

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8432 del 2013, proposto dalla società Rieco s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Marchese e Stefano Colombari, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria n. 2;

contro

Comune di Montesilvano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina De Martiis e Diego De Carolis, con domicilio eletto presso Marco Squicquero in Roma, Via Pompeo Magno, 2/B;

nei confronti di

xxx S.r.l. e xxx S.r.l., non costituite;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per l'Abruzzo – sede staccata di Pescara - Sezione I, n. 347 del 24 giugno 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Montesilvano;

Vista la memoria difensiva depositata dalla società xxx in data 14 novembre 2014;

Visto il deposito documentale effettuato dalla società xxx (in data 22 novembre 2013) e dal comune di Montesilvano (in data 7, 24 e 27 novembre 2014);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Marchese e De Carolis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale prot. n.1725 del 20 dicembre 2011 è stato aggiudicato definitivamente alla ditta xxx il servizio di igiene urbana per la raccolta differenziata di rifiuti con il sistema "porta a porta" nel comune di Montesilvano.

L'aggiudicazione è stata contestata in giudizio dall'A.t.i. capitanata dalla ditta xxx, il relativo processo si è concluso con sentenza irrevocabile di questa Sezione n. 1785 del 27 marzo 2013 (anticipata dalla

pubblicazione del dispositivo n. 6556 del 19 dicembre 2012) recante il rigetto del ricorso della su menzionata A.t.i..

Nel corso del giudizio, il ramo di azienda interessato dall'aggiudicazione è pervenuto alla società Rieco s.p.a. (cfr. atto notarile rep. n. 3715 del 4 giugno 2012).

1.1. A seguito dell'entrata in vigore del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 135 –*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini* – recante, come noto, drastiche riduzioni dei trasferimenti di provvista finanziaria dal bilancio statale a quello degli enti locali (c.d. *spending review*) – il comune di Montesilvano ha deciso di riconsiderare la convenienza e sopportabilità economica del sistema di raccolta dei rifiuti oggetto di aggiudicazione (anche alla luce del contenzioso in atto che aveva resa incerta la legittimità e l'opportunità della stipulazione del contratto); conseguentemente ha affidato al competente settore tecnico uno studio sulla fattibilità di un sistema alternativo e meno costoso di raccolta differenziata capace di <<...*riconduurre almeno la spesa all'interno di quella consolidata degli ultimi bilanci di esercizio, dando altresì mandato al Dirigente di procedere alla revoca dell'intero procedimento di gara nell'ipotesi in cui lo stesso funzionario abbia valutato la non disponibilità economico – finanziaria*>> (cfr. delibera giunta n. 183 del 23 agosto 2013).

1.2. Con nota prot. n. 56790 in data 24 settembre 2012, il comune ha inoltrato alla ditta xxx analitica comunicazione di avvio del procedimento di analisi dei costi riferiti alla gestione del servizio di igiene urbana, specificando che tale verifica avrebbe potuto condurre alla revoca dell'aggiudicazione; nella comunicazione si indicavano le fonti normative recanti i tagli di risorse agli enti locali, nonché l'esigenza di evitare l'aumento della pressione tributaria di competenza comunale in ragione della crudezza della crisi economica in atto. Giova fin da ora evidenziare che la ditta Rieco non ha fatto pervenire alcuna osservazione in proposito, essendosi limitata a sollecitare la stipulazione del contratto e a formulare generiche lagnanze.

1.3. Acquisite due dettagliate relazioni tecnico – finanziarie predisposte dai rispettivi dirigenti di settore, la giunta municipale ha elaborato le linee guida per la gestione della complessa vicenda, invitando l'organo competente a revocare tutti gli atti della gara culminata nell'aggiudicazione alla ditta xxx e ad attivare una nuova selezione per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti con il "sistema stradale" (cfr. deliberazione n. 275 del 15 novembre 2012 ed allegati); in particolare, e per quanto di interesse ai fini della presente causa, nella delibera e nell'allegata documentazione tecnica, si metteva in risalto:

- a) il costo annuale del servizio di raccolta "porta a porta" pari ad oltre 5 milioni di euro onnicomprensivi;
- b) la necessità di contenere i costi del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti entro i 4 milioni di euro l'anno corrispondenti allo stanziamento consolidato nel bilancio di esercizio degli ultimi anni;
- c) il presumibile minor costo del sistema di raccolta differenziata "stradale", nonché la mancanza della certezza del raggiungimento degli obbiettivi di raccolta differenziata al 65% utilizzando il sistema del "porta a porta";
- d) l'entità dei tagli operati dalle manovre di revisione della spesa effettuate dal Governo nel 2011 e nel 2012 (pari ad oltre un milione di euro annui);
- e) l'entità degli aumenti dei tributi comunali imposti dalle su richiamate manovre governative e l'ammontare dell'ulteriore aumento della pressione fiscale comunale per coprire i maggiori costi del sistema di raccolta differenziata "porta a porta" (pari ad oltre 700.000 euro annui).

1.4. Il Consiglio comunale, nella seduta del 29 novembre 2012 (cfr. deliberazione n. 109 in pari data - avente ad oggetto *Servizio raccolta dei rifiuti solidi urbani* – ed allegato verbale), ha verificato analiticamente le risultanze tecniche e finanziarie nonché i deliberati di giunta, comparando tutti gli interessi coinvolti nella complessa vicenda, soffermandosi, fra l'altro, sui possibili contenziosi intentabili dalla ditta xxx, sugli interessi

della popolazione stremata dalla crisi, sulla possibilità di ricorrere a più aggiornate tecnologie di raccolta e smaltimento rifiuti.

1.5. Con deliberazione consiliare n. 118 del 15 dicembre 2012 (avente ad oggetto *Approvazione regolamento per la Gestione dei Rifiuti urbani e assimilati agli urbani*):

a) è stato nella sostanza recepito l'atto di indirizzo giuntale n. 275 del 2012 cit.;

b) è stato condiviso e fatto proprio l'obiettivo di indire un nuovo bando per il servizio di igiene urbana coerente con i nuovi indirizzi in materia; conseguentemente è stato approvato un nuovo regolamento comunale (cfr. in particolare gli artt. 7 –*La raccolta dei rifiuti urbani* - e 8 –*Obblighi dei produttori di rifiuti urbani* –da cui si evince con chiarezza l'opzione del Consiglio in favore del sistema di raccolta differenziata con il "sistema stradale con uso di cassonetti dedicati").

1.6. Con determinazione dirigenziale n. 1593 del 24 dicembre 2012 - richiamate le sopra illustrate delibere giuntali (nn. 183 e 275 del 2012), consiliari (nn. 109 e 118 del 2012), le relazioni tecniche e finanziarie, il parere legale di un professionista specificamente incaricato, nonché la comunicazione di avvio del procedimento alla ditta Rieco – sono stati revocati, ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990, tutti gli atti della gara culminata nell'aggiudicazione alla ditta Ecologica Sangro; in particolare la determinazione in esame:

a) ha stimato in 4 milioni di euro annui la spesa omnicomprensiva consolidata in bilancio per la raccolta dei rifiuti e in oltre 6 milioni la spesa annuale per il servizio di raccolta "porta a porta";

b) ha illustrato i sopravvenuti motivi di interesse pubblico sottesi alla revoca ravvisandoli: nei tagli di spesa (pari a circa 1.200.000 euro annui), per effetto dei dd.ll. n. 201 del 2011 e 95 del 2012; l'incompatibilità dell'aumento di spesa per il servizio di raccolta "porta a porta" con la riduzione dei finanziamenti erariali e l'inopportunità dell'aumento della pressione fiscale comunale sui contribuenti locali.

1.7. In data 29 dicembre 2012 è stato pubblicato sulla G.U.U.E. l'avviso di pre informazione sulla nuova gara; in data 29 gennaio 2013 è stato pubblicato il nuovo bando, il disciplinare e il capitolato d'onori. Per completezza si segnala che la nuova gara è stata aggiudicata alla ditta xxx per un importo annuale di circa 3.500.000 euro.

2. Con ricorso principale ed atto di motivi aggiunti la ditta xxx:

a) ha impugnato, davanti al T.a.r. per l'Abruzzo:

I) il provvedimento di revoca degli atti di gara e le delibere giuntali e consiliari presupposte nonché la decisione di indire una nuova gara (ricorso principale);

II) il preavviso di informazione, il nuovo bando e gli atti connessi (motivi aggiunti, recanti censure per invalidità derivata – la prima - e per vizi propri - dalla seconda alla quinta -);

b) ha proposto, altresì, domanda di risarcimento del danno a titolo extracontrattuale e precontrattuale, sia in forma specifica che per equivalente monetario ovvero, in subordine, domanda di liquidazione dell'indennità prevista dall'art. 21 *quinquies*, co. 1 *bis*, l. n. 241 del 1990.

3. L'impugnata sentenza - T.a.r. per l'Abruzzo – sede staccata di Pescara - Sezione I, n. 347 del 24 giugno 2013 -:

a) ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a conoscere della presente controversia (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno, pagine 8 - 9);

b) ha esaminato e respinto tutti i motivi posti a sostegno della domanda di annullamento della procedura di revoca (pagine 9 – 15);

c) ha dichiarato inammissibili i motivi cassatori avverso la nuova gara in quanto proposti da un soggetto che dichiaratamente ha rifiutato di parteciparvi (pagina 15);

d) ha respinto la domanda di risarcimento del danno extracontrattuale derivante dalla illegittimità degli atti impugnati (pagine 16 – 17);

e) ha configurato la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, accogliendo la correlata domanda risarcitoria nei limiti dell'interesse negativo (pagine 17 – 19, tale capo di sentenza non è stato impugnato dal comune);

f) ha individuato, ai sensi dell'art. 34, co. 4, c.p.a., i criteri di liquidazione del danno e conseguentemente:

I) ha ammesso le seguenti voci: costi di progettazione, costi di pianificazione delle commesse, costi sostenuti per l'attività defensionale svolta nel giudizio concluso dalla sentenza di questa Sezione n. 1785 del 2013, spese per il personale dedicato e spese generali (determinate entrambe in misura forfettaria nel limite del 25% sul montante dei costi vivi come precedentemente liquidati);

II) ha escluso la voce relativa al danno curriculare;

III) ha individuato un criterio generale e residuale secondo cui sono ammesse a rimborso tutte le spese sostenute – per la partecipazione alla gara e in vista della stipulazione del contratto - fino alla data della revoca della gara e purché risultino i pagamenti effettivi non essendo sufficienti allo scopo le semplici fatture;

IV) ha disposto il pagamento degli interessi legali sulla sorte capitale, complessivamente determinata all'esito dell'applicazione dei su esposti criteri, dalla data di deposito della sentenza e fino a quella di effettivo soddisfo (quest'ultima statuizione non è stata gravata da specifica censura in appello);

g) ha condannato il comune al pagamento delle spese di lite (pagine 19 – 21).

4. Con ricorso ritualmente notificato (l'8 novembre 2013) e depositato (il 22 novembre 2013), la ditta xxx ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza, da un lato, confutando criticamente le argomentazioni sfavorevoli spese dal T.a.r., dall'altro, reiterando la domanda di risarcimento del danno in forma specifica e a titolo di responsabilità extra contrattuale.

5. Si è costituita l'intimata amministrazione, da un lato, deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, dall'altro, riservandosi di proporre appello incidentale (proposito cui però non ha dato seguito).

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 14 ottobre 2014.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

8. Preliminarmente il collegio rileva:

a) la tardività (e dunque l'inutilizzabilità) della produzione documentale effettuata dal comune di Montesilvano in data 24 e 27 novembre 2014 in violazione del termine perentorio dimidiato di venti giorni sancito dal combinato disposto degli artt. 73, co. 1, e 119, co. 2, c.p.a. (cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, n. 5772 del 2012; n. 5649 del 2012; n. 1058 del 2012);

b) che è inammissibile l'introduzione, per la prima volta nel giudizio di appello, di produzioni documentali e doglianze ulteriori rispetto a quelle che, proposte con atti ritualmente notificati, hanno delimitato il perimetro del *thema decidendum vel probandum* in prime cure; non si può tener conto di tali documenti e profili nuovi perché sollevati in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., ed al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2444; ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.);

c) l'inammissibilità delle prove documentali nuove – depositate dal comune di Montesilvano e dalla ditta xxx (rispettivamente in data 7 novembre e 22 novembre 2014) - e, conseguentemente, per ragioni di comodità espositiva, prende in esame direttamente i motivi impugnatori posti a base dell'originario ricorso al T.a.r. nei limiti in cui sono stati criticamente riproposti nell'atto di gravame.

9. Con il primo, il secondo, il terzo, il quarto, il quinto motivo di ricorso principale di primo grado (pagine 12 – 22), nonché con il terzo e quinto mezzo dell'atto di motivi aggiunti (rispettivamente pagine 19 – 21 e pagine 24 – 26), si lamenta l'illegittimità e l'incongruità della scelta operata dall'amministrazione - sotto il profilo del difetto di motivazione e istruttoria, del travisamento dei presupposti di fatto, della contraddittorietà e irragionevolezza della scelta, della lesione dell'affidamento, della violazione degli artt. 3 e 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990 - in relazione, fra l'altro, ai seguenti aspetti:

a) omessa percezione del contenuto della documentazione tecnica di cui si è servita l'amministrazione comunale (in particolare rapporto I.S.P.R.A. del 2012 sui rifiuti urbani e studio IEFE del 2010); omessa considerazione dello studio redatto dalla regione Lombardia nel 2010 (*Valutazione statistico economica dei modelli di gestione dei rifiuti urbani*);

b) maggiori costi del sistema della raccolta "stradale con cassonetti" e sua prevedibile inadeguatezza al raggiungimento dell'obiettivo del 65% di raccolta differenziata dei rifiuti;

c) mancata considerazione dei costi derivanti dalle penalizzazioni imposte agli enti locali che non raggiungono il livello del 65% di raccolta differenziata;

d) erronea stima dell'entità e dell'impatto dei tagli erariali e di incremento della pressione tributaria comunale;

e) erronea previsione in ordine all'incertezza sul conseguimento degli obiettivi di raccolta differenziata al 65% mediante il sistema aggiudicato alla xxx e mancata considerazione che eventuali costi aggiuntivi (anche per penali) sarebbe stati a carico di quest'ultima;

f) omessa comparazione di tutti gli interessi coinvolti e, in particolare, di quello dell'impresa aggiudicataria alla stipula del contratto.

9.1. Tutte le censure sono inammissibili e infondate e devono essere respinte nella loro globalità.

9.2. Le doglianze sono inammissibili nella parte in cui introducono congetture ovvero sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., un sindacato di merito sulle valutazioni ampiamente discrezionali, di carattere sia amministrativo che tecnico, rimesse agli organi comunali (cfr. da ultimo, nell'ambito di una pacifica giurisprudenza, sulla impossibilità per il giudice amministrativo di vagliare le ragioni di opportunità poste a base dell'esercizio del potere di autotutela, Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2447).

9.3. Le censure sono anche infondate in quanto smentite dall'accurato corredo motivazionale e istruttorio che ha accompagnato l'intero *iter* del procedimento (come illustrato al precedente punto 1); il comune ha preso in esame tutte le possibili soluzioni, ponderando i vari interessi in gioco, previa acquisizione di dati e previsioni tecnico finanziarie che, sia pure opinabili, sono da considerarsi non abnormi, *lato sensu* attendibili, e comunque commisurate alle specifiche caratteristiche ed esigenze demografiche, morfologiche e sociali dell'ente e della sua popolazione (la qual cosa esclude di per sé che si dovesse prendere in considerazione lo studio effettuato dalla regione Lombardia).

E' pacifico, infine, che le sopravvenute difficoltà finanziarie della stazione appaltante, ovvero la carenza *ab origine* di copertura finanziaria, nonché l'esigenza di conseguire risparmi di spesa (imposti per *factum principis* in ragione di una crisi economica di portata epocale), costituiscono, ai sensi del combinato disposto degli artt. 11, co. 7 e 9, d.lgs. n. 163 del 2006, e 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990, valida ragione per

disporre la revoca di un affidamento di servizi anche successivamente alla stipulazione del contratto; *a fortiori* ciò vale quando, come nel caso di specie, il contratto non è stato concluso, posto che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta (arg., da ultimo, da Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14).

10. Con il sesto motivo del ricorso principale (pagine 23 – 24), è stata lamentata la violazione dell'art. 7, l. n. 241 del 1990, perché, come stigmatizzato dalla società nella nota in data 10 ottobre 2012, la comunicazione di avvio del procedimento sarebbe stata così generica da impedire ogni possibilità di controdedurre specie in relazione all'omessa acquisizione della delibera giuntale n. 183 del 2012.

10.1. Il motivo è insuscettibile di favorevole esame atteso che:

- a) la comunicazione di avvio era sintetica ma pertinente e completa in relazione all'oggetto;
- b) non è stato esercitato l'accesso giudiziale nei confronti della delibera giuntale in questione o di altri atti;
- c) le delibere comunali sono accessibili per il tramite dell'albo pretorio *on line* (come risulta espressamente, per altro, proprio dalla annotazione in calce alla delibera n. 183);
- d) gli effetti dei tagli alla spesa pubblica erariale e locale, come conseguenza dei vincoli discendenti dal patto di stabilità interno ed esterno, integrano gli estremi del fatto notorio.

10.2. Alla reiezione di tutte le doglianze poste a base del ricorso principale di primo grado, consegue il rigetto del primo mezzo dei motivi aggiunti (pagine 16 – 17) con cui si lamenta l'invalidità derivata dei provvedimenti relativi alla seconda gara.

11. Con la seconda censura dell'atto di motivi aggiunti (pagine 17 – 19) è stata lamentata la violazione delle regole di competenza sancite dagli artt. 42 e 45, t.u. enti locali e del principio del *contrarius actus*; si sostiene che la giunta avrebbe esautorato il consiglio comunale nell'approvazione delle nuove linee guida sostitutive di quelle emanate con delibera consiliare n. 193 del 23 dicembre 2010.

11.1. Il mezzo è palesemente infondato.

11.2. Come emerso dalla precedente ricostruzione in fatto (*retro* n. 1) il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è stato preceduto dalla delibera consiliare n. 118 del 2012 che ha espressamente apprezzato la necessità di rendere conforme l'azione amministrativa dell'ente – attraverso l'emanazione di un nuovo bando per la gestione del servizio di igiene urbana caratterizzato dall'abbandono del servizio "porta a porta" – ai nuovi indirizzi ed obiettivi strategici proposti dalla giunta (nella delibera n. 275 del 2012) e recepiti dal consiglio nella medesima delibera n. 118; sul punto è sufficiente rinviare al tenore testuale delle premesse della delibera n. 118 ed al contenuto degli artt. 7 e 8 del regolamento che disciplinano, in via generale ed astratta, la raccolta differenziata dei rifiuti in coerenza con le mutate esigenze tecniche ed economico finanziarie dell'ente, superando univocamente le precedenti linee guida del 2010.

12. Il terzo, quarto e quinto mezzo dei motivi aggiunti - in parte già esaminati e disattesi - sono stati dichiarati inammissibili per carenza di interesse ad agire dall'impugnata sentenza.

Con il motivo di appello I.5. (pagine 28 – 31 dell'atto di gravame), si contesta tale statuizione sotto plurimi profili.

12.1. Il motivo è palesemente infondato alla luce dei principi elaborati sul punto dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2014 cui è sufficiente rinviare (a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.): invero, una volta assodata la legittimità sia della revoca della precedente gara che dell'indizione della nuova (per tutte le ragioni sopra illustrate), la ditta Rieco, che non ha partecipato alla nuova selezione e l'ha impugnata al dichiarato scopo di difendere l'asserito diritto alla stipula del contratto

(pagine 15 – 16 dell’atto di motivi aggiunti), è priva della legittimazione a ricorrere avverso il contenuto di singole clausole della nuova legge di gara.

13. La reiezione di tutti i motivi impugnatori determina il rigetto della domanda di risarcimento del danno da procedimento e provvedimento illegittimo proposta ai sensi dell’art. 2043 c.c.

13.1. La mancata impugnazione del capo di sentenza che ha assodato la responsabilità precontrattuale del comune e lo ha condannato al risarcimento del relativo danno (con esclusione implicita della domanda di pagamento dell’indennizzo ai sensi dell’art. 21 *quinquies*, l. n. 214 del 1990), determina il rigetto dei mezzi di appello con cui si reiterano, per altro in modo confuso, tali istanze (pagine 31 – 37 dell’atto di gravame).

14. Residua l’esame dei motivi di appello con cui si contesta la liquidazione, da parte dell’impugnata sentenza, del danno da responsabilità precontrattuale o meglio dei criteri divisati per tale liquidazione ai sensi dell’art. 34, co. 4, c.p.a. (pagine 31 – 37 dell’atto di gravame).

14.1. Osserva il collegio, in linea generale e sulla scorta di consolidati principi (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674; Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790; Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633; Sez. V, 26 ottobre 2009, n. 6529, Sez. V, 7 gennaio 2009, n. 7; Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6), che:

a) il danno precontrattuale è riconducibile al solo interesse negativo, include il danno emergente (per le spese sostenute per la partecipazione alla gara e in previsione della conclusione del contratto) e il lucro cessante (dovuto alla perdita di ulteriori occasioni contrattuali, vanificate a causa dell’impegno derivante dall’aggiudicazione non sfociata nella stipulazione);

b) non rientra nel prisma del danno precontrattuale l’interesse positivo, sub specie di utile di impresa, ossia i vantaggi economici che sarebbero derivati dall’esecuzione del contratto non venuto ad esistenza;

c) non è altresì risarcibile il danno c.d. curriculare (ovvero il pregiudizio subito dall’impresa a causa del mancato arricchimento del *curriculum* professionale per non poter indicare in esso l’avvenuta esecuzione dell’appalto), trattandosi di danno-evento ex art. 1223 c.c., conseguente alla mancata aggiudicazione e stipulazione del contratto, dunque incompatibile con la struttura della responsabilità precontrattuale; invero, la responsabilità precontrattuale della p.a. non è responsabilità da provvedimento, ma da comportamento, e presuppone la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative, in quanto l’art. 1337 c.c. pone in capo alla p.a. obblighi analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative; in tal caso, spetta il solo interesse negativo non essendosi verificata la lesione del contratto; pertanto, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nella perdita derivata dall’aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni conseguenti alle altre occasioni contrattuali perdute; il c.d. danno curriculare, ontologicamente non diverso da quello legato al mancato perseguimento dell’interesse positivo, non è pertanto risarcibile, derivando dalla mancata esecuzione dell’appalto e non dall’inutilità della trattativa.

Sulla scorta di tali argomenti, non possono seguirsi le contrarie indicazioni di una parte della giurisprudenza di questo Consiglio che ha ricompreso il danno curriculare in quello liquidabile a titolo di responsabilità precontrattuale senza però fornire alcuna motivazione sul punto neppure *ob relationem* (cfr. Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1323), ovvero facendo leva sulla circostanza che la mancata stipula del contratto sia intervenuta non in un generico momento della trattativa ma dopo l’adozione del provvedimento di aggiudicazione (cfr. Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; 7 febbraio 2012, n. 662); appare incoerente, specie alla luce delle precisazioni fornite sul punto dalla menzionata Adunanza plenaria n. 14 del 2014, ancorare il presupposto del riconoscimento del danno curriculare non alla sua indole oggettiva ma in funzione del momento in cui si arrestano le trattative, posto che la linea di discriminazione corre fra danni derivanti dalla mancata esecuzione di un contratto concluso (interesse positivo) e danni derivanti dalla interruzione di una trattativa che comprende anche la fase della aggiudicazione definitiva (interesse negativo);

d) sebbene la dimostrazione del danno derivante dalla mancata aggiudicazione di altri appalti sia più difficoltosa rispetto a quella delle spese vive, l'impresa deve provare, anche in via presuntiva, ma sulla base di allegazioni di fatto certe e precise, di non aver potuto impiegare altrimenti le maestranze e i mezzi che aveva impegnato per l'esecuzione del contratto non concluso e quindi il nesso di causalità fra condotta lesiva e ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto.

14.2. Facendo applicazione dei su esposti principi alle richieste avanzate dalla società Rieco (anche qui in modo confuso), ne emerge l'infondatezza:

a) in relazione alla liquidazione del mancato utile e del danno curriculare (identificato con il costo dell'avvalimento pari al 2% dell'appalto ovvero euro 650.000), perché si tratta di poste afferenti all'interesse positivo e non a quello negativo;

b) in relazione alla liquidazione di euro 16.767,42, a titolo di spese per l'impiego di personale, perché non è configurabile l'interesse concreto alla domanda; invero, dall'applicazione del criterio forfettario utilizzato dal T.a.r. (25% sulla sorte capitale liquidata per le spese defensionali, di progettazione e di programmazione delle commesse), l'impresa ritrae certamente un maggior ristoro in termini economici (attesa l'entità degli importi di tali voci come dichiarati dall'impresa ricorrente e non contestati dal comune);

c) in relazione ai costi per il contratto di avvalimento (pari a 650.000 euro come danti ricordato), perché non vi è prova dell'intervenuto pagamento e perché si tratta di costi legati all'esecuzione del contratto (dunque ad un interesse positivo);

d) in relazione alla irragionevolezza del criterio che limita i rimborsi ai soli costi sostenuti e pagati fino alla data del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, perché se è vero che, in astratto, tale criterio non appare condivisibile - ma al contrario illogico stante la necessità che il discrimine corra fra costi collegati e costi non collegati alla partecipazione e non in base al momento in cui il costo viene sopportato dal concorrente - è anche vero che non è stata fornita la prova, nel corso del giudizio di primo grado, dell'avvenuto pagamento di costi di tale natura (né sono stati indicati pagamenti di tal specie nell'atto di appello).

15. In conclusione l'appello deve essere respinto.

16. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza anche ai sensi dell'art. 26, co. 1, c.p.a., sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello;

b) condanna la società xxx s.p.a. al pagamento delle spese di lite, che liquida in euro 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali), in favore del comune di Montesilvano.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore



Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2014

IL SEGRETARIO

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