

Un consolidato indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto come, nei contratti della pubblica amministrazione, anche ad intervenuta aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, non sia precluso all'amministrazione stessa di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero all'annullamento dell'aggiudicazione stessa: corretto annullamento in ragione degli errori materiali e concettuali relativi alla determinazione del corrispettivo per il servizio rispetto alle effettive esigenze degli Enti militari, finali fruitori dello stesso, al fine di evitare un danno erariale (la quantificazione del danno da liquidare alle ricorrenti va limitato al costo inutilmente sopportato per la presentazione di idonea fidejussione in vista della stipula del contratto)

Il Tar Lazio, Roma, con la sentenza numero 5766 del 12 luglio 2006 ci insegna che:

<Sussiste, dunque, in capo alla Pubblica Amministrazione, la potestà di caducare gli atti della procedura di gara, nel caso di riscontrate illegittimità inficianti lo svolgimento della procedura - ipotesi questa che sostanzia la fattispecie dell'annullamento - cui accede il dovere di sorreggere l'annullamento del procedimento di gara con adeguata motivazione in ordine alla natura delle anomalie riscontrate, alla gravità delle stesse, alla loro incidenza sul procedimento di gara e, soprattutto, circa la sussistenza di specifici vizi di legittimità che lo rendano necessario.

Osserva il Collegio che la sussistenza di un potere di agire in autotutela per revocare o annullare l'esito della procedura di gara è giustificato dall'immanenza del principio costituzionale del buon andamento cui l'amministrazione deve sempre ragguagliare il proprio operato, attraverso l'adozione di atti finalizzati costantemente al migliore perseguimento dei fini pubblici alla stessa affidati, che, dunque, non può ritenersi limitato dalla sussistenza della posizione soggettiva vantata dall'aggiudicatario>

Ma non solo. Per rispettare la par condicio..

<L'Amministrazione ha dunque doverosamente annullato la lex di gara, siccome concernente un servizio sopravvalutato nella entità di alcune voci costituenti l'oggetto del servizio, e che avrebbe comportato, in sede di esecuzione contrattuale, un esborso economico superiore rispetto alle reali esigenze da soddisfare.

D'altro canto è pure corretta la considerazione, espressamente contenuta nell'iter motivazionale a base dell'impugnato annullamento, dell'impossibilità di rimediare agli errori come rilevati, attraverso, come pure adombrato dalle parti ricorrenti, una diversa quantificazione delle obbligazioni reciproche in sede di svolgimento del rapporto contrattuale.

**Osserva il Collegio come qualunque atto, anche implicito, che sia nella sostanza volto a determinare, attraverso la rinegoziazione di uno degli elementi del contratto - ove questo non sia qualificabile semplicemente come "accidentale", ma attenga allo stesso oggetto del contratto, e, di conseguenza, al prezzo pattuito - determini in sostanza un affidamento diverso rispetto a quello che aveva costituito oggetto di apposita selezione ad evidenza pubblica>**

E ancora:

<Ritiene il Collegio, in via di principio, che non è consentito alle Amministrazioni appaltanti rinegoziare con il soggetto prescelto come contraente a seguito di procedura ad evidenza pubblica gli elementi fondamentali del contratto, tra cui sono da comprendere senz'altro l'oggetto dell'appalto ed il relativo prezzo, in quanto attraverso una successiva modulazione di questi, in

sostanza, si determina uno svilimento della stessa procedura selettiva attraverso l'introduzione di elementi del tutto nuovi o diversi, per qualità o quantità, tali da alterare irrimediabilmente gli stessi risultati di gara, che ove condotta sulla base dei rinnovati elementi avrebbe potuto avere diverso sviluppo, attraverso una diversa componente partecipativa alla stessa, ed anche, in ipotesi, diversa conclusione, con l'individuazione di altro contraente.

Un siffatto comportamento è, da un lato, elusivo dei principi che impongono alle pubbliche amministrazioni di procedere alla scelta dei contraenti attraverso procedure concorsuali, pubbliche o ristrette, limitando l'esperibilità di trattativa privata ad ipotesi eccezionali e residuali, dall'altro, costituisce violazione del principio di par condicio dei partecipanti, che non sono stati messi tutti nella medesima condizione di presentare offerta in relazione al medesimo oggetto, rectius, a cui non è stato consentito di presentare offerta per il reale e definitivo oggetto di appalto.

E' noto che la capacità di agire degli organismi pubblici nei rapporti contrattuali è strettamente collegata allo svolgimento delle procedure come predeterminate dalla legge regolante lo specifico settore dei pubblici appalti>

In conclusione:

**<Al di fuori dei limiti indicati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole cui le Amministrazioni devono attenersi nel contrattare non vi è, pertanto, capacità di agire di diritto privato, che possa essere utilmente esercitata dalla P.A., dovendo, in caso contrario, dare atto dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme in tema di procedure di evidenza pubblica, oltre che in violazione delle regole di matrice comunitaria di concorrenza, e di parità di condizioni tra i partecipanti alle pubbliche gare>**

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sez. 1<sup>^</sup> bis – ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 2107/2006 proposto dalla Società \*\*\* Spa, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del RTI con la Società \*\*\* S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, e dalla società \*\*\* S.r.l. in proprio ed in qualità di capogruppo mandante del RTI con la Società \*\*\* Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese, unitamente e disgiuntamente, dall'avv. Angelo Clarizia e Simona Rostagno, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma, v. Principessa Clotilde, n. 2,

contro

il MINISTERO della DIFESA, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è domiciliato ex lege, in Roma, v dei Portoghesi, n. 12,

per l'annullamento, previa sospensione,

dell'atto n. 022/6/2005 del 12 dicembre 2005 del Direttore Generale della Direzione Generale Commissariato e Servizi Generali del Ministero della Difesa, con cui è stato disposto l'annullamento, in via di autotutela, del bando di gara per l'appalto del servizio di pulizia in E/D/R della Difesa pubblicato in G.U.C.E., suppl. n. S73 del 12 aprile 2003 e nel Foglio Inserzioni della G.U.R.I. n. 84 del 10 aprile 2003, come comunicato con lett. racc. a.r. prot. 4/855 del 16 dicembre 2005, conosciuta in data 22 dicembre 2005;

di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente;  
per la condanna

al pagamento di un indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies, legge 241/1990;

e/o per il risarcimento del danno

subito a seguito dell'adozione del provvedimento impugnato;

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione della Difesa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis, legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000 n. 205;

Designato relatore alla pubblica udienza del 26 aprile 2006 il Consigliere Donatella Scala;

Uditi l'avv. Clarizia per la parte ricorrente e l'avv. dello Stato Paolo Cosentino per la resistente Amministrazione;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO

Riferiscono le società, odierne ricorrenti, di essersi aggiudicate in data 9 dicembre 2003, in costituendo RTI, il lotto 18 ed il lotto 19, rispettivamente per un importo di € 1.597.988,06 e di € 1.536.699,45, nell'ambito della gara per licitazione privata ristretta accelerata in ambito U.E. per l'appalto del servizio di pulizia locali presso Enti, Distaccamenti e Reparti del Ministero della Difesa, (Esercito e Marina) dislocati su tutto il territorio nazionale.

Presentavano, pertanto, su esplicita richiesta della stazione appaltante, la documentazione prevista dal bando (deposito cauzionale, documentazione per l'acquisizione certificazione antimafia, certificati Inps ed Inail attestanti regolarità previdenziali e contributiva.

Riferiscono, ancora, che il 23 settembre 2004 ricevevano dall'intimato Ministero comunicazione di imminente stipula del contratto relativo ad entrambi i lotti, subordinata alla ricezione di ulteriore documentazione, ivi compresa la cauzione definitiva per l'anno 2005, per un importo pari al 10% dell'importo contrattuale.

Nelle more del perfezionamento dell'iter procedimentale, espongono di avere evitato la partecipazione ad altre gare pure di interesse, ritenendo imminente l'inizio dell'appalto aggiudicato, e di avere nel contempo sollecitato l'Amministrazione, anche nel maggio 2005, a procedere alla stipula de qua, attesa la sopportazione - a causa della procrastinazione del concreto avvio del servizio - di oneri in termini di investimenti non ammortizzati e di servizi bancari per il rinnovo delle fidejussioni.

Impugnano, ora, il decreto ministeriale meglio emarginato in epigrafe, con cui l'Amministrazione, previa comunicazione di avvio del procedimento del 14 ottobre 2005, ha annullato in autotutela il bando di gara per l'appalto del servizio di pulizia in E/D/R della Difesa pubblicato in G.U.C.E., suppl. n. S73 del 12 aprile 2003 e nel Foglio Inserzioni della G.U.R.I. n. 84 del 10 aprile 2003, deducendo i seguenti argomenti di censura:

I. Violazione degli artt. 1, 7, 8 della legge 241/1990 e s.m.i.; violazione dell'art. 1337, c.c.; eccesso di potere per difetto di motivazione.

Sarebbe illegittima la decisione di annullare la gara aggiudicata su ragioni fondanti la stessa non comunicate in sede di attivazione del contraddittorio procedimentale, quale la portata della sentenza del TAR Lazio n. 4314/04, sfilendo di fatto la funzione degli artt. 7 ed 8, legge n. 241/1990.

II. Violazione dell'art. 1, legge 241/1990 s.m.i.; violazione dell'art. 1337, c.c.; eccesso di potere per illogicità manifesta, per errore nei presupposti ed erronea e carente motivazione.

Il sopra ricordato comportamento non costituirebbe un mero vizio di forma, ma integrerebbe la violazione del principio comunitario del legittimo affidamento, come anche della buona fede precontrattuale, atteso che la richiamata sentenza 4134/04, emessa nel maggio 2004, non aveva impedito alla Amministrazione il successivo novembre 2004 di sollecitare le ricorrenti a depositare i documenti necessari per la stipula dei contratti di appalto. Inoltre, il contenuto annullatori di cui alla sentenza de qua sarebbe limitato solo ad alcuni dei lotti in cui la gara era stata suddivisa, e dunque erroneamente sarebbe stata assunta a presupposto dell'annullamento dell'intera gara.

III. Violazione dell'art. 11 delle Condizioni Tecniche; eccesso di potere per manifesto travisamento di fatti, difetto di istruttoria ed erronea e carente motivazione.

La norma sopra richiamata delle C.T. avrebbe legittimato già di per se una non perfetta coincidenza fra la base d'asta e le superfici effettive oggetto del servizio di pulizia, e comunque, prima di annullare la gara anche con riferimento ai lotti 18 e 19, l'Amministrazione avrebbe dovuto accertare la discrasie assunte a giustificazione dell'annullamento in autotutela.

IV. Violazione dell'art. 1331 del Cod. civ.; violazione dell'art. 22 della lettera di invito; eccesso di potere per manifesto travisamento di fatti.

Con riferimento alla rilevata duplicazione di pagamento per prestazioni già comprese nel prezzo base palese e previste anche come prestazioni accessori, avrebbe potuto essere più agevolmente superato in sede di esecuzione contrattuale.

V. Sviamento di potere.

Il provvedimento impugnato sarebbe stato illegittimamente adottato al fine di occultare l'impossibilità di procedere alla stipula del contratto per assenza sopravvenuta dell'oggetto, essendo stato appaltato nuovamente il servizio per i lotti 18 e 19.

VI. Violazione dell'art. 21, quinquies, legge 241/1990 s.m.i.; domanda di indennizzo.

Nella subordinata ipotesi di una ritenuta legittima della revoca impugnata e dei motivi a base della stessa, il provvedimento sarebbe comunque illegittimo, non prevedendo l'indennizzo dei pregiudizi causati agli incolpevoli soggetti interessati.

VII. Violazione dell'art. 1337 del Cod. civ.; domanda di risarcimento del danno.

In ogni caso, alle ricorrenti competerebbe il ristoro dei danni subiti a causa del comportamento negligente dell'Amministrazione che ha atteso oltre due anni per annullare la gara de qua senza porre in essere per tempo i necessari controlli di legittimità.

Conclude la parte ricorrente per l'accoglimento del gravame, con annullamento dell'atto con lo stesso gravato, e, comunque, la condanna dell'Amministrazione al pagamento di un indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies, legge 241/1990 e/o del risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale.

Si è costituita l'Avvocatura Generale dello Stato che in difesa del Ministero della Difesa, ha depositato documenti ed ha, con articolata memoria, eccepito l'infondatezza di tutte le istanze avversarie.

Alla pubblica udienza del 26 aprile 2006, il Collegio, uditi i patroni delle parti costituite, che hanno insistito nelle rispettive domande e conclusioni, anche con ulteriori scritti difensivi, ha ritenuto la causa a decisione.

## DIRITTO

1. Oggetto della presente impugnativa è il provvedimento con cui il Ministero della Difesa ha, in via di autotutela, annullato il bando di gara per l'appalto del servizio di pulizia in E/D/R della Difesa dislocati su tutto il territorio nazionale, e suddiviso in 23 lotti, pubblicato in G.U.C.E., suppl. n. S73 del 12 aprile 2003, la lettera d'invito del 5 giugno 2003, e tutti gli atti a questi connessi e conseguenti.

Si gravano avverso detta determinazione le società \*\*\* Spa e \*\*\* S.r.l., rispettivamente mandataria e mandante di costituendo RTI, in qualità di aggiudicatrici dei lotti 18 e 19 della gara concorsuale ora annullata, chiedendo l'annullamento della stessa alla stregua dei motivi di censura come dedotti nell'atto introduttivo, ed introducendo, altresì, domanda di indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies, legge n. 241/1990, e di risarcimento dei danni subiti.

2. Il Collegio deve deliberare, in via prioritaria, la legittimità dell'atto avverso alla stregua delle censure dirette ad evidenziare, in sostanza, l'insussistenza, nel caso de quo, dei presupposti per l'esercizio del potere in autotutela.

2.1 Va, preliminarmente, dato atto, sullo specifico punto, che un consolidato indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto come, nei contratti della pubblica amministrazione, anche ad intervenuta aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, non sia precluso all'amministrazione stessa di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente

motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero all'annullamento dell'aggiudicazione stessa (c. fr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6931).

Peraltro, pure in presenza di uno jus poenitendi da parte dell'Amministrazione – inteso come facoltà di revocare o annullare la gara – quando vi siano preminenti esigenze pubbliche che lo impongano, è fatta salva (anche in considerazione della fase procedimentale più o meno avanzata, in cui le dette esigenze vengano rilevate) l'eventuale responsabilità pre-contrattuale ex art. 1337, codice civile.

Sussiste, dunque, in capo alla Pubblica Amministrazione, la potestà di caducare gli atti della procedura di gara, nel caso di riscontrate illegittimità inficianti lo svolgimento della procedura - ipotesi questa che sostanzia la fattispecie dell'annullamento – cui accede il dovere di sorreggere l'annullamento del procedimento di gara con adeguata motivazione in ordine alla natura delle anomalie riscontrate, alla gravità delle stesse, alla loro incidenza sul procedimento di gara e, soprattutto, circa la sussistenza di specifici vizi di legittimità che lo rendano necessario.

Osserva il Collegio che la sussistenza di un potere di agire in autotutela per revocare o annullare l'esito della procedura di gara è giustificato dall'immanenza del principio costituzionale del buon andamento cui l'amministrazione deve sempre ragguagliare il proprio operato, attraverso l'adozione di atti finalizzati costantemente al migliore perseguimento dei fini pubblici alla stessa affidati, che, dunque, non può ritenersi limitato dalla sussistenza della posizione soggettiva vantata dall'aggiudicatario.

2.2 Ed invero, l'impugnato provvedimento ha ad oggetto il bando di gara a licitazione privata, anche per i lotti di interesse delle ricorrenti, con ogni effetto in ordine agli atti che trovino fondamento nella stessa indizione di esperimento concorsuale, rimanendo, per l'effetto, travolte le aggiudicazioni medio tempore intervenute.

L'articolata premessa motivazionale del gravato annullamento esplicita le ragioni che hanno indotto il resistente Ministero all'annullamento della gara, nonostante il lungo lasso di tempo trascorso, per essere stati rilevati molteplici errori nella determinazione del prezzo base palese, con l'effetto di costituire un insuperabile presupposto per duplicazioni nei pagamenti, con evidente danno erariale, costituito da un esborso economico sopravvalutato rispetto alle effettive esigenze collegate al servizio di pulizia in appalto, e di cui si è ritenuta l'impossibilità di correttivi in sede di stipula dei contratti di aggiudicazione, pena l'alterazione della par condicio delle imprese che avevano partecipato alla gara de qua presentando offerte economiche sulla base del valore dei lotti come indicati negli atti di gara.

2.3 Tanto specificato, il Collegio ritiene che il provvedimento impugnato sia immune dalle censure dedotte sotto il profilo della violazione sostanziale della regola di partecipazione procedimentale dei soggetti coinvolti da provvedimenti di secondo grado, per avere basato l'Amministrazione il provvedimento in autotutela anche su presupposti non rappresentati alle ricorrenti in sede di comunicazione di avvio del procedimento d'annullamento della gara, e sulla illegittima estensione degli effetti dell'annullamento di cui alla sentenza di questa sezione n. 4134/2004, resa in accoglimento di ricorsi avente ad oggetto altri lotti, a tutta la gara.

Ed invero, osserva il Collegio che, seppure richiamata nelle premesse la sentenza con cui questa Sezione aveva annullato il bando di gara nella parte in cui erano determinati i requisiti economici di partecipazione, la stessa decisione non sembra avere avuto una autonoma rilevanza ai fini del gravato annullamento del bando, che risulta invece adottato in ragione degli errori materiali e concettuali relativi alla determinazione del corrispettivo per il servizio rispetto alle effettive esigenze degli Enti militari, finali fruitori dello stesso, al fine di evitare un danno erariale.

Si è trattato, dunque, di un richiamo rafforzativo alle determinazioni assunte, ma non di per se determinante, con la conseguenza della ininfluenza della omessa esplicitazione di detta circostanza nella comunicazione di avvio di procedimento, e della irrilevanza circa la portata espansiva nei confronti di tutta la gara, o meno, della decisione stessa.

Il Collegio non rimane persuaso, peraltro, neppure dal percorso argomentativo a sostegno delle censure indirizzate nei confronti del contenuto del gravato annullamento.

Ed invero, le società ricorrenti non contestano, in punto di fatto, le notevoli discrasie poste a base dell'annullamento, ma ne ritengono l'irrilevanza ai fini della prosecuzione dell'iter procedimentale, e comunque la non preclusività della stipula dei contratti prodromici allo svolgimento del servizio in relazione ai lotti aggiudicati.

Sul punto, deve invece essere valorizzata la considerazione che le errate determinazioni dei parametri concretizzanti il servizio – estensione delle superfici e frequenze degli interventi - sono state poste a base della elaborazione del prezzo a base d'asta, con conseguente illegittima alterazione del valore dell'appalto, ed, in definitiva, della entità delle offerte da presentarsi con il metodo del massimo ribasso.

L'Amministrazione ha dunque doverosamente annullato la lex di gara, siccome concernente un servizio sopravvalutato nella entità di alcune voci costituenti l'oggetto del servizio, e che avrebbe comportato, in sede di esecuzione contrattuale, un esborso economico superiore rispetto alle reali esigenze da soddisfare.

D'altro canto è pure corretta la considerazione, espressamente contenuta nell'iter motivazionale a base dell'impugnato annullamento, dell'impossibilità di rimediare agli errori come rilevati, attraverso, come pure adombrato dalle parti ricorrenti, una diversa quantificazione delle obbligazioni reciproche in sede di svolgimento del rapporto contrattuale.

Osserva il Collegio come qualunque atto, anche implicito, che sia nella sostanza volto a determinare, attraverso la rinegoziazione di uno degli elementi del contratto - ove questo non sia qualificabile semplicemente come "accidentale", ma attenga allo stesso oggetto del contratto, e, di conseguenza, al prezzo pattuito - determini in sostanza un affidamento diverso rispetto a quello che aveva costituito oggetto di apposita selezione ad evidenza pubblica.

Seguendo il ragionamento di parte ricorrente, ove l'Amministrazione avesse optato per la prosecuzione dell'iter di gara, per evitare un inutile, quanto illegittimo, esborso di risorse economiche, avrebbe dovuto in sede di stipula dei contratti rinegoziare l'offerta già oggetto di precedente selezione concorsuale, nel senso di limitarne la portata, siccome rivelatasi inadeguata alle reali esigenze.

E' all'evidenza come un siffatto operare sarebbe stato esposto a vistose critiche in punto di legittimità.

Ritiene il Collegio, in via di principio, che non è consentito alle Amministrazioni appaltanti rinegoziare con il soggetto prescelto come contraente a seguito di procedura ad evidenza pubblica gli elementi fondamentali del contratto, tra cui sono da comprendere senz'altro l'oggetto dell'appalto ed il relativo prezzo, in quanto attraverso una successiva modulazione di questi, in sostanza, si determina uno svilimento della stessa procedura selettiva attraverso l'introduzione di elementi del tutto nuovi o diversi, per qualità o quantità, tali da alterare irrimediabilmente gli stessi

risultati di gara, che ove condotta sulla base dei rinnovati elementi avrebbe potuto avere diverso sviluppo, attraverso una diversa componente partecipativa alla stessa, ed anche, in ipotesi, diversa conclusione, con l'individuazione di altro contraente.

Un siffatto comportamento è, da un lato, elusivo dei principi che impongono alle pubbliche amministrazioni di procedere alla scelta dei contraenti attraverso procedure concorsuali, pubbliche o ristrette, limitando l'esperibilità di trattativa privata ad ipotesi eccezionali e residuali, dall'altro, costituisce violazione del principio di par condicio dei partecipanti, che non sono stati messi tutti nella medesima condizione di presentare offerta in relazione al medesimo oggetto, *rectius*, a cui non è stato consentito di presentare offerta per il reale e definitivo oggetto di appalto.

E' noto che la capacità di agire degli organismi pubblici nei rapporti contrattuali è strettamente collegata allo svolgimento delle procedure come predeterminate dalla legge regolante lo specifico settore dei pubblici appalti.

In altri termini, il principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate dalla P.A., impone che le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati. (Cons. di Stato Ad. Gen. n. 2/2000 del 17 febbraio 2000)

Da tale premessa discende l'obbligo di seguire i procedimenti nei quali si cristallizza la volontà dell'Ente, stante l'inderogabilità delle disposizioni che prevedono tali procedure ascrivibili al novero delle norme imperative, con la ulteriore conseguenza che la medesima volontà, così come deve manifestarsi secondo tali procedure, parimenti può essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti e, di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela, ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti. Al di fuori dei limiti indicati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole cui le Amministrazioni devono attenersi nel contrattare non vi è, pertanto, capacità di agire di diritto privato, che possa essere utilmente esercitata dalla P.A., dovendo, in caso contrario, dare atto dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme in tema di procedure di evidenza pubblica, oltre che in violazione delle regole di matrice comunitaria di concorrenza, e di parità di condizioni tra i partecipanti alle pubbliche gare. (c.fr. Cons. di Stato, n. 6281/2002)

E', allora, evidente come la modifica di un significativo elemento dell'offerta, così dettagliatamente enucleata dalla *lex specialis* di gara, comportante, peraltro, anche la modifica in meno del corrispettivo da richiedere, sia di per se idoneo a mutare le condizioni di fatto che avevano condotto alla precedente aggiudicazione.

Alle superiori considerazioni consegue che correttamente l'Amministrazione, una volta resasi conto del rilevato impedimento, ha annullato la procedura concorsuale, travolgendo le aggiudicazioni in capo alle ditte risultate vittoriose dalla competizione concorsuale, essendo preclusa la successiva rimodulazione, in sede di stipula del contratto, dell'oggetto dello stesso, per consentire l'esecuzione dell'appalto ad un prezzo corrispondente alle reali esigenze.

Come prima accennato, il mutamento dell'oggetto del contratto comporta inevitabilmente la modifica dell'oggetto dell'appalto, mentre l'annullamento della gara consente una riedizione della stessa in modo che tutte le imprese del settore, attraverso nuova lettera d'invito, siano messe nelle condizioni di partecipare, con la possibilità, in ultima analisi, attraverso lo svolgimento di altro procedimento concorsuale, di una diversa conclusione nella fase della scelta.

D'altro canto, ammettere la possibilità di rinegoziare successivamente all'aggiudicazione le condizioni sulla cui base è stata condotta la gara, in sede di stipula del contratto, condurrebbe alla paradossale conseguenza di consentire una indeterminata possibilità di modifica, e per le più svariate ragioni, agli aggiudicatari, che durante lo svolgimento della gara sarebbero indotti al confezionamento di offerte a minimi livelli al solo fine di conseguire la favorevole conclusione della procedura di selezione, salvo poi, attraverso postume negoziazioni delle condizioni contrattuali, recuperare condizioni più vantaggiose, sotto il profilo del prezzo, del contenuto della prestazione o delle modalità di esecuzione della stessa.

Le condotte argomentazioni inducono a ritenere la legittimità dell'adottato annullamento, non potendo lo stesso essere inciso nemmeno dalla circostanza che, medio tempore, il servizio di cui sia stato affidato a mezzo di affidamento in economia, o a trattativa privata, o con proroga dei precedenti rapporti negoziali, in quanto il ricorso a detti mezzi ha consentito, nelle more della conclusione della gara, l'assicurazione della prosecuzione di un servizio, quale quello della pulizia dei locali di enti militari, che non avrebbe potuto, per evidenti ragioni, essere interrotto.

2.4 Non convince il Collegio neanche il profilo di censura dedotto, secondo cui l'illegittimità dell'annullamento della gara si manifesterebbe, altresì, nella parte in cui è completamente assente la previsione di indennizzo in favore delle ricorrenti, ai sensi dell'art. 21 – quinquies, legge 241/1990, come modificata ed integrata dalla legge 15/2005, in relazione al pregiudizio dalle medesime patito.

La norma della cui violazione si dolgono le ricorrenti, sancisce, invero, l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere all'indennizzo dei soggetti direttamente interessati, quale ristoro dei pregiudizi provocati dalla revoca, precisando, peraltro, la stessa disposizione, che l'ambito applicativo ha riguardo ai provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole.

Non ricorrono, dunque, nel caso di specie, i presupposti per l'azionabilità del diritto ad indennizzo, posto che il bando di gara è stato annullato per vizi di legittimità originari, e che comunque l'atto espulso dal mondo giuridico, pure dando avvio a procedimento complesso che non si risolve uno actu, non può essere qualificato quale atto avente durevole efficacia.

2.5 Conclusivamente, siccome infondata l'azione di annullamento, il ricorso va respinto nella parte in cui è impugnato il provvedimento di secondo grado.

3. Rimane da delibare, la pure introdotta istanza con cui la ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno in relazione alla pretesa violazione del principio di corretto esercizio del pubblico potere nella fase precontrattuale, quale fonte di responsabilità a tale titolo in capo all'Amministrazione appaltante, ed individuato nelle spese inutilmente sopportate in vista della conclusione del contratto, negli investimenti non ammortizzati, e nella perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di analoghi contratti.

Deve essere, dunque, valutata, la fondatezza della proposta azione risarcitoria sotto il profilo dell'eventuale sussistenza di un danno ingiusto derivante dalla lesione di un diritto soggettivo per effetto del comportamento illecito dell'Amministrazione precedente.

In detta ipotesi non rileva la questione della pregiudizialità amministrativa tra l'azione di annullamento degli atti e quella del risarcimento del danno dagli stessi eventualmente provocato in quanto la necessità del preventivo annullamento del provvedimento illegittimo sussiste quando il danno sia dallo stesso causato, mentre, nel caso di specie, occorre valutare la diversa fattispecie della possibile responsabilità dell'amministrazione derivante da un suo comportamento eventualmente illecito.

3.1 Così delineati i termini della questione, occorre, in via preliminare, accertare la sussistenza della giurisdizione del giudice adito anche con riferimento a tale profilo dell'azione di risarcimento del danno.

Come noto, l'art. 35 del D. Lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205/2000, ha stabilito che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in parte qua degli artt. 33 e 34 del D. Lgs. 80/1998, ha specificato nella parte motiva che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo l'art. 7 della legge n. 205/2000 - nella parte in cui sostituisce l'art. 35 del D. Lgs. 80/1998 - in quanto il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Pertanto - considerato che, ai sensi dell'art. 7, co. 3 della legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 7 della L. 205/2000, il Tribunale Amministrativo Regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno - il Collegio osserva che la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento del danno nei confronti di una pubblica amministrazione sussiste sia per quanto attiene alle pretese che possono conseguire alle statuizioni assunte in sede di giurisdizione di legittimità sia per quanto attiene alle pretese relative a materie attribuite in via di giurisdizione esclusiva.

Nella fattispecie de qua, la giurisdizione del giudice adito sulla pretesa risarcitoria relativa al comportamento illecito dell'amministrazione sussiste in quanto la materia cui afferisce la controversia è riservata in via esclusiva al giudice amministrativo.

L'art. 33 del D.Lgs. 80/1998, anche dopo la riformulazione a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, infatti, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le altre, le controversie relative alle procedure per l'affidamento di appalti, tra gli altri, di servizi pubblici, quale quella oggetto dell'odierno contenzioso.

3.2. Deve essere ora condotta l'indagine circa la ricorrenza di profili di responsabilità precontrattuale, che si configurano, ai sensi dell'art. 1337 c.c., quando si verifica un'ingiustificata e arbitraria interruzione delle trattative dirette alla conclusione del contratto, ovvero l'ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto stesso, in modo tale da ledere l'incolpevole affidamento che controparte abbia riposto nell'osservanza delle regole di correttezza e di buona fede.

In tale ottica, la discrezionalità dell'Amministrazione, insindacabile sotto il profilo amministrativo, incontra un limite insuperabile nei principi di correttezza e buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A. nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c., e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato. (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 giugno 2002 n. 3258)

Ritiene il Collegio di aggiungere ulteriori riflessioni in merito alla individuazione degli estremi di responsabilità precontrattuale, che ricorre ogni volta che si sia determinata una lesione della libertà

negoziale, sotto il profilo, però, non già della tutela all'adempimento, ma sotto quello della tutela dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili.

Ed invero, nelle trattative, le parti devono comportarsi non soltanto secondo buona fede ma anche con diligenza, potendo ravvisarsi gli estremi di responsabilità precontrattuale anche in ipotesi di comportamento colposo, come quando una parte conduce le trattative senza verificare le sue concrete possibilità di impegnarsi.

Tale forma di responsabilità, quindi, può avere fondamento anche nella colpa, secondo la regola generale della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., sopra richiamato.

Se è pur vero che lo svolgimento delle trattative non comporta, in se, alcun obbligo di contrarre, appartenendo al contraente il potere di negoziare e di recedere fino a quando il contratto non è perfezionato, va pure riconosciuta, come fonte di responsabilità, l'aver dolosamente o colposamente indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto.

L'elemento psicologico colposo, in particolare, sussiste quando una parte non si attiene alla normale prudenza nell'indurre l'altra parte a confidare nella conclusione del contratto, portando avanti le trattative senza verificare le proprie possibilità o senza avere una sufficiente determinazione.

3.3 Con specifico riferimento alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ribadisce il Collegio che anche chi contrae con un ente pubblico può legittimamente pretendere che, nelle trattative e nella fase di formazione del contratto, l'amministrazione sia tenuta a rispettare i precetti della buona fede e della normale diligenza, osservando doveri cui sono tenuti in generale tutti i contraenti, onde evitare di ingenerare nei terzi, anche se per mera colpa, un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

Il recesso ingiustificato dalle trattative può ravvisarsi, propriamente, quando l'amministrazione pubblica revoca il proprio impegno senza alcuna ragione o adducendo ragioni pretestuose.

Peraltro, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione può profilarsi anche quando risulta che le trattative sono state iniziate e portate avanti senza la diligente verifica della propria disponibilità a concludere il contratto, sulla base di ragioni che dovevano essere note già al momento iniziale delle trattative.

3.4 Tanto precisato, ritiene il Collegio che nel caso che ne occupa ricorrono i presupposti per individuare la responsabilità dell'Amministrazione a tale titolo, si pure nei limiti che d'ora si espongono.

Ed invero, sulla scorta delle considerazioni sopra spese per evidenziare la legittimità dell'annullamento del bando di gara, siccome contenente un prezzo base non corrispondente alle reali esigenze da soddisfare in sede di affidamento del servizio di pulizia di enti militari dislocati su tutto il territorio, ritiene il Collegio che si sia verificata proprio tale evenienza, essendo stata a suo tempo avviata e sviluppata la procedura di gara senza una diligente verifica della concreta disponibilità ad affidare il servizio ed a stipulare i relativi contratti con le imprese migliori offerenti.

Dunque, la responsabilità precontrattuale non si è tradotta in un ingiustificato recesso dalle trattative al momento di perfezionare il contratto, tanto che la Sezione ha ritenuto legittimo il provvedimento di annullamento dell'intera gara, e dunque delle mancate aggiudicazioni, ma si è materializzata in un ingiustificato avvio e, soprattutto, in una ingiustificata prosecuzione delle trattative stesse,

ancorché l'oggetto della gara, ed in definitiva del contratto, fosse viziato da macroscopici errori in ordine ad elementi essenziali del servizio.

La pretesa al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale va di conseguenza accolta in quanto l'illecito comportamento dell'amministrazione nella fase delle trattative ha leso il diritto alla libertà negoziale delle ricorrenti, producendo nei confronti delle medesime un danno ingiusto.

Tale forma di responsabilità comporta l'obbligo del risarcimento del danno nei limiti del c.d. interesse contrattuale negativo, vale a dire dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale, e consiste nel c.d. danno emergente, ossia nel pregiudizio subito per avere inutilmente confidato nella conclusione del contratto e, in particolare, nelle spese inutilmente sostenute e nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali.

Va peraltro, sul punto, specificato che nel caso che ne occupa ritiene il Collegio equo limitare la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione al solo periodo in cui la medesima ha chiesto alle ricorrenti la documentazione necessaria per procedere alla stipula del contratto, ed alle spese in quel periodo sopportate inutilmente, atteso che per il pregresso periodo – dalla pubblicazione del bando illegittimo e per tutto lo svolgimento della procedura di gara – non può essere disconosciuto un concorso di colpa delle stesse società ricorrenti, operatrici dello specifico settore, che hanno partecipato alla stessa competizione senza avere rilevato, come pure era nella loro piena disponibilità fare in sede di redazione dell'offerta, i macroscopici errori materiali, né hanno ritenuto di chiedere gli opportuni chiarimenti sulle stesse discrasie.

Ritiene il Collegio che la circostanza che la P.A. abbia osservato un comportamento non diligente, ed anzi affetto da colpa, in occasione di procedura ad evidenza pubblica non implica che l'altra parte – in ragione della qualità di operatore dello specifico settore – sia esonerata per ciò solo dal dovere di osservare un comportamento diligente durante l'iter di scelta del migliore offerente.

Peraltro, quanto sopra di per se non elide la possibilità di una obiettiva ragionevolezza dell'affidamento, con la conseguenza che la stazione appaltante è tenuta alla corresponsione del risarcimento del danno per avere protratto una trattativa inconcludente, ma tale risarcimento va ridotto in ragione della colpa dell'altra parte.

Per quanto sopra la quantificazione del danno da liquidare alle ricorrenti va limitato al costo inutilmente sopportato per la presentazione di idonea fidejussione in vista della stipula del contratto.

4. Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto nella parte in cui è avanzata istanza di annullamento del provvedimento in epigrafe, ed in quella in cui è avanzata istanza di indennizzo, ai sensi dell'art. 21 quinquies, legge 241/1990; è accolto, nella parte in cui è richiesto il risarcimento del danno nei limiti sopra indicati.

La reciproca soccombenza induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sez. 1<sup>^</sup> bis:

respinge, in parte, il ricorso in epigrafe;

accoglie l'istanza risarcitoria, e, per l'effetto, condanna la resistente Amministrazione della Difesa, in persona del Ministro p.t., al pagamento della somma, come individuata in parte motiva, a titolo di responsabilità precontrattuale, in favore delle società ricorrenti.  
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma il 26 aprile 2006, in Camera di consiglio