglienza dei migranti, come sarebbe stato rappresentato in più occasioni dal Ministero dell'interno con atti generali e circolari ministeriali concernenti tale servizio (indicati alle pagine 19 e 20 del ricorso in appello), mentre il recesso dall'accordo tra prefettura e comune sarebbe stato motivato del tutto genericamente;

iii) il Comune aveva ed avrebbe tuttora interesse a ristrutturare il villaggio in quanto avrebbe percepito un canone annuo pari ad € 430.950,00 ed inoltre avrebbe scongiurato un danno ingente all'erario dovuto all'abbandono del villaggio costruito con fondi pubblici;

iv) la revoca non sarebbe stata perciò un atto "vincolato" ed anzi sarebbe stata adottata in difetto di istruttoria e di motivazione e senza tenere conto della posizione dell'aggiudicataria DB Costruzioni (per di più dopo che il Comune di San Giuliano di Puglia aveva tenuto una condotta illegittima durante la gara, ostruzionistica nel corso dei procedimenti giurisdizionali seguiti all'impugnazione dell'aggiudicazione e dilatoria successivamente alla sentenza favorevole alla DB Costruzioni);

v) inoltre la revoca sarebbe illegittima per mancata comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della legge n. 241 del 1990.

5.3. Le censure sono in parte inammissibili e in parte infondate.

5.3.1. Sono inammissibili le critiche mosse alla scelta adottata dall'amministrazione dell'Interno, nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali, di non procedere alla realizzazione del centro di accoglienza per migranti, sostenendo un esborso di oltre tre milioni di euro per un'opera ritenuta non più rispondente alle concrete esigenze pubbliche e dichiarata inutile dal Ministero dell'interno. Si tratta di decisioni di puro merito amministrativo non sindacabili in sede giurisdizionale, se non nei limiti del macroscopico travisamento ed errore di fatto, dell'abnormità o dell'irragionevolezza.

Siffatti profili sono estranei alla decisione sottesa al recesso dall'accordo col Comune di San Giuliano di Puglia, per come si evince dalle critiche dell'appellante che attengono sostanzialmente alle valutazioni ministeriali concernenti la politica di gestione del fenomeno migratorio e di accoglienza dei migranti nel Paese.

In particolare non è sindacabile l'attualità e la permanenza nel tempo dell'interesse pubblico che aveva indotto alla stipulazione dell'accordo di programma tra la Prefettura di Campobasso e il Comune di San Giuliano di Puglia, che l'appellante fonda su una personale lettura di atti normativi (il d.l. n. 113/2018) ed amministrativi (direttive e circolari ministeriali in materia di prima accoglienza) aventi tutt'altre finalità.

5.3.2. La censura di incompetenza del Prefetto di Campobasso a recedere dall'accordo è poi

infondata.

L'accordo di programma del 13 aprile 2015 è stato sottoscritto dal Prefetto *pro-tempore*, a seguito di precise direttive dettate dal Ministero dell'interno (come da note depositate in primo grado nn. 6042 del 17 luglio 2013, 7156 del 28 agosto 2013 e 13859 del 18 novembre 2014).

Il recesso è stato posto in essere dal Prefetto con le modalità prescritte dall'art. 12, comma 2, dello stesso accordo, a seguito della nota ministeriale n. 23610 del 19 febbraio 2019, con la quale si comunicava che «*si ritiene che l'attuale mutamento delle esigenze pubbliche in tema di accoglienza degli stranieri richiedenti asilo osti all'ulteriore corso al sopracitato Accordo*». Attesa la competenza al recesso dall'accordo in capo al Prefetto di Campobasso, la restante parte della detta nota ministeriale non pone delle condizioni impeditive del recesso, ma, data per scontata l'inutilità dell'opera oggetto dell'accordo, è volta a sollecitare modalità e tempi di recesso compatibili con la vicenda processuale ancora in corso e con i diritti risarcitori o indennitari di entrambe le società coinvolte.

In definitiva, va dato atto della legittimità dell'esercizio della facoltà di recesso dall'accordo e dell'insindacabilità delle ragioni che l'hanno determinato.

5.3.3. Resta perciò da delibare la rispondenza della revoca dell'aggiudicazione e degli atti di gara ai presupposti dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio da parte del Comune del corrispondente potere, una volta che l'amministrazione statale aveva ritenuto inutili i lavori oggetto di affidamento e revocato i finanziamenti per la loro realizzazione.

Come ben evidenziato in sentenza, l'amministrazione comunale ha manifestato, già negli atti di gara, l'inscindibile collegamento tra la procedura di gara e gli impegni assunti dal Comune con la stipulazione dell'accordo di programma del 13 aprile 2015, di modo che, venuto meno tale accordo (e revocati i finanziamenti statali sui quali l'ente locale aveva fatto affidamento) non residuava alcun concreto interesse del Comune a trasformare il Villaggio in un centro di accoglienza per migranti (e sussisteva la connessa ulteriore ragione di revoca, dovuta al venir meno della disponibilità economica necessaria a finanziare il progetto).

Come, a sua volta, ben obietta la difesa comunale la valutazione dell'interesse pubblico sotteso all'intervento oggetto di gara competeva solo alla Prefettura, dato che all'Amministrazione centrale – e solo ad essa – compete l'individuazione e la localizzazione dei centri di accoglienza sul territorio nazionale e lo stanziamento dei fondi per la loro realizzazione.

5.3.4. Consegue a quanto fin qui esposto la correttezza della sentenza di primo grado anche in punto di infondatezza delle doglianze della società ricorrente concernenti, per un verso, il mancato rispetto delle garanzie partecipative al procedimento di revoca, per altro verso, l'omessa comparazione degli interessi in gioco, pubblici e privati (che la ricorrente ha invocato per addivenire ad *“una soluzione meno gravosa per tutti gli enti coinvolti”* al fine di *“[...] valutare comunque l'impiego del finanziamento per realizzare un'opera che si presta in ogni caso a molteplici utilizzazioni, determinando al contrario l'inesorabile perimento”*).

Ribadita l'insindacabilità della scelta compiuta dall'amministrazione statale, e ricordato che l'art. 12 dell'accordo di programma prevedeva che fosse in "*facoltà della Prefettura recedere in qualsiasi momento dall'accordo ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241/90*", va altresì precisato che, in forza di tale accordo, il Comune di San Giuliano di Puglia ha finito per assumere il ruolo di gestore della gara, sul presupposto - come detto, espresso negli atti di gara - del finanziamento e dell'interesse ministeriale alla destinazione del Villaggio a centro di accoglienza, laddove l'interesse locale si limitava alla riqualificazione del complesso immobiliare ed alla sua valorizzazione anche in termini economici.

In questo contesto, pur essendo innegabile che tale ultimo interesse dell'amministrazione comunale non sia venuto meno a seguito del recesso dell'amministrazione statale, esso, contrariamente a quanto assume l'appellante, non vale ad invalidare la revoca degli atti di gara per l'asserita mancata immutazione del pubblico interesse.

L'interesse pubblico alla riqualificazione ed alla valorizzazione della struttura, di cui è portatore il Comune, sta alla base della stipulazione dell'accordo con la Prefettura, non anche allo svolgimento della gara, se non in via del tutto indiretta, per essere quest'ultima gestita dall'ente territoriale in esecuzione dell'accordo medesimo. Pertanto, quando sono venuti a mancare i due presupposti fondanti della gara (vale a dire: i) la destinazione del complesso a centro di accoglienza; ii) i fondi per la sua realizzazione) si è automaticamente determinato quel "*mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione*" degli atti di gara (anche in ragione del tempo trascorso dalla stipulazione dell'accordo del 2015 e dalla pubblicazione del bando del 2016) che rende legittima la revoca di questi ultimi. Il Comune, come sottolinea la difesa in giudizio, non avrebbe potuto che prendere atto del recesso dell'amministrazione statale e revocare la procedura di gara, non essendo in suo potere (per incompetenza) e facoltà (per carenza di fondi) determinarsi diversamente.

D'altronde è consolidata la giurisprudenza secondo cui la carenza sopravvenuta della copertura finanziaria rappresenta una valida ragione per disporre la revoca dell'affidamento di un appalto pubblico (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, 21 aprile 2016, n. 1599).

Anche se la DB Costruzioni fosse stata coinvolta nell'istruttoria sfociata nel provvedimento di revoca, non avrebbe potuto diversamente orientare la determinazione del Comune, essendo questa "*sostanzialmente vincolata*" dalla rivalutazione dell'interesse pubblico avvenuta in seno al procedimento ministeriale sfociato nel recesso unilaterale dall'accordo; a questo il Comune non si sarebbe potuto opporre ai sensi del citato art. 12.

Una volta esercitata la facoltà di recesso spettante all'amministrazione statale, il provvedimento da adottarsi da parte dell'amministrazione comunale riguardo alla procedura di affidamento dei lavori, rimasti privi di immediata utilità e di finanziamento, non avrebbe potuto essere diverso da quello della revoca degli atti di gara, in concreto adottato, fermo restando altresì quanto si dirà a proposito dell'insussistenza di responsabilità precontrattuale della p.a. e della sussistenza del diritto della società ricorrente all'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990.

Anche le censure fin qui esaminate vanno perciò respinte.

6. Con l'ultima delle censure concernenti le domande di annullamento (pagg. 25 -30) l'appellante critica la dichiarazione di inammissibilità dei secondi motivi aggiunti per carenza di interesse. Quindi ripropone ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi rimasti assorbiti.

6.1. Assume l'appellante che sarebbe stato dimostrato in giudizio che il progetto della CRI, *“approvato dal Comune di San Giuliano di Puglia non è ostativo all'esecuzione dei lavori da parte della DB Costruzioni [...]”*, in quanto le finalità sottese al nuovo intervento sarebbero *“largamente coincidenti con quelle poste a base della ristrutturazione del Villaggio, che ha dato vita alla procedura di gara poi affidata alla DB Costruzioni”* ed in quanto il soggetto preposto all'affidamento dei lavori di ristrutturazione è sempre il medesimo, cioè il Comune di San Giuliano di Puglia, tanto che quest'ultimo avrebbe acquisito -proprio per l'adeguamento del Villaggio alle esigenze della Croce Rossa Italiana- il progetto originariamente predisposto dalla CSE a seguito della stipulazione del contratto di appalto cui è subentrata la DB Costruzioni.

6.2. Il motivo non merita favorevole apprezzamento, sicché si può prescindere dall'esaminare l'eccezione di irricevibilità degli originari motivi aggiunti, avanzata in primo grado e riproposta in appello dal Comune appellato.

La necessità dell'indizione di una nuova procedura di gara consegue alla legittimità della revoca della gara precedente, della quale si è ampiamente detto.

6.3. Qualora poi si intenda la censura dell'appellante come volta a contestare sotto diverso profilo proprio la legittimità della revoca, essa risulta infondata alla stregua delle ragioni che seguono in fatto e in diritto.

6.3.1. In fatto, rileva che:

- la procedura di gara oggetto del presente contenzioso è stata avviata, con bando n. 1473 del 15 marzo 2016, in esecuzione dell'accordo di programma del 13 aprile 2015;

- con nota del 5 aprile 2019 n. 24423, il Prefetto ha rappresentato all'amministrazione comunale la volontà, già comunicata dal Ministero dell'Interno, di non dare ulteriore corso a detto accordo;

- quindi, dopo aver richiesto ad Invitalia S.p.A. l'inserimento della proposta progettuale pervenuta dalla C.R.I. per la realizzazione di un centro polifunzionale (con le finalità pure elencate nella memoria difensiva), nel programma dei Contratti Istituzionali di Sviluppo per il Molise, con la deliberazione di C.C. 29.4.2019 n. 19 il Comune ha preso atto che, nel frattempo, la destinazione a centro di accoglienza sarebbe stata revocata dalla Prefettura di Campobasso; ha approvato la suddetta proposta della Croce Rossa e si è determinato a siglare con questa un Protocollo di Intesa per regolamentare la cessione in comodato d'uso del Villaggio e la progettata riconversione, qualora l'intervento fosse stato effettivamente finanziato.

6.3.2. Non vi è dubbio che, così determinandosi, il Comune di San Giuliano di Puglia abbia

nuovamente manifestato il proprio interesse al recupero del Villaggio temporaneo, realizzato in occasione del sisma del 2002 e poi trasferito in proprietà comunale (interesse, peraltro, emerso già in diverse occasioni precedenti la stipulazione dell'accordo di programma dell'aprile 2015, elencate nella memoria difensiva).

Tuttavia, l'interesse pubblico la cui rivalutazione rileva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, per decidere della legittimità della revoca degli atti di gara e dell'aggiudicazione alla DB Costruzioni non è, come detto, l'interesse del Comune ad assicurare e mantenere l'utilizzazione e la funzionalità del complesso immobiliare, bensì quello relativo alla destinazione a centro di accoglienza per migranti; venuto meno quest'ultimo interesse avente incidenza diretta sulla procedura di gara, ne risulta legittima la revoca (pur permanendo le altre ragioni di interesse dell'amministrazione comunale).

6.3.3. Dato ciò, non è necessario occuparsi delle questioni di contrasto tra le parti concernenti la "sovrapponibilità" o meno della proposta progettuale proveniente dalla Croce Rossa Italiana rispetto a quella posta a fondamento della procedura di gara *de qua*.

Considerate la legittimità della revoca della gara collegata all'accordo del 2015 e la diversità dei presupposti e delle finalità dell'operazione decisa con la deliberazione consiliare del 29 aprile 2019, è da escludere che il Comune potesse, o possa in futuro, procedere all'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori di adeguamento della struttura del Villaggio temporaneo senza che venga indetta una nuova gara, previo accesso a nuovi finanziamenti (che, allo stato, essendo l'intervento "Villaggio Croce Rossa Italiana" inserito nel programma C.I.S. Molise, dovranno essere erogati con decreto della Presidenza del Consiglio e demandando l'indizione e la gestione della procedura di gara Invitalia, in qualità di centrale unica di committenza).

6.4. DB Costruzioni è quindi carente di legittimazione e di interesse ad impugnare atti *inter alios* quali quelli concernenti i rapporti sopravvenuti tra il Comune di San Giuliano di Puglia e la Croce Rossa Italiana, nonché le sopravvenute determinazioni comunali.

La censura in esame va respinta.

7. La seconda parte del ricorso in appello ripropone, in primo luogo, la domanda di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo per illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Vengono quindi indicate e illustrate le seguenti voci di danno:

- a) lucro cessante, determinato nella percentuale di utile effettivo che la società avrebbe conseguito qualora l'amministrazione fosse addivenuta alla stipula del contratto di appalto;
- b) danno emergente, costituito dalle spese e dai costi sostenuti dalla società per la preparazione dell'offerta e la partecipazione alla procedura di gara e non più recuperabili;
- c) danno curriculare, costituito da una ulteriore percentuale del valore dell'appalto a titolo di

perdita di *chance* legata all'impossibilità di fare valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito;

d) danno per il mancato ammortamento di attrezzature e macchinari;

e) danno di immagine derivante dall'esposizione mediatica cui la società è stata esposta.

7.1. Con censura subordinata viene poi criticato il rigetto della domanda di risarcimento del danno del danno per responsabilità precontrattuale.

L'appellante sostiene che il Comune avrebbe tenuto una condotta ostruzionistica e, comunque, inadempiente, lesiva e discriminatoria nei confronti della società, sia perché non ha dato corso alla stipulazione del contratto dopo la sentenza del Consiglio di Stato che aveva dato ragione alla società sia perché non ha contestato "*l'illogico, irragionevole quanto illegittimo recesso dall'accordo*" che era stato stipulato con la Prefettura di Campobasso. La *culpa in contrahendo* dell'amministrazione si desumerebbe dal suo atteggiamento silente e omissivo e dalla circostanza che avrebbe mutato il proprio orientamento solo dopo un considerevole lasso di tempo, durante il quale la società ricorrente, convinta del buon esito della procedura aveva rinunciato ad altre gare.

I danni provocati dalla lesione dell'affidamento incolpevole della società, per violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte dell'amministrazione comunale, sono poi elencati in termini coincidenti con quelli di cui sopra.

7.2. Infine l'appellante, in estremo subordine, lamenta l'erronea liquidazione dell'indennizzo ex art. 21-quinquies.

In particolare, sostiene l'erroneità del mancato riconoscimento degli importi di € 48.088,16 (richiesto per conferma affidamento lavori all'impresa subappaltatrice Di Nallo Infissi) e di € 149.317,48 (richiesto per conferma affidamento lavori all'impresa subappaltatrice Techno-Impianti s.r.l.), nonché dell'importo di € 32.317,37 per spese sostenute per l'acquisto di mezzi e macchinari non ammortizzati (sulle quali la sentenza non si è nemmeno pronunciata).

8. I motivi non meritano di essere accolti.

8.1. Il primo è infondato per la ritenuta legittimità del provvedimento di revoca, che comporta l'insussistenza dell'ingiustizia del danno per lesione di interesse legittimo.

8.2. Il secondo è infondato perché, come ritenuto dal primo giudice, la condotta dell'amministrazione comunale è stata improntata a criteri di correttezza e buona fede, considerato che la posizione della ricorrente si è definitivamente consolidata soltanto in data 25 marzo 2019, a seguito della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato che ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione, e che pochi giorni dopo, in data 5 aprile 2019, la Prefettura ha comunicato al Comune il mutamento delle proprie esigenze ed il sopravvenuto disinteresse rispetto all'utilizzo del Villaggio quale centro di accoglienza; dopo

tale comunicazione (cui ha fatto seguito l'effettivo recesso della Prefettura dall'accordo col Comune), il Sindaco, in data 2 maggio 2019, ha rifiutato il subentro della ricorrente nel contratto stipulato con la C.S.E., da intendersi (così come è stata intesa dalla ricorrente sin da primo grado del giudizio) come revoca implicita.

8.2.1. Seppure è vero che il legittimo affidamento nella stipulazione del contratto risulta essere stato generato in capo alla DB Costruzioni dall'accoglimento della domanda caducatoria e di subentro nel contratto con la sentenza n. 3626/2018, il cui dispositivo è stato pubblicato il 3 maggio 2018, tuttavia il comportamento successivamente tenuto dal Comune di San Giuliano di Puglia non è lesivo di tale legittimo affidamento per violazione dei doveri di correttezza e buona fede, dal momento che:

- rispondendo alla nota inoltrata dalla società il 15 maggio 2018, il Comune, in data 25 maggio 2018, ha informato la società di aver sospeso ogni attività con la C.S.E. e di essere in attesa di conoscere le motivazioni della sentenza, anche per comprendere a pieno come muoversi rispetto al subentro nel contratto, in ragione della non sovrapponibilità delle offerte tecniche delle due imprese;

- pubblicata la motivazione della sentenza in data 13 giugno 2018, è sopraggiunto il ricorso per revocazione da parte di C.S.E. e per tutta la durata del giudizio di revocazione ogni attività inerente la gara ancora *sub iudice* (quanto ai rapporti del Comune sia con l'impresa precedente aggiudicataria che con l'impresa risultata aggiudicataria all'esito del giudizio) è rimasta sospesa, senza che si possa perciò soltanto rimproverare all'amministrazione comunale una condotta contraria ai doveri di lealtà e correttezza, considerato peraltro che, per la durata del giudizio di revocazione, anche la DB Costruzioni ha preferito mantenere una posizione attendista, limitandosi a resistere in giudizio;

- dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'inammissibilità della revocazione, n. 1970 del 25 marzo 2019, il Comune, sia pure a seguito della sollecitazione della DB Costruzioni del 1° aprile 2019, si è tempestivamente attivato, esattamente il giorno dopo (2 aprile 2019), rivolgendosi alla Prefettura di Campobasso e ottenendo la risposta del 5 aprile 2019, prot. n. 24223 della cui portata "vincolante" per le future determinazioni comunali si è già detto.

In sintesi, il comportamento del Comune, anche nell'immediatezza della sentenza n. 3626/2018 e per tutto il periodo successivo è stato improntato ai canoni della ragionevolezza e della corretta amministrazione, poiché ha ritenuto di attendere la definitività della pronuncia prima di sostituire l'impresa originaria aggiudicataria, che aveva già interamente eseguito la progettazione; né si può ascrivere a responsabilità del Comune la costituzione nel giudizio di revocazione per la difesa del proprio operato, in coerenza con la posizione assunta nel giudizio *a quo*. Peraltro, la pendenza del giudizio di revocazione ha diretta incidenza sull'affidamento riposto dalla DB Costruzioni nell'aggiudicazione della gara, evidentemente condizionata all'esito favorevole del giudizio.

8.2.2. L'insussistenza di un incontestabile affidamento incolpevole della società nella positiva prosecuzione dei rapporti con il Comune di San Giuliano di Puglia e la mancanza di una

condotta colpevolmente tenuta da quest'ultimo in oggettiva violazione dei canoni di correttezza e buona fede (elementi entrambi costitutivi della responsabilità pre-contrattuale della p.a.: cfr. Cons. Stato, Ad. plenaria, 4 maggio 2018 n. 5) comportano il rigetto del motivo d'appello e la conferma della sentenza di rigetto della domanda di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale.

8.3. Quanto infine al motivo che concerne la misura dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, va condiviso il riconoscimento, a tale titolo, da parte del giudice di primo grado, delle spese sopportate per partecipare alla gara, con conseguente esclusione di ogni ulteriore pregiudizio.

8.3.1. La motivazione del mancato riconoscimento delle penali in favore dei subappaltatori in caso di revoca – da rinvenirsi, ad avviso del primo giudice, nella mancanza della prova del pagamento delle relative somme – va integrata osservandosi che non si tratta di spese affrontate per partecipare alla gara, ma di costi corrispondenti ad impegni contrattuali assunti per dare corso alla futura esecuzione dell'appalto, ma in un momento (risultante dalle date di stipulazione dei contratti con i subappaltatori prodotti in giudizio) in cui non era affatto certo che all'aggiudicazione sarebbe seguita la stipulazione del contratto. Poiché si tratta di indennizzo commisurato al "danno emergente" e riguardante una fattispecie in cui la revoca ha inciso su rapporti negoziali precontrattuali, rileva la meritevolezza dell'affidamento maturato riguardo alla futura instaurazione del rapporto contrattuale.

Si ritiene, cioè, che non si possa riconoscere a titolo di indennizzo più di quanto spetterebbe al danneggiato a titolo di "danno emergente" per responsabilità precontrattuale (la quale peraltro consente il risarcimento del danno ulteriore da perdita di occasioni alternative favorevoli, escluso nel caso in cui la p.a. sia tenuta soltanto alla corresponsione dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990).

In tale prospettiva sono indennizzabili, a titolo appunto di "danno emergente", soltanto le conseguenze patrimoniali negative rese indispensabili o necessarie dal precedente provvedimento favorevole, nonché quelle dipendenti da scelte del destinatario fondate su un legittimo affidamento sulla stipulazione e conseguente esecuzione del contratto.

Per tali ragioni, non sono indennizzabili costi conseguenti ad impegni negoziali assunti in mancanza di quest'ultimo, come nel caso di specie per le voci qui in contestazione.

8.3.2. Non sono infine indennizzabili le spese sostenute per l'acquisto di mezzi e macchinari poiché è mancata la prova non solo del loro acquisto all'esclusivo fine di partecipare alla gara *de qua* ma anche della definitiva inutilità di tale acquisto, quindi dei mezzi e dei macchinari, una volta precluso l'affidamento dell'appalto in contestazione.

9. In conclusione, l'appello va respinto.

9.1. La complessità delle vicende oggetto di contenzioso consente la compensazione tra le parti delle spese del grado di appello.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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