



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1742 del 2006, proposto da: Soc Impresa Carchella Spa + Ati, rappresentato e difeso dall'avv. Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso Pierluigi Piselli in Roma, via G. Mercalli, 13; Soc Impresa Procopio Srl;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia, di tutti gli atti indicati nell'epigrafe del ricorso;

e per la condanna al risarcimento del danno;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti gli atti tutti della causa;

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

Uditi nella pubblica udienza del 13 maggio 2009, designato relatore il Primo Referendario Cecilia Altavista, gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2-9-1991 il Provveditorato alle Opere Pubbliche per la Calabria, indiceva un appalto concorso per l'affidamento dei lavori di costruzione del complesso demaniale da adibire a nuova sede del T.A.R. e dell'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro, per una spesa complessiva di 22 miliardi di lire. La procedura era regolata dalle norme di contabilità, dalle leggi n° 584 del 1977, n° 741 del 1981, n° 687 del 1984.

Nel bando di gara si dava espressamente atto che la disponibilità finanziaria era limitata a sei miliardi di lire per cui l'amministrazione si riservava il diritto di procedere all'affidamento per lotti in funzione dei finanziamenti disponibili.

Nel bando era previsto altresì il termine di quindici giorni per la presentazione delle offerte a causa della urgenza determinata dalla esiguità dei termini entro cui impegnare il finanziamento disponibile. Era, inoltre, previsto che la impresa aggiudicataria avrebbe potuto pretendere compensi solo nei limiti dei lavori eseguiti, in mancanza del finanziamento dei lotti successivi.

L'Ati ricorrente presentava domanda di partecipazione.

La Commissione giudicatrice, nominata ai sensi dell'art 9 del DPR 30/06/1955 n. 1534 per la valutazione delle offerte nel caso di appalto concorso, valutava l'offerta della Ati Carchella Procopio più vantaggiosa con relazione del 17-12-1991. Il procedimento continuava presso il Comitato Tecnico Amministrativo di cui all'articolo 16 del d.p.r. 30/06/1955 n. 1534, il quale doveva pronunciarsi sul progetto dell'opera ai sensi dell'art 17 dello stesso d.p.r..

Il comitato tecnico amministrativo si era già pronunciato sul progetto di massima nella adunanza del 4-7-1991, indicando alcune raccomandazioni da osservare nella progettazione esecutiva.

Il provveditore alle opere pubbliche procedeva all'impegno della somma di sei miliardi di lire per non perdere il finanziamento con d.p. del 20-11-1991; decreto oggetto di rilievo da parte della Corte dei Conti per violazione dell'art 20 della legge n° 468 del 1978, ovvero perché "formano impegni sugli stanziamenti di competenza le sole somme dovute dallo Stato a seguito di obbligazioni

giuridicamente perfezionate”. La somma di sei miliardi, pertanto, non veniva impegnata entro il 31-12-1991.

Il comitato tecnico amministrativo si pronunciava a maggioranza, con un contrasto tra i componenti, nella seduta del 16-1-1992, esprimendo parere negativo all'approvazione del progetto esecutivo presentato dal raggruppamento Carchella Procopio, in quanto difforme dalle previsioni del capitolato. In applicazione dell'art 17 del d.p.r. n° 1534 del 1955, il provveditore alle opere pubbliche, non intendendosi conformare al parere del comitato inviava una relazione, il 18-3-1992, al Ministro dei lavori pubblici, per le sue determinazioni sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici. Il Ministero trasmetteva la richiesta di parere al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici con nota del 13 aprile 1992. Nelle adunanze del 24 settembre e 29 ottobre 1992, il Consiglio esprimeva il parere, nel senso del nuovo esame del progetto da parte del comitato tecnico amministrativo per le valutazioni di merito in ordine a tale progetto, ritenendo che, trattandosi di appalto concorso, l'impresa avesse un ampio margine nella redazione del progetto esecutivo. Il comitato tecnico amministrativo nella seduta del 15-7-1993 approvava il progetto, approvazione subordinata all'acquisizione dell'autorizzazione all'impegno di spesa da parte del Ministero; nel parere si dava espressamente atto che “l'intervento non era stato inserito nei programmi costruttivi del Provveditorato per l'esercizio in corso a causa delle note ristrettezze finanziarie, per cui il parere espresso ha valenza essenzialmente tecnica ed il progetto potrà trovare attuazione allorché saranno reperiti i fondi necessari sull'apposito capitolo di bilancio; il consorzio di imprese non può, pertanto, accampare diritti o fidare aspettative per la realizzazione dell'opera in conseguenza della presente valutazione tecnica del progetto”. Veniva espressamente, altresì, affermato che “il progetto resterà di proprietà dell'Amministrazione senza alcun compenso per il consorzio di imprese, come stabilito dall'art 3 del capitolato speciale d'appalto”.

A seguito del D.L. 27-9-1994 n. 551, contenente misure urgenti per il rilancio economico ed occupazionale dei lavori pubblici e dell'edilizia privata, più volte reiterato, che prevedeva un intervento straordinario del Ministro dei lavori pubblici, su istanza delle imprese interessate, per la valutazione delle procedure di affidamento o di esecuzione di opere, che per qualunque motivo risultassero sospese, anche in via di fatto, in data 10-11-1994, la Carchella s.p.a. presentava istanza per il finanziamento dell'opera e la stipulazione del contratto. Con nota del 14-9-1995, il provveditorato alle opere pubbliche per la Calabria richiedeva all'impresa Carchella documentazione. La Commissione, istituita ai sensi dell'art. 7 del decreto legge, si pronunciava nel senso che l'opera non appariva realizzabile data la penuria di fondi. Tale determinazione veniva comunicata con nota del 20-12-1996. Avverso tale determinazione non veniva proposta alcuna impugnazione. Successivamente l'Ati rinnovava la richiesta di finanziamento dell'opera,

manifestando la propria disponibilità all'esecuzione della stessa. Nel 1999, il Provveditorato alle opere pubbliche per la Calabria richiedeva ancora un parere all'Ufficio Studi e Legislazione del Ministero dei Lavori Pubblici, che si esprimeva nel senso della necessità della verifica dell'attualità dell'interesse pubblico alla conservazione degli atti della procedura in relazione alle regole tecniche sopravvenute, alle nuove norme in materia di lavori pubblici, allo stato dei luoghi e alla disponibilità finanziaria.

Nel programma triennale delle opere pubbliche 2003-2005 approvato con D.M. n° 480 del 20-5-2003 era previsto il finanziamento della realizzazione della nuova sede del Tar e dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro.

Nel frattempo, peraltro, era stato adottato il nuovo P.R.G. del Comune di Catanzaro (27-2-2001), che aveva posto alcuni vincoli all'area originariamente destinata alla realizzazione dell'intervento. L'Amministrazione provinciale, proprietaria dell'area, nell'aprile del 2003, aveva comunicato l'indisponibilità dell'area.

Con nota del 13 ottobre 2003 il provveditorato affidava un incarico di progettazione per la redazione del progetto preliminare da porre a base di un appalto concorso per la realizzazione della nuova sede del Tar e dell'Avvocatura distrettuale nella area demaniale di pertinenza del complesso edilizio del Ministero della Giustizia- Dipartimento giustizia minorile.

In data 10 maggio 2004 la Carchella s.p.a diffidava l'Amministrazione dal procedere ad una nuova gara.

Con nota del 3-9-2004, la Direzione dei Servizi Integrati delle Infrastrutture e Trasporti di Catanzaro comunicava alla Carchella s.p.a. di avviare un procedimento per il formale diniego dell'aggiudicazione, fino ad allora mai avvenuta. L'impresa presentava le proprie deduzioni, sostenendo la illegittimità di un eventuale diniego di aggiudicazione.

Con atto notificato il 22-12-2004, la impresa Carchella diffidava formalmente l'Amministrazione ad adottare un provvedimento espresso.

Con ricorso notificato il 18 febbraio 2005, la Carchella s.p.a. chiedeva a questo Tribunale ai sensi dell'art 21 bis l'accertamento dell'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso. Con sentenza n° 5941 del 2005 è stato accertato l'obbligo di provvedere. L'Amministrazione, peraltro, già in data 21-2-2005, aveva adottato un provvedimento, confermando il diniego di aggiudicazione.

Dalla analitica ricostruzione in fatto si evidenzia che il procedimento per l'appalto concorso non è mai giunto alla conclusione, senza quindi alcun formale provvedimento di aggiudicazione.

La disciplina legislativa a cui era sottoposto il procedimento per l'affidamento dell'appalto concorso prevedeva, infatti, la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa da parte della commissione giudicatrice nominata dal provveditore alle opere pubbliche e la verifica del progetto da parte del comitato tecnico amministrativo presso il provveditorato. Solo successivamente all'adempimento di tali sequenze si poteva ritenere concluso il procedimento per l'appalto concorso con la aggiudicazione.

Il procedimento, infatti, era regolato, secondo quanto anche richiamato nel bando di gara, in parte dalle norme di adeguamento alle direttive comunitarie, che avevano introdotto una disciplina limitata, peraltro, agli obblighi di pubblicità e ai requisiti di partecipazione (legge n° 584 dell'8-8-1977), in parte delle norme di contabilità (r.d. n° 2440 del 18-11-1923 e r.d. n° 827 del 23-5-1924).

Ai sensi dell' art 4 del r.d. 2440 del 1923 per speciali lavori o forniture possono invitarsi le persone o ditte ritenute idonee a presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alle quali siano disposte ad eseguirli. Nei modi e nelle forme che saranno stabilite nell'invito, si procede, a giudizio insindacabile dell'amministrazione, alla scelta del progetto che risulti preferibile, tenuto conto degli elementi economici e tecnici delle singole offerte e delle garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti, e si fa quindi luogo alla stipulazione del contratto. Nessun compenso o rimborso spetta alle persone o ditte per la compilazione dei progetti presentati

In base all'art 91 del r.d. n° 827 del 23/05/1924, quando si procede con la forma dell'appalto-concorso le persone o ditte invitate dall'amministrazione ai sensi dell'art. 4 della legge, presentano il progetto dei lavori o delle forniture coi prezzi relativi, nei termini, modi e forme che sono stabiliti nell'invito.

L'amministrazione procede insindacabilmente alla scelta del progetto che ritiene preferibile, sentito, ove lo creda necessario, il parere di una commissione appostamente nominata, e stipula poi il contratto con l'offerente prescelto.

L'art 40 del regolamento di contabilità prevede che agli appalti di opere pubbliche, o di lavori o forniture speciali, per la cui esecuzione la amministrazione ritenga conveniente di giovare delle iniziative e dei progetti di private competenze tecniche, artistiche o scientifiche, possa procedersi mediante la forma dell'appalto-concorso di cui all'art. 4 della legge.

L'articolo 9 del d.p.r. n° 1534 del 30/06/1955 prevedeva, in particolare, che la valutazione economica e tecnica delle offerte, nei casi di esperimento di appalto concorso per lavori di competenza degli organi decentrati, in base all'importo del progetto di massima predisposto dell'Amministrazione, fosse affidata ad una commissione nominata con decreto del provveditore o del presidente del Magistrato alle acque e della quale, oltre al provveditore o al presidente del Magistrato con funzioni di presidente, erano chiamati a far parte: il capo dell'Ufficio amministrativo; un ispettore generale ed un ingegnere capo del Genio civile o funzionari tecnici di grado equiparato appartenenti al ruolo delle Nuove costruzioni ferroviarie; un esperto della materia, anche se estraneo all'Amministrazione dello Stato.

L'art 17 dello stesso d.p.r. ha, altresì, istituito un comitato tecnico amministrativo presso ogni provveditorato alle opere pubbliche, (composto di membri del Provveditorato; del Genio civile; di rappresentanti dei Ministeri; di un avvocato dello Stato) con il compito di esprimere un parere (adottato col voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti all'adunanza) sui progetti di massima ed esecutivi di opere attribuite alla competenza dei provveditorati da eseguire a cura dello Stato, sia a totale carico, sia col suo concorso.

Era previsto, altresì, che nel caso in cui il provveditore non intendesse conformarsi al parere del comitato dovesse riferire al Ministro per i lavori pubblici, che avrebbe dovuto adottare le proprie determinazioni sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Da tale ricostruzione normativa risulta evidente che il procedimento per l'appalto concorso si è svolto con la valutazione dell'offerta tecnica ed economica da parte della commissione nominata dal provveditore ai sensi dell'art 9 del d.p.r. n° 1534 del 1955, e con la verifica del progetto esecutivo presentato dalla impresa offerente, trattandosi di un appalto concorso, da parte del comitato tecnico amministrativo, di cui all'art 17 del d.p.r. n° 1534 del 1955.

Come è noto, nell'appalto concorso la progettazione esecutiva viene redatta dal privato, anzi è proprio questa la ratio della procedura, poiché l'amministrazione ha necessità di avvalersi dell'apporto progettuale delle imprese private, per opere caratterizzate da obiettiva complessità tecnica e che richiedano specifiche competenze tecniche non possedute dalla stazione appaltante; la sua finalità è, pertanto, quella di selezionare una offerta, oltre che per l'aspetto economico dell'offerta, anche in relazione all'idoneità al caso concreto delle soluzioni progettuali proposte dal concorrente. Da tale funzione dell'appalto concorso deriva una ampia discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del progetto e la particolare rilevanza di tale momento di scelta rispetto all'individuazione della migliore offerta economica.

Il progetto esecutivo, presentato dalla Ati Carchella Procopio richiedeva dunque l'esame del comitato tecnico amministrativo dopo la valutazione dell'offerta economica da parte della Commissione; il procedimento di gara, proseguiva, pertanto, presso tale organo. In mancanza dell'approvazione del comitato, come prescritto dall'art 17 del d.p.r. n° 1534 del 1955, il provveditore alle opere pubbliche inviava una relazione al Ministero per la richiesta di parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici. Il procedimento per la verifica del progetto esecutivo, a seguito dell'intervento del Ministero e del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, si concludeva solo il 15-7-1993 con il nuovo esame da parte del comitato.

Poiché a tale data non vi era più alcun finanziamento dell'opera, lo stesso Comitato subordinava l'approvazione del progetto all'impegno di spesa e dava atto che la impresa non poteva nutrire in relazione all'approvazione meramente tecnica del progetto alcun affidamento.

La conferma che, fino a tale data, non si poteva ritenere concluso il procedimento di aggiudicazione risulta, altresì, dal rilievo mosso dalla Corte dei Conti all'impegno di spesa, proprio a causa della mancanza, dunque, del completamento delle procedure di aggiudicazione, in presenza della mera approvazione di un progetto di massima. Dopo l'approvazione del progetto esecutivo, il procedimento di aggiudicazione non si è, dunque, mai concluso.

Ne deriva che il provvedimento del 2005 non è un annullamento in autotutela, per il quale bisognerebbe verificare il presupposto della attualità dell'interesse pubblico, ma costituisce un diniego espresso di adottare un provvedimento di aggiudicazione, provvedimento più volte sollecitato dalla impresa, la quale peraltro era consapevole, fin dal 1991, del mancato completamento della procedura.

Non può essere considerata una aggiudicazione neppure provvisoria la relazione della commissione che ha individuato la offerta economicamente più vantaggiosa. Tale commissione, infatti, ha operato una valutazione sulla proposta tecnica ed economica della Ati Carchella Procopio in relazione al progetto esecutivo presentato dal raggruppamento, senza alcuna valutazione del progetto esecutivo rispetto al progetto di massima della amministrazione, elemento fondamentale nell'appalto concorso, e per il quale era normativamente prevista la verifica da parte del comitato tecnico amministrativo.

Tale ricostruzione del procedimento e della posizione delle parti è confermata dalla istanza successivamente presentata dalla impresa Carchella, ai sensi del d.l. n° 551 del 1994.

Il d.l. 27-9-1994 n. 551 reiterato più volte e non convertito prevedeva, tra le misure urgenti per il rilancio economico dei lavori pubblici, una speciale procedura per la valutazione in ordine alla riattivazione delle procedure di affidamento di opere pubbliche, che per qualunque motivo risultassero sospese anche di fatto.

Tale procedura, evidentemente eccezionale, prevista da un decreto legge per far fronte ad una situazione di emergenza, comportava la valutazione, su istanza delle imprese interessate, dell'interesse pubblico attuale alla realizzazione dell'opera, nonché della congruità degli aspetti economici dell'affidamento e dell'esecuzione dei lavori, sulla base di criteri fissati con decreto del Ministro da parte di una commissione appositamente istituita.

Risulta dagli atti di causa che la Carchella s.p.a. abbia fatto ricorso a tale procedura presentando istanza in data 15 novembre 1994. Già al momento in cui ha presentato l'istanza la impresa era, quindi, consapevole della situazione in cui si trovava il procedimento di affidamento dell'appalto concorso, né poteva sperare in una facile e rapida soluzione della questione presso il provveditorato se non con l'intervento di tale procedimento eccezionale.

Solo al fine della valutazione di tale istanza, l'Amministrazione richiedeva, nel 1995, ulteriore documentazione alla impresa, per l'effettuazione della istruttoria da parte della Commissione istituita in base al decreto legge. La nota del 14-9-1995, che la parte ricorrente porta a sostegno di un ancora attuale intento dell'Amministrazione di procedere all'affidamento, aveva dunque il solo fine di acquisire la documentazione per la valutazione richiesta dalla procedura eccezionale prevista dal decreto legge per gli affidamenti di opere pubbliche rimasti sospesi. Non si può, dunque, ritenere che tale richiesta di documentazione indicasse una manifestazione di interesse da parte dell'Amministrazione, essendo la istruttoria necessaria a seguito della presentazione della istanza da parte del privato interessato. La valutazione si è conclusa con la determinazione del 19-11-1996, nella quale si dà atto della impossibilità di realizzazione dell'opera per carenza di fondi. Tale determinazione risulta comunicata alla Carchella s.p.a in data 20-12-1996 e mai impugnata.

La difesa ricorrente afferma nel ricorso di non aver mai avuto conoscenza di tale provvedimento.

A tale data, comunque, l'Amministrazione aveva già fatto rilevare più volte la carenza di fondi, senza creare nella società alcun possibile affidamento in ordine alla effettiva conclusione della procedura concorsuale.

Il provvedimento impugnato del 2005 è un diniego di procedere all'aggiudicazione, mai avvenuta.

Ne deriva l'infondatezza di tutte le censure che riguardano l'esercizio del potere di autotutela, non avendo l'Amministrazione mai proceduto ad annullare una aggiudicazione mai avvenuta, ma ha solo confermato il diniego di proseguire nella procedura mai completata.

Né tale diniego può ritenersi illegittimo, essendo oramai pacificamente mutate le circostanze di fatto e di diritto relative alla realizzazione dell'opera; basta far riferimento al mutamento della destinazione urbanistica dell'area e alla stessa indisponibilità dell'area. E' evidente poi che neppure sarebbe di per se' possibile la realizzazione dell'opera così come determinata a seguito della redazione del progetto esecutivo, nella procedura dell'appalto concorso, in altra e diversa area.

Quanto alle istanze risarcitorie, si deve evidenziare che non essendo mai intervenuta l'aggiudicazione, deve ritenersi infondata la domanda di risarcimento danni proposta per l'illegittimo annullamento dell'aggiudicazione.

La mancata conclusione della gara potrebbe comportare una responsabilità precontrattuale della Amministrazione per l'illecito comportamento nel corso delle trattative contrattuali e l'ingiustificata interruzione delle stesse .

E' noto, infatti, che già da tempo la giurisprudenza ha ammesso tale tipo di responsabilità nei confronti della Amministrazione. In un primo tempo la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è affermata rispetto all'ingiustificato recesso da una trattativa privata, trattandosi di valutare non se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente. Poi è stata riconosciuta anche nel caso delle procedure di gara.

Si ammette oggi pacificamente la configurabilità di una responsabilità precontrattuale a carico della P.A., anche nelle gare pubbliche, poichè anche in tali procedure l'Amministrazione è tenuta, ai sensi dell'art. 1337 c.c., a comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative.

Il problema si è posto attualmente sul piano delle rilevanza dell'affidamento del privato nella fase del procedimento di gara.

La giurisprudenza prevalente, anche del Consiglio di Stato, ancora di recente ritiene che un affidamento qualificato sorga solo dopo l'aggiudicazione. La violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto può assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte interessata; ma nel caso in esame tale affidamento non poteva ritenersi concretamente formato, atteso che la ditta ricorrente non aveva

mai conseguito l'aggiudicazione e non aveva mai assunto, quindi, la veste specifica di contraente (Cds - IV - Sentenza 11 novembre 2008 n. 5633).

L'Adunanza Plenaria n° 6 del 2005 ha affermato che l'impresa può confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, prima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso.

Ad avviso del Collegio da tale pronuncia deriva che possono rilevare anche altre forme di affidamento nel corso del procedimento prima della aggiudicazione.

Peraltro, se anche si ritiene che tale ragionevole affidamento possa essere configurato in momenti antecedenti alla aggiudicazione, devono essere affidamenti provocati da un particolare comportamento rilevante diverso dal mero annullamento della procedura di gara, che corrisponde alla interruzione delle trattative.

Sotto il profilo civilistico, lo svolgimento delle trattative non comporta, in se, alcun obbligo di contrarre, in quanto i contraenti possono in ogni momento recedere dalle trattative; viene invece considerato illecito il comportamento doloso o colposo di chi abbia indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto.

Con l'instaurarsi delle trattative tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale (Cassazione civile , sez. un., 12 maggio 2008 , n. 11656). I comportamenti, nel corso delle trattative, per porsi quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del c.c..

Anche l'Amministrazione è tenuta a rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale se, violando i doveri di buona fede e correttezza, abbia ingenerato nella controparte un affidamento in relazione alla conclusione del contratto (Consiglio Stato , sez. VI, 17 dicembre 2008 , n. 6264).

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 della tutela dell'affidamento ingenerato nel privato.

In particolare, anche nell'ambito della giurisprudenza della Cassazione, i doveri di lealtà e correttezza vengono esplicitati nel dovere di avvertire l'altra parte delle effettive possibilità di stipulazione del contratto.

Nel caso di specie, il procedimento non è giunto alla conclusione con un provvedimento di aggiudicazione; quindi non si è verificato quel particolare affidamento che la giurisprudenza ha ravvisato nella posizione dell'aggiudicatario.

L'Amministrazione, poi, non ha ingenerato, con il suo comportamento, nel corso della procedura, alcun particolare affidamento nella ATI ricorrente circa la conclusione del contratto. Un tale affidamento non è stato provocato dalla Amministrazione, essendo stato l'impegno di spesa annullato dalla Corte dei Conti già dal 1991; inoltre la ATI era a conoscenza sia del parere negativo del comitato tecnico amministrativo del gennaio 1992, sia della necessaria prosecuzione del procedimento presso il Consiglio superiore dei lavori Pubblici, in presenza di tale parere negativo. L'art 17 del d.p.r. n° 1534, in caso di parere negativo del comitato tecnico amministrativo, prevedeva, infatti, espressamente la richiesta di parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici. Il procedimento per la verifica del progetto esecutivo, a seguito dell'intervento del Ministero e del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, si concludeva il 15-7-1993 con il nuovo esame da parte del Comitato, positivo ma subordinato al finanziamento dell'opera. E' evidente che la necessaria prosecuzione del procedimento secondo le prescrizioni normative non può aver mai ingenerato nella impresa alcun particolare affidamento tale da giustificare il riconoscimento di una responsabilità precontrattuale anche nella fase precedente all'aggiudicazione. Dal 1991 al 1993, il procedimento è seguito, dunque, secondo quanto previsto dalla legge, presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici. Inoltre, il tempo in cui si è svolto il procedimento non può ritenersi eccessivo e comunque non vi è alcun elemento per ritenere che tale lasso temporale abbia provocato il mancato completamento del procedimento di gara.

Il motivo della mancata realizzazione dell'opera è il venire meno finanziamento dell'opera stessa. Non si può ritenere che, dal gennaio 1992 al luglio 1993, nel tempo intercorso per il procedimento davanti al Consiglio superiore dei Lavori Pubblici, si sarebbe potuta evitare la perdita del finanziamento. Dopo la perdita della copertura finanziaria per il rilievo della Corte dei Conti, già per l'anno successivo, 1992, la opera avrebbe dovuto essere ancora finanziata. Sotto il profilo del nesso di causalità neppure vi è alcun elemento per ritenere che se il procedimento presso il comitato tecnico ed il Consiglio superiore dei Lavori pubblici fosse stato completato in termini più brevi la gara avrebbe trovato copertura finanziaria.

Nel caso di specie, la mancata copertura finanziaria dell'opera era circostanza nota fin dall'inizio del procedimento, risultando già dal bando di gara. Nel bando di gara, infatti, era già dato espressamente atto che il finanziamento era disponibile solo per una somma limitata (riservandosi l'Amministrazione la facoltà di procedere per stralci in relazione ai successivi finanziamenti) e che era limitato al 1991.

L'Amministrazione non ha dunque ingenerato nella impresa ricorrente alcun particolare affidamento in relazione alla stipulazione del contratto.

Inoltre, la responsabilità precontrattuale, indipendentemente dalla tesi accolta in ordine alla natura contrattuale o extracontrattuale, è dolosa o colposa. Nel caso di specie non si può ravvisare la colpa della Amministrazione, in particolare, in relazione alla mancata copertura finanziaria dell'opera.

La mancata copertura finanziaria dell'opera, in primo luogo, non può condurre di per se' ad una affermazione di responsabilità.

La giurisprudenza ha, infatti, affermato che l'amministrazione risponde a titolo di responsabilità precontrattuale se, nel momento in cui abbia accertato o poteva essere accertato il venir meno della copertura finanziaria, abbia comunque proceduto all'aggiudicazione provvisoria ingenerando l'affidamento nel privato (Consiglio Stato , sez. IV, 19 marzo 2003 , n. 1457). Deve ritenersi sussistente la colpa dell'amministrazione che addiviene alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale (Consiglio Stato , sez. VI, 10 settembre 2008 , n. 4309).

Nel caso di specie, fin dall'inizio sono stati chiariti il quantum e i tempi del finanziamento. Inoltre il provveditorato, peraltro, in maniera illegittima, aveva anche proceduto ad iscrivere l'impegno di spesa per il 1991, impegno annullato dalla Corte dei Conti, proprio perché il procedimento non era stato completato. Successivamente, una volta perso il finanziamento, quindi, in maniera corretta non si è proceduto alla conclusione della procedura di affidamento.

Né si può ritenere in colpa l'Amministrazione per non avere mantenuto la disponibilità del finanziamento. E' stata, infatti, la legge n° 109 dell'11-2-1994 a introdurre espressamente la necessità della copertura finanziaria già al momento della programmazione dei lavori pubblici, proprio al fine di evitare la mancata realizzazione di opere pubbliche ed il dispendio di risorse per opere non

completate. In particolare l'art 14 nel testo originario, poi sostituito dalla cd. Merloni ter, ha previsto che le amministrazioni aggiudicatrici approvassero il programma dei lavori pubblici da eseguire nel triennio con l'indicazione dei mezzi stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, nonchè disponibili utilizzando, in base alla normativa vigente, contributi o risorse dello Stato, delle regioni o di altri enti pubblici già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci. Il programma triennale doveva prevedere l'elenco dei lavori per settore; le priorità di intervento; il piano finanziario complessivo e per settore; i tempi di attuazione degli interventi. Nel programma è data priorità alla manutenzione e al recupero del patrimonio pubblico, nonchè al completamento di lavori già iniziati. Ai sensi del comma sei, le pubbliche amministrazioni non potevano concedere finanziamenti per la realizzazione di lavori ed opere pubbliche non ricompresi nei programmi.

Rispetto al bando di gara del 1991, non può ravvisarsi alcuna responsabilità a carico della Amministrazione, in relazione alla parziale copertura finanziaria dell'opera oggetto della gara ed alla perdita di finanziamento per l'anno successivo.

La domanda di risarcimento danni a titolo di responsabilità precontrattuale deve essere dunque rigettata.

Il ricorso è dunque infondato e deve essere respinto.

In considerazione della complessità delle questioni, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 13 maggio e del 17 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/06/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO