

Publicato il 13/07/2020

N. 04514/2020REG.PROV.COLL.
N. 08272/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 8272 del 2019, proposto da

Co.Re.Fra. Soc.Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

Comune di Casalnuovo di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Luisa Errichiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Campania, non costituita in giudizio.

*per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale
per la Campania n. 3224/2019, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Casalnuovo di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 11 giugno 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, come da verbale, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha accolto solo in parte il ricorso proposto dalla società Co.Re.Fra. soc. coop. a r.l. contro il Comune di Casalnuovo di Napoli per l'annullamento della determinazione del Capo Settore V Patrimonio e Manutenzione n. 158 del 6 settembre 2018, recante "annullamento d'ufficio" degli atti della procedura di gara relativi alla realizzazione dei lavori di riqualificazione energetica del complesso I Circolo didattico "Antonio De Curtis" Corso Umberto I – CIG 5792020E18, nonché per l'accertamento dell'obbligo del Comune di Casalnuovo di Napoli di procedere alla sottoscrizione del contratto d'appalto per l'affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e dell'esecuzione degli impianti di *efficientamento* energetico del complesso scolastico o, in via gradata, per il riconoscimento del risarcimento dei danni per equivalente in favore

della ricorrente per effetto dell'annullamento d'ufficio della procedura gara e della aggiudicazione definitiva, sia quale danno emergente che quale lucro cessante; nonché, in via ulteriormente gradata, del danno da responsabilità precontrattuale.

1.1. I fatti sono ricostruiti in sentenza come segue:

<<La ricorrente partecipava alla gara classificandosi al primo posto della graduatoria e veniva, pertanto, invitata con nota (prot. n. 9966) del 23 marzo 2015 a trasmettere la documentazione necessaria alla stipula del contratto, tra cui alcune autodichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti, e a versare la cauzione definitiva. Con decreto del 3 settembre 2015 (prot. n. 28769) il Provveditorato, espletati i controlli previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 allora vigente, aggiudicava definitivamente l'appalto alla ricorrente per un importo complessivo di euro 886.496,86 al netto del ribasso percentuale del 5%, chiedendo di trasmettere:

1) la ricevuta di versamento di euro 2.889,34; 2) la polizza assicurativa (RCT) di euro 4.500.000,00; 3) polizza CAR pari ad euro 841.875,74; 4) piano di sicurezza; 5) integrazione alla polizza definitiva di un importo di euro 26.178,85; 6) ricevuta di versamento di euro 2.585,41 corrispondenti alle spese sostenute dal Comune per la pubblicità della gara ai sensi della legge 221/2012. L'impresa trasmetteva la documentazione con l'eccezione delle polizze, con riferimento alle quali chiedeva all'ente comunale alcuni chiarimenti con nota datata 25 settembre 2015, precisando in particolare di avere già stipulato la polizza RCT con un massimale di euro 2.500.000 (contro i 4.500.000 richiesti dall'Amministrazione comunale) che l'impresa reputava sufficiente in relazione all'importo dell'appalto e la polizza CAR di cui il Comune aveva chiesto un importo minore di quello stimato dall'impresa secondo cui doveva essere pari all'importo della gara.

Con nota dell'8 ottobre 2015 (trasmessa il 12 ottobre via PEC) sollecitava una risposta dell'Amministrazione comunale sui chiarimenti relativi alle polizze.

Con nota del 16 settembre 2016 (trasmessa via PEC il successivo 19 settembre), la Co.Re.Fra, per il tramite del proprio legale, diffidava il Comune a fornire entro 15 giorni i chiarimenti richiesti con la nota dell'anno precedente, tenuto anche conto che la compagnia assicuratrice chiedeva il pagamento delle rate relative alle polizze già in essere.

Nel perdurante silenzio dell'Amministrazione, il legale della ricorrente inviava a mezzo PEC, in data 17.02.17, una diffida al Comune, rappresentando, in particolare, di aver provveduto a tutti gli adempimenti di legge e quanto alla misura delle polizze su cui erano stati richiesti chiarimenti, l'impresa affermava che le stesse erano corrispondenti a quanto richiesto dalla normativa vigente.

Non ricevendo riscontro, la Co.Re.Fra impugnava il silenzio del Comune innanzi a questo Tribunale (R.G. 2165/17), chiedendo la declaratoria dell'obbligo del Comune di stipulare il contratto; il Comune di Casalnuovo di Napoli si costituiva in giudizio depositando la nota (prot. 38408) del 6 ottobre 17 con cui il Capo Settore Gare e Contratti evidenziava che "al momento non risultano le provviste necessarie all'esecuzione dell'opera" e "non di meno permane l'interesse alla realizzazione degli interventi oggetto dell'appalto, per cui si sta provvedendo ad attivare le specifiche procedure di finanziamento". Con sentenza n. 5905/2017 questo Tribunale condannava il Comune a provvedere con un provvedimento espresso in merito alla stipula del contratto di appalto "restando, ovviamente, salva ogni eventuale determinazione in autotutela circa il disposto affidamento". Nella perdurante inerzia dell'Amministrazione, l'impresa chiedeva la nomina di un commissario ad acta ma prima che questa intervenisse il Comune di Casalnuovo comunicava con nota del 16 aprile 2018 l'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio di tutta la gara, rilevando preliminarmente che l'intervento oggetto di appalto era stato programmato in

“overbooking” ovvero in eccesso rispetto alla dotazione finanziaria dell’Asse 3 – Energia in cui esso era ricompreso e che la Regione Campania non aveva adottato alcun decreto di copertura finanziaria, sicché dovendo adempiere all’obbligo di provvedere all’Amministrazione non restava che annullare l’intera procedura di gara.

Con nota del 7 agosto 2018, in replica alla comunicazione di avvio del procedimento di revoca della gara, l’impresa rilevava che erano state indette ed espletate contemporaneamente sia la gara oggetto di causa sia quella relativa ai lavori di riqualificazione energetica di immobili comunali che veniva aggiudicata e i cui lavori erano pure realizzati, per cui secondo parte ricorrente la mancata copertura finanziaria doveva imputarsi ad una “gravissima negligenza” del Comune intimato che avrebbe “omesso i necessari e tempestivi adempimenti di propria competenza per l’erogazione dei finanziamenti regionali”.

Il Comune di Casalnuovo riteneva, tuttavia, le deduzioni inidonee a modificare la determinazione di intervenire in autotutela e l’Amministrazione rappresentava anche la sopravvenienza di un preminente interesse pubblico “all’esecuzione di opere che garantiscono la messa in sicurezza delle strutture scolastiche e quindi della platea scolastica”, laddove l’intervento per l’efficientamento energetico “andrebbe ad interferire con gli interventi strutturali futuri, creando inutile dispendio di risorse pubbliche”, sicché, con la nota (prot. 36696) del 7 settembre 2018, il Comune di Casalnuovo revocava definitivamente la gara.>>.

1.2. Il Tribunale amministrativo regionale -esposti i motivi di ricorso e le domande risarcitorie della ricorrente e dato atto delle difese del Comune di Casalnuovo- ha deciso secondo quanto appresso:

- ha qualificato il provvedimento gravato come revoca, e non come annullamento d’ufficio, avendo il relativo atto di indirizzo evidenziato *“la carenza di risorse finanziarie e la scelta dell’Amministrazione di ristrutturare il plesso scolastico A. De Curtis, in tal modo compiendo una*

rivalutazione dell'interesse pubblico originario e adducendo la sopravvenienza di un prevalente interesse, facendo così assumere al gravato provvedimento i tratti tipici della revoca per come descritti dall'art. 21-quinquies della l. n. 241/1990" (secondo quanto si legge in sentenza);

- ha ritenuto applicabile tale ultima disposizione anche dopo l'aggiudicazione definitiva, senza che potesse rilevare il mancato rispetto del termine di 18 mesi fissato per l'annullamento d'ufficio;

- ha reputato che il provvedimento impugnato fosse da qualificare come *"atto plurimotivato, in quanto, a prescindere dall'omesso contraddittorio sul punto relativo al sopravvenuto interesse alla messa in sicurezza dell'edificio scolastico, il provvedimento conclusivo del procedimento di autotutela risulta espressamente fondato sia sulla carenza di risorse sia sulla necessità dei predetti interventi sull'edificio"* con la conseguenza -quanto al vizio di difetto di contraddittorio procedimentale dedotto dalla ricorrente- che *"la mancata instaurazione del contraddittorio sulla necessità di interventi di messa in sicurezza dell'edificio scolastico, a prescindere dall'effettiva efficacia del contributo che avrebbe potuto offrire la ricorrente nei sensi di cui all'art. 21-octies della l. n. 241/1990, non potrebbe comunque provocare l'annullamento del gravato provvedimento di revoca, dovendosi ritenere che la dichiarata carenza di risorse finanziarie da destinare all'intervento di efficientamento energetico costituisca ragione di per sé stessa sufficiente a sorreggere il ritiro"*;

- ha escluso che fosse comprovato in giudizio che la perdita del finanziamento regionale fosse stata causata dalla colpevole inerzia dell'amministrazione, come sostenuto da parte ricorrente, così come che, all'opposto, fosse stata causata dal comportamento della ricorrente, come sostenuto dal Comune;

- ha perciò concluso che il provvedimento impugnato risultava immune dai vizi denunciati sicché ha respinto sia la domanda

caducatoria che la domanda di risarcimento del danno per equivalente;

- ha invece accolto la domanda subordinata di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale per la dedotta violazione del canone di buona fede nelle trattative che precedono il contratto di cui all'art. 1337 c.c. e, per l'effetto, ha fissato il termine di giorni 90 a decorrere dalla comunicazione/notificazione della sentenza affinché l'amministrazione proponesse, ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm., un "*congruo indennizzo*";

- quest'ultimo, quanto al danno emergente, è stato commisurato alle spese di seguito indicate: "*costi di partecipazione alla gara, spese di progettazione, spese di pianificazione dell'offerta, costi delle polizze fideiussorie e assicurative stipulate, importi corrisposti per contratti di avvalimento e ulteriori versamenti effettuati dall'aggiudicataria in esecuzione della disciplina di gara*", con esclusione delle "*spese relative all'acquisto dell'autocarro e dei ponteggi, come richiesto dalla ricorrente, poiché tali beni potevano e possono essere utilizzati per altri appalti non presupponendo un impiego esclusivo in quello oggetto di causa, senza considerare che essi hanno un valore intrinseco che consentirebbe alla società di recuperarne almeno in parte il costo qualora venduti*";

- quanto al lucro cessante, è stato commisurato alla perdita di altre occasioni di guadagno, specificamente alla perdita di un contratto richiesto da un condominio per il rifacimento della facciata condominiale, da contenersi nei limiti dell'utile che avrebbe conseguito la ricorrente;

- sono stati inoltre riconosciuti la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sulle somme da determinarsi come sopra, nonché il rimborso delle spese legali a carico del Comune di Casalnuovo di Napoli.

2. La società Co.Re.Fra. soc. coop. a r.l. ha avanzato appello, con due motivi, gravando la sentenza limitatamente al rigetto delle domande di annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e di risarcimento del danno per equivalente ex art. 2043 cod. civ..

2.1. Il Comune di Casalnuovo di Napoli si è costituito per resistere all'appello.

2.2. L'appellante ha depositato memoria conclusiva ex art. 73 Cod. proc. amm. e l'appellato memoria di replica.

Il Comune di Casalnuovo di Napoli ha depositato anche note di udienza.

In data 11 giugno 2020 la causa è passata in decisione, ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ed è stata deliberata in camera di consiglio ai sensi del comma 6 della stessa disposizione.

3. Col primo motivo (*error in iudicando-violazione e falsa applicazione l. 241/90 – eccesso di potere – sviamento – contraddittorietà – illogicità – erroneità della motivazione – ingiustizia manifesta – violazione art. 11 d.lgs 163/06*), l'appellante sostiene che il motivo del provvedimento di revoca basato sul “*sopravvenuto, diverso e preminente interesse pubblico*” all'esecuzione preventiva di opere di messa in sicurezza (in luogo di quelle di *efficientamento* energetico oggetto dell'appalto) sarebbe frutto di un “ripensamento” del Comune, avvenuto con colpevole ritardo e ascrivibile a colpevole negligenza progettuale, perché un'amministrazione diligente avrebbe dovuto preventivamente valutare se la scuola A. De Curtis necessitasse di lavori di messa in sicurezza e, in caso affermativo, non avviare la procedura di gara

relativa ai lavori di *efficientamento* energetico, in quanto l'esigenza di interventi strutturali sarebbe stata esistente già all'epoca di indizione della gara. Ad avviso dell'appellante l'illegittimità del provvedimento troverebbe riscontro nella circostanza che la scelta di privilegiare i lavori di messa in sicurezza si è avuta soltanto con la delibera di G.C. n. 97 del 28 giugno 2018, recante approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica dei lavori di adeguamento sismico e messa a norma della struttura scolastica, adottata addirittura dopo l'avvio del procedimento di autotutela di cui alla nota del 16 aprile 2018: ciò, che dimostrerebbe lo sviamento di potere, consistito nell'adozione di atti che, sotto le mentite spoglie del perseguimento del pubblico interesse, sarebbero stati finalizzati soltanto a vanificare le legittime aspettative dell'appellante. Per di più, i lavori di *efficientamento* energetico, pur indicati come non necessari, sono stati inseriti nel programma triennale delle OO.PP. 2018/2021, così ribadendone invece la necessità, addirittura mediante inclusione del progetto esecutivo riferito proprio alla scuola De Curtis (tanto da indurre a ritenere che il Comune si sarebbe appropriato dell'attività progettuale della ricorrente).

3.1. Col secondo motivo (*error in iudicando-violazione e falsa applicazione l. 241/90 – eccesso di potere - sviamento –ingiustizia manifesta – carenza di motivazione*), l'appellante sostiene che l'altra motivazione posta a fondamento della revoca, vale a dire la mancata erogazione del finanziamento regionale, sarebbe ascrivibile esclusivamente a grave negligenza del Comune, date le seguenti circostanze:

- il progetto di cui alla gara *de qua* fu ammesso a finanziamento dalla Regione Campania con il D.D. n. 271 del 17.4.14 (obiettivo

Operativo 3.3), integrativo del D.D. n. 215 del 26.3.14 (obiettivo Operativo 3.1);

- in virtù di tali decreti regionali, furono indette ed espletate contemporaneamente la gara per cui è processo e quella relativa ai lavori di “*Riqualificazione energetica di immobili comunali - Locale Cimitero*” CIG 5813461BC5; entrambe, con la previsione di copertura finanziaria;

- la gara relativa al locale cimitero è stata aggiudicata, con consequenziale stipula del contratto ed i lavori sono stati eseguiti; al contrario, per la gara aggiudicata alla ricorrente, il Comune avrebbe omesso ingiustificatamente la consegna dei lavori e la stipula del contratto, adducendo quale argomentazione giustificativa la mancata copertura finanziaria da parte della Regione, mai palesata nella copiosa corrispondenza intercorsa tra le parti (cfr. missive del 25.9.15, dell’8.10.15, del 16.9.16, del 17.2.17), nonché smentita *per tabulas*;

- la Regione Campania, oltre ad aver sollecitato il Comune con la nota prot. 19151 del 2.12.14, aveva previsto (con la delibera di G.R. n. 215 del 18.5.16 ed i DD.DD. n. 43 dell’1.6.16 e n.63 del 15.6.16) la possibilità di copertura finanziaria per i progetti inclusi nel POR FESR 2007/2013 e non conclusi entro il 31.12.15; in particolare, il DD 43/16 prevedeva espressamente la possibilità di completare interventi non ultimati entro il 31.12.15 e relativi proprio agli Obiettivi Operativi 3.1 e 3.3, ed il Comune di Casalnuovo di Napoli compariva in tale elenco con altri progetti di opere pubbliche; a conferma del fatto che il medesimo Comune avrebbe potuto (e dovuto) fare altrettanto per i lavori appaltati alla ricorrente.

La sentenza di primo grado –laddove ha ritenuto la carenza di prova sul nesso di causalità tra la condotta del Comune e la perdita del finanziamento- sarebbe errata sia per aver svalutato la nota della Regione Campania del 2014 (perché precedente l'aggiudicazione) sia per non aver tenuto conto delle successive determinazioni regionali né adeguatamente considerato il comportamento inerte del Comune per non aver ottemperato agli adempimenti richiesti entro il 31 dicembre 2015, nonché il comportamento successivo dell'ente locale, anche in ambito processuale.

3.3. Dalle argomentazioni che precedono l'appellante fa conseguire la deduzione della *“manifesta illegittimità della revoca, con il conseguenziale diritto dell'appellante a vedersi riconosciuto il risarcimento del danno per equivalente”*.

Riguardo alla domanda risarcitoria aggiunge che sarebbe *“acclarata la responsabilità del Comune di Casalnuovo di Napoli nella determinazione della perdita del finanziamento regionale, imputabile a gravi negligenze verificatesi nella tempistica antecedente e successiva all'aggiudicazione definitiva nonché alla mancata vigilanza affinché tali risorse finanziarie non andassero perdute”*; responsabilità *aggravata* dal tempo trascorso, dall'illegittimo silenzio protrattosi per due anni, dal legittimo affidamento dell'appellante in attesa di essere convocata per la stipula del contratto e ripetutamente adoperatasi per sollecitare l'amministrazione, fino ad arrivare ad agire avverso il silenzio. Da tale *“acclarata illegittimità degli atti impugnati”* discenderebbe, ad avviso dell'appellante, la responsabilità del Comune ex art. 2043 cod. civ.

4. I motivi, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione, non sono fondati.

Occorre preliminarmente chiarire che -essendo rimasta incontestata la qualificazione dell'atto impugnato come di revoca ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, per mancata impugnazione del relativo capo di sentenza- ai fini della decisione sul gravame vanno tenute distinte due questioni, invece in parte sovrapposte nelle difese di parte ricorrente:

- 1) la questione attinente alla legittimità della revoca degli atti della procedura di gara, compresa l'aggiudicazione già disposta in favore della ricorrente; soltanto in caso di ritenuta illegittimità degli atti impugnati, infatti, si potrebbe dibattere della responsabilità del Comune c.d. da provvedimento illegittimo, tradizionalmente ricondotta alla fattispecie dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 cod. civ. per lesione di interesse legittimo;

- 2) la questione attinente alla condotta, asseritamente negligente e comunque colpevolmente inerte, del Comune che, ad avviso della ricorrente, avrebbe avuto un'efficacia causale determinante della perdita del finanziamento regionale e dovrebbe perciò essere parimenti ascritta alla fattispecie dell'illecito aquiliano, sia pure -come sembra di potersi desumere dagli scritti di parte- per una *causa petendi* (ulteriore e) diversa da quella dell'illegittimità della revoca.

4.1. La prima questione è trattata in prevalenza nel primo motivo di appello, col quale l'appellante contesta all'ente comunale lo sviamento di potere in cui sarebbe incorso nel motivare il provvedimento di autotutela col riferimento al sopravvenuto, diverso e preminente interesse pubblico all'esecuzione preventiva di opere di messa in sicurezza.

Il motivo è infondato.

4.1.1. Gli atti processuali forniscono valido riscontro alla ricostruzione della vicenda amministrativa effettuata dal Comune appellato; e segnatamente, per quanto rileva ai fini dell'azione di annullamento:

- l'origine del procedimento va individuata nella determina a contrarre n. 140 del 24 giugno 2014 (Fol. 3 della produzione di primo grado del resistente), adottata dall'ente locale in conseguenza del decreto dirigenziale A.G.C. 12 Regione Campania, n. 332 del 29 agosto 2013, avente ad oggetto “*Approvazione programma ‘Energia efficiente-piano per promuovere e sostenere l’efficienza energetica della Regione Campania’. Approvazione Avvisi Pubblici per Comuni*”, col quale la Regione aveva programmato in *overbooking* rispetto alla (allora attuale) dotazione finanziaria dell’Asse 3 – Energia, una serie di interventi in ordine all’*efficientamento* energetico degli edifici pubblici, per i quali erano approvati dalla stessa Regione relativi bandi di gara;
- il Comune di Casalnuovo partecipava a tali bandi, presentando appositi progetti che venivano approvati dalla Regione e ammessi a finanziamento, rispettivamente giusta decreto dirigenziale n. 215 del 26 marzo 2014, a valere sull’obiettivo operativo 3.1, e giusta decreto dirigenziale n. 271 del 17 aprile 2014, a valere sull’obiettivo operativo 3.3 (relativo ai lavori da eseguire sul plesso della Scuola De Curtis sito al Corso Umberto I);
- quindi, era indetta ed espletata la gara avente ad oggetto lavori di riqualificazione energetica degli immobili comunali: Complesso I Circolo Didattico – Scuola “A. De Curtis”, Corso Umberto I, con aggiudicazione alla società attuale appellante, giusta decreti n. 8574 dell’11 marzo 2015 e n. 28769 del 3 settembre 2015;

- tuttavia non risulta che al D.D. della Regione Campania n. 271/2014 sia seguito alcun decreto di copertura finanziaria;
- ed infatti, instaurato da parte dell'aggiudicataria il ricorso contro il silenzio, nelle more della definizione del giudizio, in riscontro alla nota prot. n. 6598/2017 della società, il Settore Gare e Contratti del Comune con nota prot. n. 38408 del 6 ottobre 2017, all'esito dell'istruttoria svolta, comunicava che *“al momento non risultano le provviste necessarie all'esecuzione dell'opera”*;
- sopravveniva la sentenza n. 5905 del 14 dicembre 2017, con la quale il Tribunale amministrativo regionale, pur dichiarando l'obbligo dell'Ente di pronunciarsi in maniera espressa e definitiva sulla sottoscrizione del contratto aggiudicato alla ricorrente, riconosceva comunque alla P.A. resistente la facoltà di esercizio dei poteri di autotutela, così statuendo: *“Il conseguente ordine di provvedere nei confronti dell'amministrazione resistente deve intendersi, in ogni caso, riferito all'obbligo di provvedere in maniera espressa e definitiva in merito alla stipula del contratto di appalto avente per oggetto la progettazione esecutiva, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e la realizzazione degli impianti di efficientamento energetico del complesso scolastico “Antonio de Curtis”, restando, ovviamente, salva ogni eventuale determinazione in autotutela circa il disposto affidamento”*.
- permanendo la mancanza delle necessarie provviste, in data 16 aprile 2018 era notificata alla società la comunicazione del Settore V Patrimonio e Manutenzione del Comune, prot. n. 15890/2018, di avvio del procedimento finalizzato all'*annullamento d'ufficio*, in via d'autotutela, degli atti della procedura di gara (Fol. n. 5 della produzione di primo grado);

- nelle more della conclusione del procedimento di “annullamento d’ufficio” (*rectius*, di revoca degli atti di gara e dell’aggiudicazione), la struttura di Corso Umberto I, oggetto dei lavori per cui è causa, era candidata per l’inclusione nel “*Piano triennale di edilizia scolastica*” (PTES) della Regione Campania, avviato con decreto dirigenziale regionale n. 620 del 4 giugno 2018, col quale era approvato l’avviso per la “*Formazione del Piano triennale di edilizia scolastica, della Regione Campania 2018-2020 e per la formazione di una graduatoria per la concessione di contributi straordinari per la messa a norma antincendio*”;
- l’avviso regionale prevedeva, all’art. 6, comma 3, quale scadenza per le candidature, la presentazione delle istanze degli enti pubblici entro le ore 13.00 del giorno 5 luglio 2018;
- per l’accesso al piano regionale, grazie al quale gli enti locali avrebbero potuto beneficiare dei finanziamenti per le strutture scolastiche, il Comune di Casalnuovo di Napoli approvava, con altrettante delibere dieci progetti di fattibilità, tra cui quello relativo al I Circolo didattico De Curtis, approvato con delibera di G.C. n. 98 del 28 giugno 2018 (recante *approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economico dei lavori di adeguamento sismico e messa a norma della struttura scolastica*);
- successivamente, con determinazione n. 158 del 6 settembre 2018, era concluso il procedimento per l’annullamento d’ufficio, in via d’autotutela, degli atti della procedura di gara (Fol. n. 6 della produzione di primo grado).

La piana considerazione della successione cronologica degli eventi principali della vicenda amministrativa smentisce l’assunto dell’appellante circa lo sviamento di potere ai suoi danni, in quanto la

determinazione di sostituire l'intervento originariamente programmato con l'intervento strutturale sullo stesso edificio scolastico è effettivamente sopravvenuta alla determinazione di procedere al ritiro d'ufficio degli atti di gara, ma per fatto riconducibile alla Regione Campania, cioè per la sopravvenuta pubblicazione dell'avviso regionale del giugno 2018. In sintesi, non si tratta di una determinazione che, all'opposto di quanto sostiene l'appellante, il Comune avrebbe potuto adottare prima, addirittura prima di determinarsi a contrarre per l'affidamento dei lavori di *efficientamento* energetico dell'edificio (a far data perciò dal 2013). Anzi, all'epoca, la Regione aveva manifestato la ben diversa intenzione di finanziare proprio gli interventi di *efficientamento* energetico col decreto dirigenziale A.G.C. 12 Regione Campania, n. 332 del 29 agosto 2013, ma, dopo cinque anni, col decreto dirigenziale n. 620 del 4 giugno 2018, l'interesse pubblico è stato rivalutato quanto alle priorità da seguire negli interventi di edilizia scolastica. Tanto è vero che l'avviso pubblico regionale approvato con il decreto del 2018, dispone all'art. 4, co V, che *“sono ammessi tutti gli altri interventi, sostanzialmente riconducibili alla tipologia dell'efficientamento energetico e a quella del miglioramento dell'attrattività delle scuole, diversi da quelli di cui al punto 2, purché l'edificio scolastico sia agibile e sia in adeguate e accertate condizioni di sicurezza strutturale e sismica”* (Fol. n. 14 della produzione di primo grado), così venendosi a privilegiare gli interventi atti a garantire in via prioritaria l'adeguatezza strutturale e sismica degli edifici scolastici.

Non vi è stato pertanto alcun “ripensamento” illegittimo del Comune in merito all'interesse pubblico originario e/o alla sua sostituzione con quello sopravvenuto.

4.1.2. Né si riscontra, nella condotta del Comune, la contraddittorietà lamentata dall'appellante in ragione del fatto che l'intervento di *efficientamento* energetico dello stesso edificio, dopo essere stato annullato, è stato poi inserito nel piano delle OO.PP. del Comune 2018/2020.

In disparte il sospetto manifestato dalla società circa l'appropriazione da parte del Comune del progetto esecutivo della Co.Re. Fra per l'inserimento nel piano delle OO.PP. (questione non rilevante a fini di causa ed, in fatto, superata dallo stralcio preannunciato dagli uffici comunali con la relazione istruttoria di cui al fol. 9 della produzione in primo grado), va sottolineato che -così come obietta la difesa comunale- il ritiro degli atti di gara non è stato giustificato con una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario nel senso di ritenere non più necessario l'*efficientamento* energetico, bensì con il mutamento della situazione di fatto, determinato sia dalla mancanza di risorse per finanziare i lavori oggetto dell'affidamento sia -nei termini sopra detti- dall'avvio da parte della Regione del Piano triennale dell'edilizia scolastica.

Quest'ultimo motivo di ritiro degli atti di gara si è venuto ad aggiungere all'altro -già comunicato- motivo di revoca, consistente nel mancato finanziamento dei lavori appaltati.

4.1.3. Confutata così, *per tabulas*, la successione degli eventi rilevanti sostenuta dall'appellante, va confermata la principale *ratio decidendi* della sentenza appellata, secondo cui “*la mancata instaurazione del contraddittorio sulla necessità di interventi di messa in sicurezza dell'edificio scolastico, [...], non potrebbe comunque provocare l'annullamento del gravato provvedimento revoca, dovendosi ritenere che la dichiarata carenza di risorse*

finanziarie da destinare all'intervento di efficientamento energetico costituisca ragione di per sé stessa sufficiente a sorreggere il ritiro'.

Va perciò ribadita la legittimità della revoca, alla stregua del richiamato paradigma normativo dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, nonché della giurisprudenza consolidata di questo Consiglio, secondo cui *“le sopravvenute difficoltà finanziarie possono legittimamente fondare provvedimenti di ritiro in autotutela di procedure di gara, benché queste siano giunte all'aggiudicazione definitiva (in questo senso, da ultimo, Sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6406, in precedenza: Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400), e fino a che il contratto non sia stato stipulato (Ad. plen. 20 giugno 2014, n. 14). La perdita della copertura finanziaria rappresenta infatti una circostanza che legittimamente può indurre l'amministrazione a rivalutare i motivi di interesse pubblico sottesi all'affidamento di un contratto e dunque riconducibile alla principale ipotesi di revoca di provvedimenti amministrativi”* (Cons. Stato, V, 21 aprile 2015, n. 2013, nonché, tra le altre, Cons. Stato, V, 6 novembre 2017, n. 5091).

4.2. Infondate in fatto ed in diritto sono altresì le argomentazioni svolte a sostegno del secondo motivo di appello.

4.2.1. In punto di fatto, non vi sono in atti elementi sufficienti per affermare che la carenza di risorse finanziarie da destinare all'appalto sia conseguenza certa ed evitabile di un comportamento omissivo illecito del Comune che abbia causato il venir meno o la mancata erogazione del finanziamento.

Non appaiono decisivi in tale senso:

- né la deduzione, esposta nel ricorso in appello, che il Comune non avrebbe approfittato della possibilità concessa dalla Regione di nuova copertura per i progetti inclusi nel POR FESR 2007/2013, per completare gli interventi non ultimati entro il 31 dicembre 2015;

- né il confronto, già prospettato in primo grado, tra la gara bandita per i lavori presso il cimitero comunale (per la quale il Comune avrebbe provveduto a richiedere nuova copertura) e quella in oggetto (per l'*efficientamento* energetico della scuola De Curtis, plesso di via Umberto I), per la quale il Comune non si sarebbe attivato per richiedere la nuova copertura finanziaria.

Si tratta di due circostanze che non spostano il dato di fatto, rimasto confermato, della carenza della provvista originariamente destinata a finanziare i lavori *de quibus*, la quale, di per sé, è idonea a legittimare il ritiro degli atti di gara. A sua volta, l'accesso alla nuova copertura finanziaria sarebbe potuto conseguire soltanto ad un'ulteriore, non sovrapponibile, scelta discrezionale del Comune, non sindacabile nella presente sede giurisdizionale. Infatti, l'accessibilità al nuovo finanziamento si è prefigurata soltanto in data successiva al 31 dicembre 2015, allorché, a seguito della finanziaria 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 804), è stata concessa l'astratta possibilità della nuova copertura; questa, peraltro, è stata resa attuale dalla Regione solo in data 1 giugno 2016 con il D.D. n. 43.

La mancata attivazione di tale diverso finanziamento per l'affidamento dei lavori alla Co.Re.Fra non è sindacabile nemmeno se comparata con la scelta opposta effettuata per altri lavori appaltati dallo stesso Comune, trattandosi di scelte riservate all'ambito proprio della discrezionalità amministrativa.

Quanto, poi, ai due appalti messi a confronto dall'appellante, risulta evidente che avessero caratteristiche differenti, per come si desume dalle circostanze di fatto esposte dalla difesa comunale: l'appalto per il cimitero era già stato aggiudicato, contrattualizzato e i relativi lavori erano iniziati in data 19 novembre 2015 per la durata di soli 27

giorni, mentre i lavori da affidare alla Co.Re.Fra non sono mai stati nemmeno consegnati (né rileva accertare, ai fini in discorso, se il ritardo nella sottoscrizione del contratto, fosse o meno ascrivibile anche a responsabilità dell'aggiudicataria); ancora, diverse erano l'entità e la natura dei due interventi.

4.2.2. In punto di diritto, d'altronde, una volta esclusa l'illegittimità della revoca anche sotto i profili dello sviamento di potere e della disparità di trattamento, non è più nemmeno rilevante accertare se la perdita o il mancato finanziamento dei lavori aggiudicati alla Co.Re.Fra sia imputabile a comportamento colpevolmente omissivo della stazione appaltante.

Parimenti irrilevante è perciò la valutazione, in tale prospettiva, della condotta del Comune seguita alla nota regionale del 2 dicembre 2014, fatto salvo quanto rilevato dal primo giudice in punto di violazione degli obblighi informativi (su cui infra).

In sintesi, la (asserita) colpevole inerzia dell'amministrazione nell'adoperarsi per conseguire dalla Regione Campania o per altrimenti reperire le risorse per finanziare i lavori potrebbe rilevare esclusivamente a titolo di responsabilità precontrattuale.

La *causa petendi* dei danni rivendicati dall'aggiudicataria si rinviene infatti nell'impossibilità di addivenire alla stipula del contratto, imputabile alla stazione appaltante; cioè si rinviene nella condotta di quest'ultima lesiva del legittimo ed incolpevole affidamento dell'aggiudicataria alla corretta e regolare conclusione della procedura di gara.

Sotto questo profilo non viene in rilievo l'attività provvedimentale della p.a. (l'esercizio diretto ed immediato del potere) bensì il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del

potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara, di modo che rilevano le regole di diritto privato la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità; anche per la p.a. le regole di correttezza e buona fede così come per i privati sono regole di responsabilità.

La situazione dedotta in giudizio come colpevole inerzia del Comune di Casalnuovo di Napoli che ha (o avrebbe) determinato la mancanza di risorse per finanziare i lavori aggiudicati, inerendo ad un comportamento contrario a buona fede nella formazione del contratto, dà (o darebbe) luogo, appunto, a responsabilità ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., norma applicabile anche nei confronti della p.a..

La conclusione è coerente con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, fino al recente approdo dell'Adunanza Plenaria di questo Consesso, che ha enunciato i seguenti principi di diritto:

<<1. Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione,

nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede. >>
(Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

4.3. Conseguenze a quanto detto che va esclusa in capo al Comune di Casalnuovo di Napoli, nella sua qualità di stazione appaltante, sia la responsabilità (per lesione di interesse legittimo) c.d. da provvedimento illegittimo, attesa la ritenuta legittimità del ritiro degli atti di gara e dell'aggiudicazione, sia la responsabilità aquiliana per lesione di una situazione di diritto soggettivo diversa dall'unica situazione soggettiva dedotta in giudizio dalla Co.Re.Fra; vale a dire, quella insorta a seguito della partecipazione alla procedura di gara e dell'aggiudicazione, lesa dalla mancata stipula del contratto e dalla mancata consegna dei lavori.

Soltanto tale situazione (*id est*, tale diritto di liberamente autodeterminarsi in ambito negoziale) è (o potrebbe essere) risultata definitivamente compromessa a causa del comportamento (che si assume da parte ricorrente) contrario a buona fede e imputabile alla stazione appaltante.

4.3.1. Orbene, la sentenza appellata ha già riconosciuto la responsabilità precontrattuale del Comune di Casalnuovo di Napoli, sia pure sotto il diverso profilo della violazione degli obblighi informativi, in quanto *“le condizioni di criticità economica che hanno reso*

legittima la revoca (ovvero la carenza di risorse finanziarie), in realtà erano già conosciute dal Comune quantomeno a far data dalla nota con cui la Regione aveva diffidato l'ente locale ad avviare l'esecuzione degli interventi oggetto di finanziamento (nota 2 dicembre 2014 prot. n. 819151) o, al più tardi, dalla missiva con cui parte ricorrente (25 settembre 2015) ha richiesto al Comune chiarimenti relativi agli oneri economici da sostenere in vista della stipula del contratto.” di modo che “[...] da queste date incombeva sul Comune il positivo obbligo di buona fede di verificare la perdurante sussistenza delle risorse finanziarie necessarie alla realizzazione dell'appalto al fine di informare poi la ricorrente società evitando che questa assumesse obblighi e sostenesse spese che non avrebbero comunque condotto alla stipula del contratto [...]”.

Poiché il danno risarcibile per responsabilità precontrattuale -nella prospettiva non sanzionatoria, ma soltanto ripristinatoria, che connota tutto il sistema vigente della responsabilità civile- è commisurato al pregiudizio (sub specie di lesione del c.d. interesse negativo) effettivamente sofferto dalla parte contraente, la sua liquidazione non cambia a seconda della tipologia o della gravità della condotta contraria a buona fede ascritta alla pubblica amministrazione.

Ne consegue che, come da conclusioni del Comune appellato, l'unico pregiudizio ristorabile in capo alla Co.Re.Fra. per responsabilità precontrattuale dell'ente appaltante è quello già riconosciuto dal primo giudice.

4.3.2. Poiché il corrispondente capo di sentenza non è stato gravato, né da appello principale né da appello incidentale (ed anzi è stata fornita in giudizio la dimostrazione del contraddittorio in corso tra le parti per la liquidazione del danno ex art. 34, comma 4, Cod. proc. amm.), il tema della responsabilità precontrattuale e dei criteri di

risarcimento del danno da lesione del c.d. interesse negativo è rimasto estraneo al presente grado di giudizio.

5. L'appello va quindi respinto.

5.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese del grado, considerate le peculiari vicende della procedura di affidamento protrattesi per oltre tre anni dopo l'aggiudicazione per fatti ed atti dell'amministrazione, indipendenti dalla condotta dell'aggiudicataria e lesivi del suo legittimo affidamento nella positiva conclusione della procedura.

P.Q.M.

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

Compensa le spese processuali.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020 convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO