



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2271 del 2023, proposto da Vibeco S.r.l. in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Ecoross S.r.l. e B.M. Service S.r.l. in Liquidazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli, Fabio Massimo Pellicano, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Francesco Ventrice, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale
per la Calabria, Sezione Prima, n. 2172 del 2022.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2023 il Cons. Luigi Furno e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale.

FATTO e DIRITTO

I fatti rilevanti ai fini del decidere possono essere riassunti come segue:

- Vibeco s.r.l. in proprio (e nella qualità di impresa mandataria dell' A.T.I. costituenda con le Imprese Ecoross S.r.l. e B.M. Service S.r.l. in liquidazione,) partecipava alla procedura aperta per *“l’Affidamento del servizio di accettazione, imballaggio, stoccaggio temporaneo, carico, trasporto, recupero e/o smaltimento in ambito internazionale comunitario dei rifiuti aventi codici cer [20.03.01] prodotti nel territorio della regione Calabria ”*, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso ex artt. 81 e 82, d.lgs. n. 163/06 ,*ratione temporis* applicabili;
- con verbale di gara n. 9, dell’1 ottobre 2014, la Regione Calabria disponeva l’aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Vibeco s.r.l.;
- con decreto dirigenziale prot. n. 455, del 19 giugno 2015 veniva disposta l’aggiudicazione definitiva in favore dell’A.T.I. Vibeco;
- in data 3. Agosto 2015 l’A.T.I. Vibeco inoltrava la cauzione definitiva per l’importo di euro 2.667.450,00;
- in data 9 ottobre 2015 l’A.T.I. Vibeco inoltrava le seguenti notifiche riguardanti gli impianti di trattamento e recupero facenti capo alla società Naturcomval Ambiental S.L. di Hoya Gonzalo (Albacete)Consejeria du Medio Ambiente di Castilla – La Mancha: - IT016669 Ecoross 200301 15.000 ton Spagna – R12/R1;IT016672 Calabria Maceri 200301 15.000 ton Spagna – R12/R1; -IT016673 Ecosistem 200301 10.000 ton Spagna – R12/R1 -IT016675 Sambatello (RC) 200301 40.000 ton Spagna – R12/R1;
- in data 19 ottobre 2015 l’A.T.I. Vibeco chiedeva alla Regione il rilascio

delle autorizzazioni relative alle dotazioni impiantistiche necessarie per l'attivazione del servizio e, in data 17.11.2015, comunicava di essere in grado di iniziare il servizio, avendo la disponibilità dei centri di confezionamento in balle dei rifiuti; - il 14 gennaio 2016 l'ATI Vibeco riceveva note di rilievo da parte del Vice-consejero in relazione all'osservanza del c.d. "principio dell'autosufficienza" di cui all'art. 11, par. 1, lett. g), punto i), del Regolamento EU del 14.1.2016 n. 1013, cui seguivano controdeduzioni dell'ATI Vibeco, rigettate dall'Autorità di destinazione il successivo 29.marzo .2016;

- in data 10 febbraio 2016, Vice-consejero denegava definitivamente le autorizzazioni richieste;

- a seguito delle problematiche riscontrate in ordine alle succitate notifiche, A.T.I. Vibeco si attivava per la ricerca di impianti di paesi di destinazione diversi, depositando, in data 19.2.2016, presso il competente ufficio della Regione Calabria le seguenti ulteriori notifiche transfrontaliere: -IT016670 Sambatello 200301 10.000 ton Portogallo – D1; -IT016671 Ecoross 200301 15.000 ton Spagna – R12/R1; - IT016674 Calabria Maceri 200301 20.000 ton Spagna – R12/R1, - IT016679 Sambatello 200301 50.000 ton Portogallo – D1, - IT016680 Sambatello 200301 25.000 ton Spagna – R12/R1;

- la Regione Calabria, non approvando l'operazione di smaltimento in discarica proposta da Vibeco, procedeva ad annullare le notifiche IT016670 e IT016679;

- con nota n. 5882 del 30 giugno 2016, l'Agencia de residus de Catalunya autorizzava la notifica IT016671 dell'1.4.2016, che l'A.T.I. Vibeco trasmetteva, con nota n. 2125/16 del 4 agosto 2016, alla Regione;

- con nota del 26 febbraio 2016 A.T.I. Vibeco chiedeva alla Regione la consegna del sito di Sambatello e comunicava l'acquisto delle

apparecchiature meccaniche necessarie per l'imballaggio;

- con nota prot. n. 78658 del 9 marzo 2016 la Regione accettava di valutare la proposta dell'A.T.I. Vibeco di una variante consistente nell'introduzione della c.d. "fase di trito-vagliatura" dei rifiuti al fine di destinare la conseguente frazione secca verso altri Stati facenti parte dell'Unione europea;

- l'A.T.I. Vibeco formalizzava quindi la proposta di variante, acquisita al protocollo regionale con nota n. 170779 del 26 maggio 2016;

- con nota dell'11 ottobre 2016 l'A.T.I. Vibeco sollecitava la Regione a completare l'istruttoria relativa alla suddetta proposta di variante, allegando a un parere legale a sostegno della relativa praticabilità;

- con nota del 9 novembre 2016 la Regione rappresentava la necessità di effettuare verifiche istruttorie in relazione alla riferita proposta di variante;

- con note del 10 e del 14 novembre 2016 l'A.T.I. Vibeco riscontrava la precedente comunicazione della Regione;

- con nota prot. n. 370468 del 12 dicembre 2016 la Regione comunicava l'insussistenza delle condizioni per procedere alla stipula del contratto;

- con nota del 30 dicembre 2016 l'A.T.I. Vibeco manifestava il proprio interesse all'esecuzione del servizio appaltato, senza ottenere riscontro dalla Regione;

- con nota del 2 maggio 2017 l'A.T.I. Vibeco diffidava la Regione alla stipula del contratto, trasmettendo l'8.6.2017 tutta la documentazione di gara all'A.N.AC., per lo svolgimento dell'attività ispettiva di competenza;

- con comunicazione prot. n. 290073 del 18 settembre 2017 la Regione riscontrava l'ultima nota dell'A.T.I. Vibeco;

- con determina a contrarre n. 9747 dell'11 settembre 2018 la Regione

indiceva una procedura aperta per l'affidamento del “*servizio di trasporto e trattamento in impianti extraregionali muniti di AIA, dei rifiuti CER 19.05.03 e 19.12.12 prodotti dall'impianto di Sambatello e provenienti dai comuni ricadenti nell' Ambito Territoriale Ottimale di Reggio Calabria (ATO 5 RC)*”, con scadenza per la presentazione delle offerte fissata al 15 ottobre 2018;

- con atto notificato in data 24 settembre 2018 l'A.T.I. Vibeco proponeva ricorso dinanzi al T.a.r per la Calabria avverso il silenzio inadempimento della Regione Calabria;

- il ricorso avverso il silenzio veniva accolto con sentenza n. 2412 del 31 dicembre 2021;

- il successivo 7 febbraio 2022 la Regione comunicava, tramite Pec, l'adozione del decreto dirigenziale n. 977 del 3 febbraio 2022 che disponeva la revoca dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Ciò premesso in punto di fatto, con ricorso in primo grado Vibeco s.rl chiedeva:

- in via principale di accertare il diritto al risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale e, per l'effetto, condannare la Regione Calabria al pagamento dell'importo di € 3.028.934,20 (a titolo di “danno emergente”);

- sempre in via principale, di accertare il proprio diritto al risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione e, per l'effetto, condannare la Regione Calabria al pagamento dell'ulteriore importo di € 533.490,00 (a titolo di “lucro cessante”);

- in via subordinata di accertare il proprio diritto all'indennizzo ex art. 21 *quinquies*, comma 1-*bis*, legge n. 241/90 e, per l'effetto, condannare la Regione Calabria al pagamento dell'importo di € 3.028.934,20.

Le doglianze di Vibeco srl. erano affidate ai seguenti motivi:

In merito alla responsabilità precontrattuale e da ritardo: violazione e falsa applicazione dell'artt. 2 e 2 bis, comma 1, L. n. 241/90 e s.m.i.; violazione dell'art.11, comma 9, d.lgs. 163/06 e s.m.i.; violazione degli artt. 1337 e 1338 Cod. civ. con conseguente responsabilità precontrattuale della Regione; violazione dei principi di buona fede, lealtà e legittimo affidamento del privato; eccesso di potere per carenza di istruttoria; sviamento di potere; illogicità; perplessità.

Vibeco srl., in particolare, dalla premessa secondo la quale la sentenza del Tar Catanzaro n. 2412/21 aveva accertato l'illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Calabria in relazione alla domanda di stipulazione del contratto, faceva discendere la prova del nesso causale tra l'illegittimo comportamento dell'amministrazione e i danni da essa riportati a titolo di responsabilità precontrattuale.

La ricorrente, dopo aver richiamato a sostegno della propria posizione la giurisprudenza in materia di responsabilità precontrattuale, rilevava che la condotta della Regione avrebbe dovuto essere qualificata come colposa ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., con conseguente obbligo risarcitorio. In ordine al *quantum* della richiesta risarcitoria formulata, la ricorrente affermava di aver sostenuto, per garantire l'effettiva esecuzione del servizio, un investimento, ripartito tra le imprese del raggruppamento ed analiticamente quantificato per un totale di € 3.028.934,20 a titolo di danno emergente;

in merito alla responsabilità da atto illegittimo: violazione dell'art. 21 quinquies L. n. 241/90 e s.m.i.; violazione dell'art. 4.2., n. 12) del disciplinare di gara; violazione degli artt. 3.2 e 3.4 del Capitolato Speciale d'Appalto; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, carenza di motivazione e sviamento; perplessità.

La società ricorrente contestava, preliminarmente, l'assenza dei

presupposti previsti dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 199090 per pervenire ad un provvedimento di revoca, e segnatamente la mancanza di una sopravvenienza, fattuale o normativa, rispetto ai fatti già conosciuti dall'Amministrazione, oltre che l'assenza di una nuova ponderazione dell'interesse pubblico rispetto agli interessi antagonisti.

Vibeco lamentava inoltre l'infondatezza degli addebiti ad essa mossi dalla Regione nel provvedimento di revoca.

A sostegno della propria impostazione rilevava di aver rispettato le prescrizioni dell'art. 3.4 del capitolato speciale d'appalto, riprodotte dell'art. 4.2., del disciplinare di gara, atteso che:

- queste prescrivevano l'ottenimento delle autorizzazioni *“nel più breve tempo possibile”* senza stabilire termini precisi;
- in data 9 ottobre 2015 l'A.T.I. Vibeco aveva presentato le prime quattro notifiche transfrontaliere per un quantitativo di 80.000 tonnellate;
- in data 17 novembre 2015 aveva ottenuto la disponibilità dei centri di confezionamento in balle dei rifiuti ed era, pertanto, in grado di iniziare il servizio nelle more del perfezionamento delle notifiche transfrontaliere;
- il termine dei 120 giorni indicato nel disciplinare si riferiva *“all'effettivo inizio del trasporto”* e recava al suo interno la clausola derogatoria *“salvo il maggior tempo richiesto dalle Amministrazioni che devono fornire le necessarie autorizzazioni”*;
- in ogni caso, dalla data di aggiudicazione del 9 luglio 2015 a quella di ottenimento delle notifiche erano trascorsi circa 90 giorni;
- la stipula del contratto non era condizionata all'ottenimento delle notifiche per l'intero quantitativo delle tonnellate indicate in offerta (300.000 tonnellate);
- in ogni caso, la Regione Calabria non aveva mai lamentato il ritardo

rispetto al termine previsto dal menzionato art. 3.4 del Capitolato speciale d'Appalto, con ciò riconoscendo sia l'assenza di un termine perentorio sia l'applicazione della suddetta clausola derogatoria dei 120 giorni e dimostrando comunque interesse alla formalizzazione del contratto, come proverebbe ulteriormente il mancato incameramento della cauzione provvisoria.

Vibeco inoltre contrastava quanto asserito nel decreto di revoca in ordine alle criticità registratesi in relazione alle notifiche nella Regione di Castilla-La Manca, osservando di essersi adoperata per risolvere tali criticità, e di essere riuscita, in data 19 febbraio 2016, a mettere a disposizione della Regione Calabria n. 5 notifiche, utili a coprire un quantitativo di circa 100.000 tonnellate.

Vibeco imputava, pertanto, alla Regione Calabria la mancata approvazione dell'operazione di smaltimento in discarica e il conseguenziale annullamento delle notifiche IT016670 e IT016679.

Vibeco ulteriormente contestava alla Regione Calabria:

- di non aver utilizzato la notifica IT016671, accettata in data 1.4.2016 dall'Agencia de residus de Catalunya, successivamente nel giugno 2017, per poi richiedere, in data 18.9.2017, alla ricorrente una prestazione ritenuta oggettivamente impossibile, ovvero il trasferimento all'estero di 180.000 ton annue;
- la non fondatezza dell'assunto della Regione per cui la variante proposta celasse difficoltà autorizzative, ritenendo ciò indimostrato;
- che il servizio di "trito-vagliatura", con relativo trattamento meccanico sul rifiuto urbano indifferenziato (codice CER 20.03.01), avrebbe agevolato il confezionamento e la spedizione transfrontaliera, in ragione del fatto che, pur assumendo la frazione "secca" (destinata al trasporto) un diverso codice CER (19.12.12) non ne sarebbe mutata la

qualificazione tecnica e giuridica del rifiuto, sottoposto alla stessa disciplina del codice CER originario, dando luogo ad una opzione fattibile sia praticamente che giuridicamente, attesa l'assenza di una modifica sostanziale delle prestazioni appaltate; inoltre, la modifica sarebbe risultata foriera di vantaggi per la Regione, atteso che la sola frazione secca di sopravaglio sarebbe stata smaltita all'estero mentre la residua frazione sarebbe stata smaltita utilizzando alcune potenzialità residue di trattamento e smaltimento regionali.

Infine, Vibeco deduceva l'insufficienza e l'inadeguatezza dell'istruttoria e della motivazione poste a sostegno del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, da cui, in tale ottica, deriverebbe la responsabilità della Regione in relazione al risarcimento anche del c.d. "lucro cessante", (perdita dell'utile dall'esecuzione del contratto di appalto) quantificato in € 533.490,00, pari all'1% dell'offerta, oltre al danno curriculare, quantificabile in via equitativa tra l'1% e il 5% su quanto liquidato come lucro cessante.

La sentenza n. 2172/2022 del TA.R. per la Calabria, Sez. I, respingeva:

- la richiesta di risarcimento dei danni da ritardo per la mancanza di prova in ordine alla c.d. spettanza del bene della vita;
- la richiesta di risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale scaturente dalla revoca e la richiesta di risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione del contratto, ritenendo che, in base alle risultanze probatorie in atti, non emergessero i presupposti per ritenere illegittimo o comunque illecito l'operato della Regione Calabria;
- la domanda subordinata di liquidazione dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies*, comma 1-*bis*, L. n. 241/90. ritenendo che la Regione si fosse determinata in termini di revoca-inadempimento causalmente riconducibile al comportamento dell'aggiudicatario e non, invece, in

termini di revoca in autotutela per sopravvenuto mutamento normativo o degli interessi pubblici in gioco.

Contro quest'ultima decisione Vibeco s.r.l. ha proposto appello con il quale, previa riforma della sentenza T.A.R. per la Calabria, Sez. I, 28 novembre 2022 n. 2172, ha chiesto di accogliere il ricorso proposto in primo grado e, per l'effetto:

1)in via preliminare: dichiarare la nullità della sentenza per difetto di contraddittorio e/o per contrasto di giudicati, in relazione alla sentenza del T.A.R. Calabria n. 2412/2021;

2)in via principale:

-annullare il Decreto dirigenziale n. 977 del 3 febbraio 2022 di revoca dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. Vibeco S.r.l.;

-accertare il diritto dell'A.T.I. Vibeco S.r.l. al risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale con conseguente condanna della Regione Calabria al pagamento dell'importo di € 3.028.934,20 (a titolo di "danno emergente"), ovvero per la maggiore o minore somma che risulterà di giustizia, oltre rivalutazione ed interessi legali dalla data della presente domanda sino al giorno dell'effettivo ristoro;

- accertare il diritto dell'A.T.I. Vibeco S.r.l. al risarcimento del danno da ritardo;

- accertare il diritto dell'A.T.I. Vibeco S.r.l. al risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione con conseguente condanna della Regione Calabria al pagamento dell'ulteriore importo di € 533.490,00 (a titolo di "lucro cessante"), oltre rivalutazione ed interessi legali dalla data della presente domanda sino al giorno dell'effettivo ristoro;

- in via subordinata: accertare il diritto dell'A.T.I. Vibeco S.r.l. all'indennizzo ex art. *quinquies*, comma 1-*bis*, L. n. 241/90, con conseguente condanna della Regione Calabria al pagamento

dell'importo di € 3.028.934,20, oltre rivalutazione ed interessi legali dalla data della presente domanda sino al giorno dell'effettivo ristoro.

L'atto di appello è affidato ai seguenti motivi:

1) nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c.; violazione degli artt. 2909 c.c., 324 e 329 c.p.c. per contrasto con il giudicato formatosi sulla sentenza del T.A.R. per la Calabria, Sez. I, n. 2412/21; erronea motivazione circa un fatto decisivo per la controversia;

2) vizio di omessa pronuncia; illogicità della motivazione; nullità della sentenza per difetto del contraddittorio; erroneità ed illogicità della sentenza per violazione delle norme in tema di disponibilità, onere e valutazione della prova; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 64 comma 1 c.p.a., degli artt. 115 e 116 c.p.c.; violazione del principio dispositivo; violazione del principio di non contestazione; violazione dei principi del giusto processo e di parità delle armi; violazione del contraddittorio, carenza d'istruttoria e illogicità della motivazione;

3) erroneità della motivazione circa un fatto decisivo per la controversia; violazione e falsa applicazione dell'artt. 2 e 2 *bis*, comma 1, legge n. 241/90 e s.m.i.; violazione dell'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/06 e s.m.i.; violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.; violazione e falsa applicazione degli artt. 4.2, nn. 12, 13 e 9 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 3.2 e 3.4 del Capitolato speciale d'appalto; violazione dei principi di buona fede, lealtà e legittimo affidamento del privato;

4) erronea e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies*, legge n. 241/90 e s.m.i.; violazione dell'art. 4.2., n. 12) del disciplinare di gara; violazione degli artt. 3.2 e 3.4 del Capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, carenza di motivazione e sviamento; perplessità;

5) illegittimità della sentenza per non aver riconosciuto l'obbligo di un indennizzo *ex lege* in favore dell'A.T.I. Vibeco; erroneità della

motivazione; violazione dei principi di legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche; violazione del principio di proporzionalità; illogicità.

Si è costituita nel presente giudizio la Regione Calabria chiedendo la declaratoria di infondatezza dell'appello.

In vista dell'udienza del 27 aprile 2023 le parti hanno depositato memorie e repliche con le quali hanno chiarito e ulteriormente argomentato la fondatezza delle rispettive posizioni difensive.

All'udienza del 27 aprile 2023 la causa, è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato per le ragioni che seguono.

Con un primo motivo di appello Vibeco lamenta la nullità della sentenza impugnata per violazione e/o contrasto con il giudicato formatosi per effetto della menzionata decisione del T.A.R. per la Calabria, Sez. I, n. 2412/21.

È ciò in quanto la Regione avrebbe disposto la revoca dell'aggiudicazione (Decreto n. 977 del 3 febbraio 2022, impugnato in primo grado) solo a seguito del giudizio *contra silentium* promosso dall'A.T.I. Vibeco, terminato con l'accertamento del silenzio-inadempimento dell'Amministrazione.

Da siffatta premessa, in particolare, l'odierna appellante fa discendere l'ulteriore illazione secondo cui il giudice di prime cure avrebbe dovuto considerare ormai provata l'illegittimità della condotta dell'Ente. come dimostrerebbe il riferimento, contenuto al par. 5 della sentenza impugnata, al fatto che "*il silenzio ha assunto connotati di illegittimità*".

Sulla scorta delle predette considerazioni, rileva la società appellante che, essendo la sentenza passata in giudicato il 2 febbraio 2022 e, quindi, anteriormente alla notifica del ricorso di primo grado (avvenuta l'8 marzo 2022), il giudice di prime cure, per effetto del disposto di cui

all'art. 2909 del Codice civile, non avrebbe potuto disattendere le statuizioni.

Il motivo è infondato.

La tesi sostenuta dalla parte appellante urta contro il pacifico orientamento interpretativo secondo cui la decisione che si limita a registrare il silenzio-inadempimento, senza pronunciarsi in alcun modo in ordine alla spettanza del bene della vita, non condiziona la legittimità dei successivi atti adottati in esecuzione di essa.

Nel caso di specie, la sentenza del T.A.R. per la Calabria, Sez. I, n. 2412/21, a fronte dell'intervenuta aggiudicazione della procedura in favore della società appellante, si è limitata a sancire l'obbligo giuridico della stazione appaltante di determinarsi, esprimendo e comunicando la definitiva la volontà di stipulare o meno il contratto in questione.

Non avendo operato alcun accertamento in ordine alla fondatezza della pretesa dell'odierna parte appellante, la sentenza del T.A.R. per la Calabria, Sez. I, n. 2412/21, non è idonea ad incidere (neanche sotto il profilo della qualificazione del comportamento dell'amministrazione come illegittimo ai fini della configurabilità della fattispecie dell'illecito aquiliano) sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

Nel caso in esame, la sentenza n. 2412/21 ha riconosciuto alla società Vibeco la titolarità di un interesse strumentale alla conclusione del procedimento, non di un interesse finale alla conclusione del contratto.

Con un secondo motivo di gravame la società appellante deduce: violazione dei principi di non contestazione, del giusto processo e di parità delle armi; violazione del contraddittorio; carenza d'istruttoria;

illogicità della motivazione.

Ad avviso della Vibeco s.r.l., la sentenza impugnata avrebbe violato i principi del giusto processo e della parità delle armi, in quanto si sarebbe *“pressoché sostituita al patrocinio legale della Regione, non costituitasi in giudizio”*.

Secondo la parte appellante, il tenore delle argomentazioni sviluppate nella sentenza impugnata apparirebbe simbiotico con le ragioni dell'Amministrazione, assumendo, in più tratti, le sembianze di una memoria difensiva più che di una statuizione di un giudice terzo ed imparziale.

La tesi sostenuta da Vibeco è palesemente infondata, basandosi su affermazioni del tutto indimostrate, a fronte delle argomentazioni della sentenza di primo grado, non solo condivisibili, per quanto si dirà nel prosieguo, ma soprattutto incentrate esclusivamente sulla meticolosa e analitica lettura degli atti del giudizio.

Con una ulteriore sub-censura, deduce Vibeco S.r.l. che erroneamente la sentenza impugnata avrebbe omesso di trarre argomenti di prova dalla mancata costituzione in giudizio della Regione, in applicazione della disposizione di cui articolo 64, comma 4 C.p.a., la quale costituirebbe, per la sua ampiezza *“una disposizione di chiusura del sistema, applicabile quindi anche alle parti non costituite”*.

E ciò in quanto *“qui tacet neque negat, neque utique fatetur”*.

Anche tale sub-censura non è suscettibile di favorevole considerazione.

In senso contrario il Collegio rileva che la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che il principio di non contestazione è applicabile solo nell'ipotesi di costituzione in giudizio della parte resistente, al pari di quanto avviene nel processo civile, in base alla considerazione per cui la contumacia integra un

comportamento neutrale, salvo il caso eccezionale, non ricorrente nella specie, in cui, anche in assenza di costituzione dell'amministrazione, quest'ultima sia stata sia stata ripetutamente compulsata dal giudice amministrativo a prendere posizione sui fatti di causa (cfr., *ex pluribus* Consiglio di Stato, Sezione Seconda, n. 6086/2019).

Con un terzo motivo di appello Vibeco reitera gran parte delle censure formulate con il primo motivo di ricorso in primo grado, in particolare deducendo:

-erroneità della motivazione circa un fatto decisivo per la controversia; violazione e falsa applicazione dell'artt. 2 e 2 *bis*, comma 1, legge n. 241/90 e s.m.i.; violazione dell'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/06 e s.m.i.; violazione degli artt. 1337 e 1338, c.c.; violazione e falsa applicazione degli artt. 4.2, nn. 12, 13 e 9 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 3.2 e 3.4 del Capitolato speciale d'appalto; violazione dei principi di buona fede, lealtà e legittimo affidamento del privato.

Secondo la parte appellante, l'errore principale in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata consisterebbe nel fatto di non aver correttamente valutato che la revoca dell'aggiudicazione sarebbe stata adottata esclusivamente in ottemperanza alla sentenza del T.A.R. Calabria n. 2412/2021 e, pertanto, a seguito dell'instaurazione, da parte di Vibeco S.r.l.; del giudizio avverso il silenzio inadempimento, in assenza del quale, la Regione, probabilmente, non avrebbe ancora concluso il procedimento.

Non si comprenderebbe, a giudizio dell'odierna appellante, come il giudice di primo grado abbia potuto sottostimare l'attività d'impulso svolta dalla Vibeco sia in sede sia giudiziale, sia stragiudiziale (il riferimento è all'esposto ad A.N.AC. di cui si è dato conto nella parte in fatto).

Con una seconda sub-censura Vibeco impugna la sentenza impugnata (segnatamente i paragrafi 8.3.4, 8.3.5, 8.3.6 della relativa motivazione) in quanto l'interpretazione da essa fornita delle clausole del disciplinare e del Capitolato risulterebbe in contrasto con il tenore letterale delle stesse.

E ciò in quanto il giudice di primo grado, pur muovendo dalla corretta premessa secondo cui le autorizzazioni non costituiscono "requisiti di partecipazione" alla gara, ha cionondimeno erroneamente ritenuto che la stipula del contratto fosse condizionata alla disponibilità delle autorizzazioni necessarie al conferimento all'estero dei rifiuti "*nelle quantità previste dal contratto*".

A sostegno di tale impostazione si evidenzia che gli articoli 4.2, nn. 12, 13 e 9 del disciplinare di gara e l'art.3.4 del Capitolato speciale d'appalto non conterrebbero alcun riferimento alla quantità di rifiuti da conferire all'estero;

L'art. 3.4 del Capitolato, richiamato nel provvedimento di revoca,(e riproduttivo del contenuto dell'art. 4.2., n. 12 del disciplinare di gara), prevede, infatti, che "*...ricevuta la comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva, l'appaltatore procederà con tutte le azioni necessarie per l'ottenimento, nel più breve tempo possibile, delle autorizzazioni necessarie*"; nonché: "*Il contratto sarà sottoscritto solo ad avvenuto ottenimento di tutte le autorizzazioni previste dalla normativa vigente ... se ... il mancato ottenimento delle autorizzazioni dovesse essere riconducibile a fatto e/o colpa dell'appaltatore, la Stazione appaltante incamererà la cauzione provvisoria, salvo il riconoscimento del maggior danno ... Dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a quella di effettivo inizio del trasporto transfrontaliero non dovranno intercorrere più di 120 giorni, fatto salvo*

il maggior tempo richiesto dalle Amministrazioni che devono fornire le necessarie autorizzazioni”.

Da quanto indicato, ad avviso dell'odierna appellante, si desumerebbe che, contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza impugnata, Vibeco avrebbe osservato siffatte prescrizioni, atteso che:

1)esse non stabilivano un termine entro il quale l'aggiudicatario dovesse acquisire le autorizzazioni necessarie, bensì soltanto che ciò dovesse avvenire *“nel più breve tempo possibile”*;

2)in data 9 ottobre 2015, A.T.I. Vibeco ha presentato le prime quattro notifiche transfrontaliere per un quantitativo di 80.000 tonnellate;

3)in data 17 novembre 2015, A.T.I. Vibeco era in grado di iniziare il servizio, poiché aveva la disponibilità dei centri di confezionamento in balle dei rifiuti e, per l'effetto, poteva intanto avviare detta attività, nelle more del perfezionamento delle notifiche transfrontaliere;

3)il suddetto termine dei 120 giorni sarebbe suscettibile di deroga come comproverebbe la locuzione *“salvo il maggior tempo richiesto dalle Amministrazioni che devono fornire le necessarie autorizzazioni”*;

4) in ogni caso, dalla data di aggiudicazione del 9 luglio 2015 a quella di ottenimento delle notifiche, sono trascorsi circa 90 giorni;

5)la stipula del contratto non era condizionata all'ottenimento delle notifiche per l'intero quantitativo delle tonnellate indicate in offerta (300.000 tonnellate), come apoditticamente avrebbe sostenuto dal Giudice di prime cure.

In conclusione, il tenore delle prescrizioni citate sarebbe, ad avviso dell'odierna appellante, chiaramente finalizzato a regolamentare la fase successiva all'aggiudicazione, senza imporre obbligazioni perentorie e, soprattutto, senza imporre limiti di natura quantitativa.

A giudizio di Vibeco sarebbe inoltre erronea anche l'interpretazione che

la sentenza impugnata ha dato della clausola di cui all'articolo 4.2., n. 12, del disciplinare in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di primo grado, la disposizione in esame, ne prevedere che *“se la disponibilità di accettazione del rifiuto del miglior offerente fosse inferiore alle esigenze di smaltimento l'Amministrazione, per la parte residua, avrebbe potuto ricorrere al secondo classificato”* avrebbe consentito all'amministrazione di stipulare uno o più contratti con altri operatori, procedendo secondo l'ordine di posizionamento in graduatoria fino al completo soddisfacimento dell'esigenze di smaltimento regionali. Inoltre, sempre l'art. 4.2 nello stabilire che: *“i quantitativi di rifiuti devono intendersi presuntivi ”* e che *“all'affidatario saranno riconosciute le spettanze derivante dalle quantità effettivamente recuperate e/o smaltite, anche ove durante la fase operativa intervengano variazioni delle quantità conferite per sopraggiunti interventi normativi e/o amministrativi ”* chiariva, ad avviso di Vibeco, che non vi fosse un quantitativo minimo di rifiuti da smaltire inderogabilmente stabilito dalla legge di gara, ma solo la previsione di stime presuntive. Per tale ragione, a giudizio della parte appellante, l'offerta esprimeva il prezzo unitario giornaliero per ciascuna tonnellata di rifiuti, nonché la capacità massima di smaltimento, ma non anche il quantitativo esatto di rifiuti che sarebbe stato conferito all'estero e che, quindi, l'Amministrazione avrebbe retribuito.

Partendo da tale premessa interpretativa Vibeco trae l'ulteriore corollario per cui, ai fini della successiva stipulazione del contratto, sarebbe stato del tutto illogico pretendere che l'aggiudicatario dovesse possedere contemporaneamente le autorizzazioni per conferire *“l'intera quantità di rifiuti stimata”*, perché siffatta stima avrebbe avuto una valenza soltanto presuntiva e non di un impegno negoziale predeterminabile nel suo

ammontare in termini di certezza.

Gli artt. 4.2 del disciplinare di gara e 3.4 del Capitolato speciale d'appalto, infatti, non recherebbero alcun riferimento al numero di tonnellate indicate nell'offerta. Sulla scorta di tali considerazioni Vibeco giunge alla conclusione per cui apparirebbe del tutto ingiustificata, e quindi da riformare, l'affermazione, contenuta nella decisione impugnata, secondo cui l'aggiudicatario avrebbe avuto l'onere di possedere – alla data della stipula del contratto – le autorizzazioni per l'intero quantitativo di rifiuti indicato in offerta (pari a 300.000 tonnellate).

A rincalzo delle argomentazioni sviluppate Vibeco ulteriormente osserva che l'interpretazione fatta propria dal T.a.r, nella sentenza gravata, non sarebbe stata seguita nemmeno dalla Regione, la quale non avrebbe mai lamentato il ritardo nell'ottenimento delle autorizzazioni, come attesterebbe il fatto che la stessa non si è mai avvalsa della facoltà, prevista dal citato art. 3.4 del Capitolato speciale, d'incameramento della cauzione provvisoria, in caso d'inadempimento dell'aggiudicatario.

Di contro, la Regione, invece, avrebbe proseguito le interlocuzioni con l'A.T.I Vibeco. per anni, in tal modo mostrando di avere un persistente interesse alla stipula del contratto.

Da quanto argomentato deriverebbe, ad avviso della Vibeco, anche l'erroneità degli ulteriori assunti formulati nella sentenza impugnata secondo quali l'autorizzazione IT016671 del 1° aprile 2016 non sarebbe stata sufficiente per la stipula del contratto, poiché corrispondente ad una frazione minima dell'offerta” (pari a 15.000 ton) e che sarebbe “*indimostrato* ” ed “*improbabile* ” che la Vibeco “*avrebbe acquisito le autorizzazioni necessarie, in tempo ragionevolmente utile per soddisfare le esigenze della Regione Calabria* ”;

Ad avviso dell'appellante, contrariamente a quanto lasciato intendere nella sentenza impugnata, l'A.T.I. Vibeco non aveva certo intenzione di eseguire solo *pro quota* l'offerta, bensì di iniziare con detto quantitativo, per poi incrementarlo nel corso dell'esecuzione, in modo da ottimizzare i tempi, in attesa del perfezionamento delle altre notifiche.

Del resto, argomenta ulteriormente Vibeco, la presunta difficoltà nell'acquisizione delle notifiche sarebbe causalmente riconducibile al lungo lasso di tempo trascorso dalla predisposizione dell'offerta (13 febbraio 2014) alla formalizzazione dell'aggiudicazione (19 giugno 2015) e non, come si assume nella sentenza impugnata, dall'asserita negligenza dell'A.T.I. Vibeco

Con una terza sub-censura la società appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato che:

- la formulazione di una proposta di variante dell'offerta fosse interpretabile come un'inammissibile variante sostanziale dell'offerta;
- che siffatta proposta di variante rappresentasse una conferma della difficoltà dell'A.T.I. Vibeco di ottenere le autorizzazioni per il conferimento all'estero delle quantità di rifiuti per le quali si era impegnata per il tramite dell'offerta presentata.

Contro l'esattezza di queste conclusioni Vibeco osserva che la proposta di variante in disamina si sarebbe limitata a inserire una "fase di trito-vagliatura" nel servizio. Tale attività avrebbe consentito di operare sul rifiuto urbano indifferenziato (codice CER 20.03.01) un trattamento meccanico che ne avrebbe agevolato sia il confezionamento, sia la spedizione transfrontaliera (trasformandolo in esito al riferito trattamento nel codice CER 19.12.12.). La modifica del codice rifiuto, sempre ad avviso dell'appellante, non avrebbe inciso sull'oggetto della prestazione appaltata, in quanto non avrebbe mutato la qualificazione

tecnica e giuridica del rifiuto.

Il rifiuto risultante dal trattamento, seppure con codice CER diverso, sarebbe, infatti, stato sottoposto alla stessa disciplina del codice CER originario come comproverebbe il parere allegato a sostegno della proposta di variante.

Nella prospettiva in esame, l'approvazione di tale "miglioria" non avrebbe modificato sostanzialmente le prestazioni appaltate.

Le modifiche sarebbero risultate, peraltro, ragionevolmente giustificate, in quanto causalmente riconducibili non già alla soggettiva incapacità dell'odierna appellante di far fronte alle obbligazioni assunte quanto piuttosto a circostanze ed esigenze (della Regione) di natura oggettiva, non sussistenti e neppure astrattamente prevedibili, con l'ordinaria diligenza al momento dell'indizione della gara (2013) così come a quello della sua aggiudicazione (2015) e manifestatesi successivamente quali circostanze ostative ad un corretto svolgimento dei servizi, in conseguenza del lungo lasso di tempo intercorso, anche a causa delle vicende giudiziarie che hanno caratterizzato la procedura in conseguenza del comportamento inerte della Regione.

Del resto, argomenta ulteriormente Vibeco, una volta individuata l'offerta vincente non sussisterebbero ragioni logico-giuridiche ostative alla possibilità per l'Amministrazione di avviare un'ulteriore trattativa con l'operatore aggiudicatario del servizio al fine di ottenere un risultato ancora più conveniente.

Né, sempre a giudizio di Vibeco, potrebbe invocarsi, per opinare diversamente, la tutela della *par condicio* tra i concorrenti atteso che nella fattispecie si sarebbe in presenza di un'unica offerta valida.

A conforto della propria impostazione, l'appellante evidenzia che, per effetto del mutamento del quadro regolatorio di riferimento, le nuove

procedure di gara possono avere ad oggetto esclusivamente il codice CER 19.12.12, in quanto l'unico attualmente conforme alle norme BAT. Sulla scorta di tali premesse l'appellante giunge alla conclusione per cui sarebbe evidente che la procedura per lo smaltimento transfrontaliero del CER 200301, ammissibile al tempo dell'indizione della gara, a partire dal 2017 è divenuta successivamente impraticabile.

Né, a giudizio della società appallante, sarebbe sostenibile l'argomento, svolto in sentenza, secondo cui il sopravvenuto mutamento normativo, in quanto intervenuto successivamente all'aggiudicazione, avrebbe dovuto essere sopportato dalla Vibeco venendo in rilievo nel caso in esame eventi imprevedibili e, come tali, al di fuori della responsabilità dell'aggiudicatario.

Il motivo è complessivamente infondato.

La prima sub censura di cui al terzo motivo di appello non coglie nel segno perché sottende il medesimo errore concettuale che contrassegna il primo motivo di appello ovvero l'erronea sopravvalutazione della sentenza n. 2412/2021, che, come anticipato, calendario alla mano, si è limitata a constatare il silenzio inadempimento della Regione Calabria, senza pronunciarsi in ordine alla fondatezza della pretesa alla stipula del contratto avanzata da Vibeco., ed anzi respingendo la domanda risarcitoria da quest'ultima formulata.

Quanto alla seconda sub censura del terzo motivo di appello pare opportuno, prima di esaminare il merito delle questioni con essa sollevate, brevemente ricostruire il quadro regolatorio di riferimento dell'appalto in disamina.

La legge di gara prevede:

A) al par. 4.1. del disciplinare, l'indicazione nell'offerta del quantitativo su base giornaliera che si prevede di smaltire in una forchetta da 800 ton

a 1200 ton, ribadito, quanto al valore massimo, al par. 4.2, n.3);

B) Il successivo art. 4.2 del disciplinare stabilisce:

- al n. 12) che *“ricevuta la comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva, l'appaltatore procederà con tutte le azioni necessarie per l'ottenimento, nel più breve tempo possibile, delle autorizzazioni necessarie per lo svolgimento delle attività di imballaggio e/o stoccaggio temporaneo e/o trasbordo e/o trasporto transfrontaliero. Dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a quella di sussistenza di tutte le condizioni per l'inizio del trasporto a recupero e/o smaltimento (ad eccezione della sola sottoscrizione del contratto) non dovranno intercorrere più di 120 giorni, fatto salvo il maggior tempo richiesto dalle Amministrazioni che devono fornire le necessarie autorizzazioni”*;

- al n. 13) che *“Il contratto sarà sottoscritto solo ad avvenuto ottenimento di tutte le autorizzazioni previste dalla normativa di settore. In caso di mancato ottenimento delle autorizzazioni, e quindi in caso di impossibilità a dare corso al servizio, all'appaltatore, qualora ciò non sia ad egli imputabile, saranno riconosciuti le spese effettivamente sostenute debitamente giustificate. Nessun altro compenso potrà essere richiesto nè sarà riconosciuto, nemmeno a titolo risarcitorio. Se al contrario il mancato ottenimento delle autorizzazioni dovesse essere riconducibile a fatto e/o colpa dell'appaltatore, la Stazione Appaltante incamererà la cauzione provvisoria, salvo il riconoscimento del maggior danno. Tra le cause riconducibili a fatto dell'affidatario, rientra pure l'individuazione di un immobile ritenuto, in sede di rilascio dell'eventuale autorizzazione, non idoneo allo scopo (...)”*.

C)il successivo art. 9 riprende quanto sopra riportato all'art. 4.2 nn. 12 e 13 prevedendo altresì che: *“Nel caso di: (...) -mancato ottenimento delle*

autorizzazioni all'esercizio dell'impianto di imballaggio e/o dell'attività di trasbordo agli impianti individuati dall'affidatario, per fatto addebitabile all'aggiudicatario medesimo; -mancato ottenimento delle autorizzazioni al trasporto transfrontaliero, per fatto addebitabile all'aggiudicatario, il Committente dichiarerà decaduta l'aggiudicataria ed incamererà la cauzione provvisoria prestata dall'impresa per la partecipazione alla gara, fatto salvo il diritto del Committente di agire per il risarcimento del maggior danno ...".

D) il Capitolato speciale d'appalto, all'art. 3.2, rubricato "*Recupero e smaltimento in ambito internazionale comunitario. Autorizzazioni*" prevede espressamente che "*L'appaltatore a sua cura e spese dovrà individuare uno o più ambiti di recupero e/o smaltimento in ambito internazionale comunitario (provvisi delle necessarie autorizzazioni stabilite dalla normativa comunitaria e nazionale vigente nel paese di destinazione), ove conferirà i rifiuti. L'appaltatore curerà tutti gli aspetti amministrativi riferiti al trasporto transfrontaliero, nel rispetto di quanto contenuto nel d.lgs. 152(2006 e s.m.i., nella direttiva 2008/98/CE nonché nel Regolamento 1013/2006/CE e ss.mm.ii. e di ogni altra norma in materia. In particolare, curerà tutte le attività riguardanti le necessarie autorizzazioni previste dalle normative nazionali ed extranazionali*".

Dalla piana interpretazione letterale delle disposizioni riportate si ricava che, contrariamente a quanto sostenuto dall'odierna appellante, la procedura di affidamento in disamina si scansione nelle seguenti fasi:

- a) una prima fase finalizzata ad individuare il soggetto aggiudicatario;
- b) una seconda fase, intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, nel corso della quale l'aggiudicatario era tenuto ad acquisire le necessarie autorizzazioni quale condizione necessaria per la

stipula del contratto;

c) una terzo fase decorrente dalla stipula del contratto, a seguito della quale avviare le operazioni che, a cominciare dall'accettazione dei rifiuti e proseguendo col loro relativo stoccaggio "tal-qual", imballaggio, e stoccaggio temporaneo delle eco-balle, il loro carico su vettore e il loro trasporto, consentisse all'Ente di conseguire il risultato finale consistente nel conferimento a recupero e/o smaltimento i suddetti rifiuti, così come confezionati, direttamente nel sito di destinazione all'estero, senza cioè impattare sul sistema delle discariche calabresi.

Sempre in via preliminare, occorre ricordare che nella sistematica del d.lgs. 163/06, *ratione temporis* vigente, occorre distinguere: la fase procedimentale, finalizzata alla selezione del migliore offerente mediante l'adozione, all'esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione; la fase provvedimentale, che andava dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto; la fase costitutiva della stipulazione del contratto tra pubblica amministrazione e aggiudicatario; la fase esecutiva di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di una aggiudicazione, le ragioni, potevano dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta inadempiente dell'aggiudicatario. In queste ipotesi la stazione appaltante doveva rimuovere il provvedimento di aggiudicazione (arg. da Adunanza Plenaria n. 5 /2022).

In via generale occorre ulteriormente ricordare che l'aggiudicatario del contratto non è titolare di un diritto soggettivo in quanto l'amministrazione conserva poteri di controllo e di autotutela sull'aggiudicazione che si esprimono in atti autoritativi (di annullamento

o che comunque impediscono l'esecuzione del contratto) nei cui confronti sono ipotizzabili solo interessi legittimi.

Ed in effetti, la giurisprudenza maggioritaria è da tempo orientata nel senso della sussistenza della giurisdizione amministrativa con riferimento allo spazio temporale che va dall'aggiudicazione della pubblica gara alla stipula del contratto (cfr., per tutte, Sezioni Unite, 11 gennaio 2011, n. 391, secondo cui “nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della p.a. spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa”).

Nel corso del procedimento di gara non sussiste, pertanto, in capo all'operatore economico un'aspettativa qualificata alla stipulazione del contratto, tant'è che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di questo consiglio di Stato, a fronte dell'intervenuta aggiudicazione della procedura d'appalto vi è solo un “*obbligo giuridico della stazione appaltante di determinarsi, esprimendo e comunicando la definitiva la volontà di stipulare o meno il contratto in questione e, in caso affermativo, invitando la società alla sottoscrizione dello stesso*”. Ne consegue che “*l'obbligo giuridico di provvedere non ha, dunque, ad oggetto la conclusione del contratto — esito questo a cui l'amministrazione non è vincolata — bensì la determinazione, di natura prettamente autoritativa e come tale equiparabile ad un provvedimento, della volontà di addivenire o meno alla sua stipulazione*” (cfr. Consiglio di Stato Sez. V, 28 marzo 2023, n.3177; T.a.r per il Lazio 08901/2023; T.a.r per il Lazio n. 11610, 7 settembre 2022. Quest'ultimo assunto, del tutto consolidato nel quadro normativo vigente al tempo dei fatti di cui

al presente procedimento, appare non più sostenibile alla luce dell'innovativo articolo 18, co. 7, del nuovo codice dei contratti approvato con il D.lgs 31 marzo 2023 n. 36, ai sensi del quale "*La mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi di cui ai precedenti commi [id est, la sospensione legale per effetto dello standstill o la sospensione giurisdizionale] costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso*").

Ciò premesso, alla luce delle emergenze fattuali acquisite nel presente giudizio, è incontroverso che Vibeco Srl., una volta conseguita l'aggiudicazione in data 9.7.2015, non ha mai effettivamente ottenuto le autorizzazioni necessarie per coprire il quantitativo oggetto del suo impegno contrattuale, disponendo, in concreto, della sola autorizzazione IT016671 dell'1.4.2016 per 15.000 ton., corrispondente ad una frazione minima dell'offerta.

La sostanziale carenza di autorizzazioni estere necessarie per utilmente assolvere le incombenze che sarebbero nate dallo stipulando contratto trova riscontro nel tenore della corrispondenza intrattenuta dalla parte appellante con la Regione Calabria di cui si è dato conto nella parte in fatto.

Dalla lettura delle risultanze probatorie emerge, infatti, come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, che, proprio al fine di superare la descritta carenza di autorizzazioni estere necessarie alla esecuzione del contratto, Vibeco srl. ha dunque formulato la proposta, asseritamene qualificata come "migliorativa", di procedere preliminarmente all'operazione di trito-vagliatura dei rifiuti, all'esito della quale sarebbero derivate due frazioni merceologiche distinte: una organica da trattare negli impianti in disponibilità delle società raggruppate nell'ATI e quindi da smaltire in discariche collocate nell'

ambito della regione Calabria; una secca, da confezionare e spedire al sito estero via nave.

Ciò posto, sulla base dei canoni legali di interpretazione degli atti di gara, reputa il Collegio che l'acquisizione di tutte le autorizzazioni, ivi comprese (e a maggior ragione) quelle del sito (o dei siti) di destinazione, pur non costituendo requisito di partecipazione alla gara integravano una imprescindibile condizione per la stipulazione del contratto.

La diversa prospettazione interpretativa coltivata dalla parte appellante, che, per un verso, mira a ridimensionare gli obblighi incombenti sul soggetto aggiudicatario ad un mero sforzo di diligenza per ottenere le autorizzazioni necessarie alla mera attivazione "nel più breve tempo possibile" (ad instar di una mera obbligazione di mezzi) e, per altro verso, ad assumerne che il termine di gg. 120, previsto dall' art. 4.2 del disciplinare, sarebbe relativo alla mera sussistenza delle condizioni per l'inizio del trasporto, e non anche all'ottenimento delle autorizzazioni per il conferimento all'estero, non pare trovare riscontro nella corretta interpretazione delle fonti di regolazione della.

Siffatta ermeneusi urta, invero, contro la corretta applicazione dei canoni di ermeneutica contrattuale, applicabili, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, anche all'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi i bandi di gara.

Ed invero, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale: "L'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall' art. 1362 c.c. e seguenti per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata alla interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso

il giudice ricostruire l'intento dell'amministrazione, ed il potere che essa ha inteso esercitare, in base al contenuto complessivo dell'atto (interpretazione sistematica), tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c. , gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative” (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 29.7.2022).

Contro l'esattezza della tesi propugnata da Vibeco depone univocamente la formulazione letterale del già riportato art. 13 del disciplinare, il quale condiziona esplicitamente la stipula del contratto e, dunque, l'avvio delle operazioni esecutive all'ottenimento di tutte le autorizzazioni previste dalla normativa di settore (comprese quelle relative al conferimento dei rifiuti all'estero).

Anche a voler ritenere, in adesione agli orientamenti della più moderna dottrina e conformemente al precetto di cui all'art. 1362 c.c., non più predicabile la c.d. teoria interpretativa gradualista, che assegna al criterio di interpretazione letterale (quando conduce, come nella fattispecie in esame, ad esiti univoci) valenza di per sé assorbente e preclusiva del ricorso ad ulteriori criteri ermeneutici (sulla scorta dell'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*), il risultato ermeneutico nel caso di specie non muterebbe.

Ed invero, anche l'interpretazione sistematica (1362 comma 2 c.c.) delle clausole del disciplinare conduce ad esiti parimenti univoci.

L'art. art. 4.2, n. 12), secondo cui “ricevuta la comunicazione di

avvenuta aggiudicazione definitiva, l'appaltatore procederà con tutte le azioni necessarie per l'ottenimento, nel più breve tempo possibile, delle autorizzazioni necessarie per lo svolgimento delle attività di imballaggio e/o stoccaggio temporaneo e/o trasbordo e/o trasporto transfrontaliero...." va letto, infatti, alla luce del successivo n. 13) a mente del quale *"Il contratto sarà sottoscritto solo ad avvenuto ottenimento di tutte le autorizzazioni previste dalla normativa di settore."* Di analogo tenore appare il disposto di cui al precedente art. 9 che, a sua volta, stabilisce *"Nel caso di: ...-mancato ottenimento delle autorizzazioni all'esercizio dell'impianto di imballaggio e/o dell'attività di trasbordo agli impianti individuati dall'affidatario, per fatto addebitabile all'aggiudicatario medesimo; -mancato ottenimento delle autorizzazioni al trasporto transfrontaliero, per fatto addebitabile all'aggiudicatario, il Committente dichiarerà decaduta l'aggiudicataria ed incamererà la cauzione provvisoria prestata dall'impresa per la partecipazione alla gara, fatto salvo il diritto del Committente di agire per il risarcimento del maggior danno ..."*.

Corroborata siffatto esito interpretativo anche l'applicazione del canone dell'interpretazione teleologica di cui all'art. 1369 c.c.

Sotto tale profilo, in conformità a quanto statuito dal giudice di prime cure, il Collegio evidenzia che la ragione pratica (oltre che politica) dell'operazione predisposta dalla Regione Calabria, con l'indizione della gara in esame, è chiaramente costituita dal conferimento all'estero del rifiuto tal-quale previo confezionamento dello stesso in eco-balle provvisoriamente stoccate. Essa, pertanto, per un verso, presuppone necessariamente l'effettiva disponibilità di un sito di destinazione all'estero, regolarmente autorizzato dalle competenti autorità e, per altro verso, sarebbe palesemente contraddetta dallo smaltimento di una parte

dei rifiuti nell'ambito di discariche collocate nel territorio regionale calabrese.

A non dissimili risultati conduce anche l'interpretazione secondo buona fede di cui all'art. 1366 c.c., che impone, come noto, di non suscitare falsi affidamenti in altri, di non speculare su falsi affidamenti altrui e di non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nell'altra parte. Appare, invero, sotto quest'ultimo angolo di visuale, del tutto cavillosa e parziale l'interpretazione proposta dalla parte appellante che cerca di speculare su singole, apparentemente anodine locuzioni, quali quella dell'ottenimento delle autorizzazioni "nel più breve tempo possibile" di cui all'art. 4.2, n. 12) del disciplinare di gara, senza considerare che le stesse sono chiaramente illuminate da una doverosa interpretazione di insieme del quadro regolatorio.

Infine, sotto il profilo dell'interpretazione logica, il Collegio rileva ulteriormente che, a ragionare diversamente, si giungerebbe all'assurdo esito per cui, una volta avviate le operazioni propedeutiche al trasporto, le eco-balle sarebbero rimaste di fatto "sospese" nel sito di stoccaggio temporaneo in assenza di disponibilità del sito estero di destinazione, con la conseguenza di rendere del tutto inutile l'operazione stessa. (c.d. argomento apagogico).

Del pari smentito, sulla base dei predetti criteri esegetici, è l'assunto, sviluppato dalla parte appellante, secondo cui la legge della gara non postulava un quantitativo preciso di tonnellate da smaltire a carico operatore aggiudicatario del servizio.

Ed in effetti, contrariamente a quanto opina la parte appellante, il par. 4.1. del disciplinare, indica chiaramente, né avrebbe potuto essere diversamente già sotto un profilo meramente logico, il quantitativo su base giornaliera che si prevede di smaltire in una forchetta da 800

tonnellate a 1200 tonnellate, circostanza, quest'ultima che ulteriormente rafforza l'assunto di fondo secondo cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere concretamente in grado, una volta accettati e confezionati i rifiuti, di conferirli all'estero nelle quantità previste dal contratto.

Così ricostruito in via ermeneutica il quadro delle regole che disciplinano l'affidamento contrattuale in esame, è come anticipato documentalmente provato in atti che la parte appellante, una volta conseguita l'aggiudicazione in data 9.7.2015, non ha mai effettivamente ottenuto le autorizzazioni necessarie per coprire il quantitativo oggetto del suo impegno, disponendo, in concreto, della sola autorizzazione IT016671 dell'1.4.2016 per 15.000 ton., corrispondente ad una frazione minima dell'offerta.

Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto da Vibeco, sotto il profilo in disamina, alcun rilievo possono assumere le vicende relative alle notifiche IT016670 e IT016679, denegate dalla Regione, in quanto, anche ipotizzando un diverso esito positivo, le stesse non avrebbero consentito di coprire il quantitativo oggetto dell'offerta formulata in sede di gara, né tanto meno di avvicinarvisi.

La sostanziale carenza di autorizzazioni estere necessarie per utilmente assolvere le incombenze che sarebbero nate dallo stipulando contratto trova peraltro, come anticipato, significativo riscontro nella corrispondenza intrattenuta dalla ricorrente con la Regione Calabria e dalla prima versata in atti.

Basti sul punto considerare che dalla nota della Regione Calabria n. 73658 del 9.3.2016 (non contestata sul punto dalla odierna appellante) emerge che Vibeco ha nei fatti ammesso,– alla luce dello stallo procedimentale registratosi in relazione alle notifiche effettuate verso

Spagna e Portogallo- l'eventualità di ricorrere ad altri paesi europei e, nel contempo, la possibilità di provvedere ad un pretrattamento del rifiuto in uscita, in modo da agevolare l'accettazione da parte dei siti esteri di destinazione della sola frazione secca dello stesso.

Del resto, solo nell'ambito di siffatto quadro di persistente inadempimento all'obbligo di procurarsi le autorizzazioni dai siti di destinazione dei rifiuti può trovare spiegazione la genesi della suddetta proposta di modifica delle operazioni di smaltimento avanzata dall'A.T.I. Vibeco.

Ed in effetti, nella nota del 24 maggio 2016, con cui Vibeco ha illustrato la suddetta proposta di variante, sono state chiaramente rappresentate:

- l'avvenuta archiviazione delle precitate notifiche IT016670 e IT016679 per criticità di natura giuridica;
- le criticità relative alle notifiche: IT016669 per 15.000 ton; IT016672 per 15.000 ton; IT016673 per 10.000 ton; IT016675 per 40.000 ton presso la Spagna.
- che le ulteriori notifiche IT016671, IT016674 e IT016680, seppur giacenti senza riscontro presso l'ente di destinazione (in Spagna), non avrebbero sortito buon esito a causa dal mancato rispetto del c.d. principio dell'autosufficienza (Regolamento CE n.1013/2006, art. 11, par. 1, lett g) punto 1);
- che l'impianto portoghese, previsto quale sito di destinazione del rifiuto sin dalla produzione delle giustificazioni dell'offerta rese in sede di verifica di anomalia, aveva nel tempo subito modifiche tali da renderlo incompatibile con l'autorizzazione al flusso di rifiuti con codice CER 200301.

Proprio muovendo dalle esposte criticità relative alle esportazioni di rifiuti con codici CER 200301, l'odierna appellante ha rappresentato che

qualora le richieste di autorizzazione avessero riguardato rifiuti classificati diversamente (e segnatamente con il codice CER 191212, previa trito-vagliatura di un rifiuto urbano indifferenziato con codice CER 200301) il problema dell'ottenimento delle autorizzazioni si sarebbe sbloccato.

In tale contesto Vibeco, come anticipato, ha formulato la proposta, asseritamene qualificata come “migliorativa”, di procedere preliminarmente all'operazione di trito-vagliatura dei rifiuti, all'esito della quale sarebbero derivate due frazioni merceologiche distinte:

- una organica da trattare e quindi smaltire in discariche riconducibili sempre alla medesima A.T.I. Vibeco nell'ambito della regione della Calabria;
- l'altra secca, da confezionare ed avviare alla località di destinazione finale via nave;

La parte appellante ha altresì fornito indicazioni in ordine all'adeguamento che sarebbe stato conseguenzialmente necessario apportare alle dotazioni impiantistiche presso ciascun centro di confezionamento e ha proceduto all'analisi dei costi, aggiornando anche le giustificazioni rese originariamente in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Conclusivamente sul punto, da quanto riportato emerge chiaramente che la ragione che ha spinto l'odierna appellante a formulare la suddetta proposta risiedeva esclusivamente nella difficoltà di ottenere le autorizzazioni per il conferimento all'estero delle quantità di rifiuti per le quali si era impegnata in sede di gara.

Contrariamente a quanto prospettato dalla parte appellante, siffatta proposta di variante non assume, nell'economia del servizio oggetto di gara, la valenza di una mera variante migliorativa.

Più in dettaglio, la proposta di modifica formulata dall'A.T.I. Vibeco, se accolta, avrebbe trasformato l'originario servizio relativo all'accettazione, confezionamento e trasferimento in siti esteri di rifiuti indifferenziati specificamente codificati in qualcosa di radicalmente diverso, in violazione del divieto di modifica degli elementi essenziali del contratto.

L'accoglimento di siffatta proposta, a ben vedere, implementando lo smaltimento dei rifiuti nelle discariche della regione Calabria avrebbe alterato considerevolmente la struttura del contratto e soprattutto l'operazione economica ad esso sottesa, finendo per contraddirne la sua stessa finalità di fondo consistente nello smaltimento all'estero dei rifiuti.

Né appare da condividere l'assunto dell'appellante, secondo cui nel caso di specie non si sarebbe verificata alcuna violazione della par condicio in considerazione del fatto che l'unica partecipante alla gara sarebbe stata proprio l'A.T.I. Vibeco.

L'argomento in esame incontra, infatti, l'obiezione per cui, l'accettazione della variante in esame, alterando la sostanza economica del contratto, avrebbe introdotto condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi e conseguentemente accettare offerte diverse da quella realmente accettata.

Di qui l'alterazione della parità di trattamento delle imprese potenzialmente interessate.

Costituisce ancora il principale riferimento in questa materia il parere espresso dalla commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1084/00 del 12 ottobre 2001.

Nell'occasione, la commissione del Consiglio di Stato ebbe in

particolare modo di affermare che anche la rinegoziazione successiva all'aggiudicazione potrebbe alterare la par condicio dei concorrenti, e ciò in quanto "il divieto di rinegoziare le offerte deve razionalmente intendersi in linea di principio (...) anche successivamente all'aggiudicazione, in quanto la possibilità di rinegoziazione tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, modificando la base d'asta, finirebbe (seppure indirettamente) coll'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia".

L'assunto mantiene inalterata tutta la sua attualità.

A tal riguardo si osserva che, non a caso, anche il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. del 31 marzo 2023 n. 36, che pure all'art. 9 introduce innovativamente il principio di conservazione dell'equilibrio negoziale e il dovere ex fide bona di rinegoziazione del contratto, fissa al comma due il relativo limite costituito dalla mancata alterazione della sostanza economica del contratto, nonché, ai commi 5 e 6 dell'art. 120, la necessità che le modifiche al contratto non siano "sostanziali" ovvero non incidano, come nel caso della variante proposta dall'A.T.I. Vibeco, sulla struttura dell'operazione economica sottesa al contratto di affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti.

Senza contare, inoltre, che, sempre nella prospettiva della tutela della parità dei potenziali concorrenti, occorrerebbe ritenere praticabili esclusivamente quelle modifiche che siano state in qualche modo "preventivate" nel bando, circostanza quest'ultima non verificatasi nel caso all'esame del Collegio.

Alla luce di quanto sin qui rilevato non può essere condivisa l'affermazione dell'appellante secondo la quale il comportamento della Regione Calabria avrebbe violato il principio di buona fede nel corso

delle trattative negoziali.

In senso contrario si evidenzia che il principio di buona fede, se impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (cfr. *ex pluribus*, Cass. Civ., Sez. III, 7.6.2006, n. 13345), non può arrivare fino al punto di imporre alla Regione committente di accondiscendere ad una modifica sostanziale del servizio posto a base della gara e contrastante con l'esigenza di evitare la saturazione delle discariche nel territorio calabrese, su cui si imperniava l'intervento.

Né alle trattative relative alla suddetta proposta di modifica è poi possibile attribuire, come richiederebbe l'appellante, la natura di esimente del comportamento inadempiente dell'A.T.I. Vibeco, ovvero, in alternativa, la funzione di attribuire una forma di corresponsabilità alla Regione rispetto alla mancata stipula del contratto, sol che si rifletta sulla circostanza, di cui vi è prova nella documentazione versata in atti, per cui la Regione Calabria ha assunto da subito un atteggiamento di cautela sulla proposta di variante, manifestando a più riprese la necessità di effettuare autonomi approfondimenti istruttori e giuridici in materia, all'esito dei quali, con nota del 18.9.2017, ha definitivamente (e ad avviso del Collegio ragionevolmente alla luce di quanto sin qui esposto) affermato l'impraticabilità di tale soluzione.

Tali conclusioni paiono obbligatorie alla luce delle emergenze fattuali acquisite al giudizio.

Alcun affidamento, in ordine all'accoglimento della variante, Vibeco avrebbe pertanto dovuto riporre nel comportamento della Regione, sin dall'inizio ispirato da ragioni di prudenza.

Alcun rilievo esimente del comportamento della odierna appellante può infine assumere, come pure si pretenderebbe nell'atto di appello, il mutamento del quadro regolatorio di riferimento successivamente alla disposta aggiudicazione.

Osta, invero, all'accoglimento della tesi della parte appellante la corretta applicazione del principio del *tempus regit actum* alle procedure di gara.

Con riferimento, infatti, ai procedimenti articolati in diverse attività le quali per loro natura mantengono una struttura unitaria come, ad esempio, le procedure di gara, la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare il principio generale secondo cui le gare devono espletarsi in base alla normativa vigente alla data di emanazione del bando. (cfr., ex pluribus, Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 1996, n. 46). È stato, infatti, in tale ottica, chiarito che il bando costituisce “*la lex specialis dalla gara che non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole in esso contenute risultassero non più conformi allo ius superveniens*”(cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 224 e Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 1998, n. 241; Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714). Ciò al fine di assicurare la certezza delle regole procedurali e l'affidamento che in esse hanno riposto i concorrenti.

In conclusione, sulla base di quanto sin qui rilevato, difettano i presupposti per ravvisare in capo all'Ente Regione un comportamento anche solo negligente.

Con il quarto motivo di appello Vibeco srl. evidenzia l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha riconosciuto la sussistenza della responsabilità della Regione per il danno da ritardo da essa subito.

A sostegno dell'assunto la parte appellante invoca l'autorità della

sentenza della più volte citata sentenza del Tar per la Calabria n. 2412 del 31.12.2021, che ha dichiarato illegittimo il silenzio maturato dalla Regione Calabria sull'istanza di stipulazione del contratto.

In senso contrario occorre ricordare che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, affermatosi a partire dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5/2005 (da ultimo ribadito incidentalmente dall'Adunanza Plenaria n.7 /2021) l'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento amministrativo costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente a fondare un obbligo risarcitorio dell'amministrazione ai sensi dell'art. 2 bis, comma 1, legge n. 241/1990. Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige, pertanto, la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza.

Per tali ragioni, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte appellante, nessun profilo di ingiustizia può ricavarsi dalla menzionata decisione n. 2412/2021, la quale, senza pronunciarsi in ordine alla spettanza del bene della vita (id est la stipulazione del contratto) si è limitata a sanzionare il silenzio serbato dalla Regione Calabria obbligandola a definire la procedura selettiva con provvedimento espresso entro 30 giorni dalla notifica della decisione.

In linea con tali considerazioni, il Collegio ricorda che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che nelle gare pubbliche il termine previsto dall'art. 11, comma 9, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per la stipula del contratto a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto non ha carattere perentorio, con la conseguenza che il suo inutile decorso ha il solo effetto di determinare nell'aggiudicatario la facoltà di sciogliersi

dal vincolo obbligatorio (e cioè di recedere dall'impegno) nascente dalla sua offerta(cfr. ex pluribus, Consiglio di Stato sez. III, 28.5.2015, n.2671).

Analoghe e ancora più stringenti ragioni militano a sostegno del respingimento del motivo di appello con il quale è stata lamentata l'erroneità della sentenza impugnata per il mancato accoglimento del motivo con il quale è stato chiesto in primo grado il risarcimento del danno da revoca illegittima dell'aggiudicazione.

Preliminarmente il Collegio ricorda che la responsabilità in esame si caratterizza per essere espressione di un provvedimento illegittimo lesivo di interessi legittimi in quanto, come in precedenza evidenziato, l'aggiudicatario di un contratto non è titolare di una situazione giuridica di diritto soggettivo, conservando l'amministrazione poteri di controllo e di autotutela sull'aggiudicazione che si esprimono in atti autoritativi (di annullamento o che comunque impediscono l'esecuzione del contratto) nei cui confronti sono ipotizzabili solo interessi legittimi.

Ciò premesso, alla luce delle risultanze probatorie acquisite al giudizio, non emergono i presupposti per ritenere illegittimo il provvedimento emesso dalla Regione Calabria.

Il provvedimento di revoca appare, infatti, congruamente motivato e immune dalle censure articolate dalla parte appellante, ove si consideri che in esso la Regione Calabria:

- ha richiamato il contenuto dei riportati artt. 3.2 e 3.4 del Capitolato speciale d'appalto,
- ha richiamato, al fine di provare l'inadempimento di Vibeco agli impegni di gara, tutte le vicende riguardanti l'esito infruttuoso delle notifiche avviate dall'aggiudicatario, avendo cura di evidenziare che quelle esistenti si riferissero ad un quantitativo di rifiuti insufficiente

(15.000 ton);

- ha dato conto delle ragioni per le quali ha disatteso la proposta di variante avanzata da Vibeco, ritenendola sostanzialmente modificativa delle previsioni di gara, e quindi in contrasto con le disposizioni del codice dei contratti pubblici, vigente *ratione temporis*;

- ha rappresentato ulteriormente la contrarietà della proposta di variante alla ragione fondante del bando di gara, ravvisabile nell'esigenza di conferire fuori regione tutto il rifiuto prodotto, anche al fine di preservare le poche volumetrie di discarica presenti in regione;

- ha evidenziato che la ragione principale della mancata stipula del contrario è riconducibile alla mancata produzione in tempi ragionevoli e comunque nel rispetto del 120 gg previsti dalla legge di gara, delle prescritte autorizzazioni da parte delle dalle autorità di destinazione dei rifiuti.

Alla luce di siffatto esaustivo impianto motivazionale, il Collegio rileva che, contrariamente a quanto assume Vibeco, il richiamo, contenuto nella motivazione del provvedimento di revoca in analisi, alla sentenza del T.A.R. Calabria n. 2412/2021 n. 2412/2021 (dichiarativa del silenzio- inadempimento della Regione Calabria) assume una valenza marginale e incidentale.

Alla luce delle osservazioni che precedono, difettano in radice i presupposti per ritenere l'atto contestato illegittimo, e conseguentemente per accogliere le contestazioni prospettate dalla parte appellante con quest'ultimo motivo di appello.

A questo punto è possibile passare ad esaminare il motivo con cui con cui Vibeco ha reiterato anche nel presente giudizio di appello la domanda, formulata nei confronti della Regione Calabria, di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale per la

lesione dell'affidamento sorto in seguito all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, poi successivamente revocata dall'amministrazione.

La prospettazione della società appellante non merita condivisione.

In via generale, va ricordato che la responsabilità precontrattuale è prospettabile quando l'amministrazione agisce in violazione del canone della buona fede e commette, pertanto, una scorrettezza foriera di pregiudizio economico per l'impresa partecipante, che tuttavia non integra l'illegittimità di alcun atto della serie: o perché non è causata dall'adozione di un atto amministrativo (può essere il caso, ad esempio, del rifiuto di stipulare il contratto con l'aggiudicatario) o perché l'atto amministrativo che la integra non è illegittimo (è il caso, ed esempio, dell'annullamento d'ufficio legittimo della aggiudicazione). Parimenti sarà prospettabile la responsabilità precontrattuale se l'annullamento legittimo dell'aggiudicazione interviene dopo la stipula del contratto: può qui trovare applicazione lo schema dell'art. 1338 c.c. che costituisce una peculiare applicazione del principio del rispetto della buona fede nelle trattative prescritto dall'art. 1337 c.c. .

La responsabilità precontrattuale si differenzia da quella da provvedimento illegittimo, analizzata in precedenza.

La responsabilità da mancata aggiudicazione entra in gioco se, per le circostanze del caso concreto, l'annullamento dell'atto illegittimo non può assicurare la tutela specifica dell'interesse del ricorrente, il che si verifica, ad esempio, quando all'annullamento dell'aggiudicazione non può far seguito l'inefficacia del contratto e l'aggiudicazione in favore del ricorrente o, quantomeno, la ripetizione della procedura (nei casi previsti dagli artt. 121-124 c.p.a). Viceversa la responsabilità propriamente precontrattuale, in quanto finalizzata alla riparazione di pregiudizi derivanti da attività illecita e tuttavia non illegittima, costituisce, al

ricorrere delle relative condizioni, l'unico strumento di tutela a disposizione dell'impresa, attivabile malgrado il pregiudizio non trovi causa in un atto illegittimo, suscettibile di impugnazione o di annullamento, bensì in un atto legittimo o in un comportamento che neppure configura i caratteri propri dell'atto amministrativo.

L'altra differenza di regime concerne la selezione dei danni risarcibili. Infatti, la responsabilità precontrattuale mira a ristorare il valore delle occasioni perdute per effetto della scorrettezza della controparte, mentre la responsabilità derivante da illegittimità dell'azione amministrativa è commisurata, al valore del bene della vita spettante e non attribuito, che in questo caso è il contratto.

Il presupposto di carattere concettuale della responsabilità precontrattuale risiede, pertanto, nella circostanza per cui la violazione della buona fede deve essere apprezzabile in modo autonomo rispetto alla legittimità dell'azione amministrativa, ovvero nel fatto che il pregiudizio subito dall'impresa non trovi causa in un atto illegittimo della serie.

L'autonomia dell'illiceità rispetto alla illegittimità dell'azione amministrativa nelle procedure ad evidenza pubblica è argomentata dalla giurisprudenza con il ricorso alla distinzione, di matrice civilistica, tra regole di validità e regole di comportamento come la buona fede e la correttezza: assumendo vigenti nelle procedure di scelta del contraente le une come le altre, le regole di comportamento possono risultare violate anche quando quelle di validità siano state rispettate, nel qual caso l'attività amministrativa è legittima ma illecita e dunque fonte di responsabilità precontrattuale.

La possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che

conclude il procedimento» è stata in particolare affermata dalla decisione dell' Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, del 4 maggio 2018, n. 5, in cui si è significativamente affermato che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici è una responsabilità "da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale".

La distinzione, come è stato puntualmente rilevato in dottrina, riflette l'ambivalenza dell'azione amministrativa che si svolge nel procedimento: essa è per un verso funzione, cioè luogo di formazione progressiva della decisione (che culmina nell'esercizio, o nel non esercizio, del potere) e per altro verso, contemporaneamente, comportamento che si svolge all'interno di un rapporto col privato. Il fenomeno è ontologicamente unico, e come tale potrebbe anche essere qualificato, ma è il diritto a prenderlo in considerazione in modo duplice, sebbene tramite precetti in larga parte coincidenti. Le norme sull'azione amministrativa, quindi, sono ad un tempo di validità e di comportamento: due qualificazioni che rispecchiano i due differenti referenti oggettivi delle disposizioni stesse, rispettivamente il provvedimento e, appunto, il comportamento

Sul punto l'Adunanza Plenaria n. 20/2021 ha ulteriormente chiarito che in realtà la buona fede e la tutela del legittimo affidamento sono regole comuni ad ogni rapporto giuridico, come tali non ascrivibili né al diritto pubblico né al diritto privato, traendone conferma dalla prescrizione della buona fede nell'art. 1 l. n. 241/1990.

L'assunto trova significativo riscontro sul piano del diritto positivo nella riforma dell'art. 1 legge n. 241/1990 che, nella sua attuale formulazione, al comma 2-bis prescrive "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica*

amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”.

A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, appare senz'altro da condividere la premessa interpretativa da cui muove l'odierna appellante quando assume che legittimità della revoca non necessariamente esclude la lesione dell'affidamento della parte privata, rilevante in termini di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

Le due vicende operano, in effetti, su piani distinti:

- a) la legittimità della determinazione provvedimento rileva *sub specie acti* e si confronta con il doveroso rispetto delle regole di validità imposte all'azione amministrativa (cfr. art. 1 l. n. 241/1990);
- b) la correttezza del rifiuto di addivenire alla stipula del contratto rileva *sub specie facti* e si misura con le regole di condotta imposte all'amministrazione all'esito della instaurazione della trattativa con i soggetti privati. (cfr. Cons. Stato, V, 2358/2020 cit.):

Ne discende che, come correttamente rileva Vibeco, la riconosciuta validità della fattispecie provvedimento non osta al riconoscimento del danno derivante dalla violazione delle regole di buona fede”.

Ciò premesso, l'Adunanza Plenaria n. 21/2021 di questo Consiglio di Stato ha chiarito che l'affidamento, per essere tutelabile in via risarcitoria, deve essere ragionevole, id est incolpevole (analogamente cfr. Adunanze Plenarie n. 19- 20/2021).

Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento

correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nella fattispecie del provvedimento favorevole poi annullato (o revocato), il soggetto beneficiario deve dunque vantare una ragionevole aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale possa quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione - e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile - va correlato al profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento.

E ciò in quanto la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano, al contempo, l'esercizio del pubblico potere ma anche il comportamento del privato.

Applicando al caso qui in esame le predette coordinate interpretativa, rileva il Collegio che un affidamento incolpevole non è certamente predicabile nel caso di che trattasi nel quale è proprio il comportamento inadempiente dell'aggiudicataria ad aver indotto l'amministrazione ad emanare il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Se, pertanto, il motivo che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è non soltanto conoscibile dalla società aggiudicataria concorrente, ma addirittura ad essa causalmente riconducibile, la responsabilità dell'amministrazione deve certamente escludersi.

Parimenti da respingere è l'ultimo motivo di appello con il quale è stata dedotta l'erroneità della sentenza impugnata per non aver riconosciuto in via subordinata l'indennizzo dell'art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990.

Pienamente condivisibili appaiono, invero, sul punto le affermazioni della sentenza impugnata, secondo le quali, sulla base dello stesso tenore letterale del provvedimento di revoca (che non richiama l'art. 21-quinquies) e degli atti del relativo procedimento amministrativo, emergerebbe chiaramente che la Regione si sia determinata in termini di revoca-inadempimento (anche detta revoca sanzione o decadenza) dell'aggiudicatario e non, invece, in termini di revoca per sopravvenuto mutamento normativo o sopravvenuto mutamento degli interessi pubblici in gioco, ragion per cui in tale fattispecie non è dovuto alcun indennizzo.

E' infatti affermazione largamente condivisa, sia in dottrina sia in giurisprudenza, quella secondo la quale per la sua natura sanzionatoria la revoca -inadempimento si differenzia dalla revoca poiché riguarda eventi posteriori all'emanazione del provvedimento, non incontra limiti costituiti dall'esistenza di posizioni giuridiche consolidate, non richiede motivazioni specifiche in punto di pubblico interesse, né, per quanto più rileva nel presente giudizio, comporta un obbligo di indennizzo (cfr. Consiglio di Stato., sez. VI, 24 luglio 1996 n. 973; Cons. St., sez. V, 16 marzo 1995 n. 418).

In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza appellata.

La complessità delle questioni giuridiche dedotte in giudizio giustifica l'equa compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati

Vincenzo Neri, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Luigi Furno

IL PRESIDENTE

Vincenzo Neri

IL SEGRETARIO