Pubblicato il 13/06/2022

N. 04773 /2022 REG.PROV.COLL.
N. 08236/2016 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8236 del 2016, proposto da:

Zanfarino S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Azzena e Renato Margelli, con domicilio eletto presso la sig.ra Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Ente Regionale per il Diritto Allo Studio Universitario di Sassari (ERSU), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luisa Giua Marassi e Antonello Rossi, con domicilio eletto presso la sig.ra Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

Cator S.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Direttore Generale dell'ERSU, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 197/2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ERSU;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza straordinaria del giorno 27 maggio 2022, l'avv. Luigi Azena e l'avv. Antonello Rossi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe Zanfarino S.r.l., impresa che ha partecipato alla procedura esplorativa finalizzata alla ricerca di un'area da destinare alla realizzazione di strutture per la residenzialità studentesca, ha impugnato la sentenza del TAR Sardegna, Sez. I, n. 197 del 2 marzo 2016 con cui è stato deciso il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto per l'annullamento dell'avviso pubblico esplorativo indetto dall'Ente regionale per il diritto allo studio universitario di Sassari (ERSU) e del provvedimento di esclusione, nonché per il risarcimento dei danni da perdita di *chance* e per il risarcimento dei danni da lesione dell'affidamento legittimo.

Il TAR, con la sentenza impugnata, ha dichiarato inammissibile sia la domanda di annullamento per carenza di interesse sia la domanda di condanna dell'amministrazione per responsabilità precontrattuale per difetto di giurisdizione.

Nell'impugnare la suddetta sentenza, l'appellante ha riproposto le censure disattese o non esaminate dal TAR, ad eccezione di quelle relative agli atti coi quali l'ERSU aveva individuato il contraente nella Cator, essendone venuto meno l'interesse poiché l'amministrazine non ha fatto seguito alla stipula del contratto.

L'ERSU si è costituita formalmente nel presente grado di giudizio depositando successivamente memoria conclusiva con la quale ha chiesto la conferma della sentenza impugnata, nonché ulteriore memoria con cui ha replicato alla memoria

conclusiva dell'appellante.

All'udienza straordinaria del 27 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Vanno preliminarmente tratteggiati i fatti di causa.

L'ERSU, avendo ricevuto un finanziamento regionale - unitamente ai fondi FAS - di circa 40 milioni di euro, con "Avviso Esplorativo Pubblico" pubblicato in data 23 febbraio 2012, rendeva noto "Di aver avviato nel territorio del Comune di Sassari la ricerca di un'area da destinare alla realizzazione di strutture per la residenzialità studentesca e servizi accessori. L'area dovrà ospitare una residenza universitaria, anche su struttura diffusa, di almeno 500 posti letto (per studenti, borsisti, dottorandi, Erasmus, *visiting professors*, ecc.) e servizi accessori (mensa, biblioteca, sala riunioni, impianti sportivi, oltre a spazi culturali e posti auto, possibilmente interrati). Il terreno offerto dovrà essere preferibilmente dotato di vegetazione ad alto fusto esistente e dovrà consentire, all'insediamento previsto, il rispetto delle prescrizioni del D.M. 27/11 e, in particolare:

- integrazione dell'intervento nel contesto cittadino al fine di costituire un continuum del tessuto sociale e dei servizi;
- integrazione sociale e culturale degli studenti nella vita cittadina;
- facile raggiungibilità delle sedi universitarie, con distanze percorribili in bicicletta o a piedi;
- facile raggiungibilità dei servizi di prevalente interesse degli studenti.

La superficie dovrà essere compresa preferibilmente tra quattro e dieci ettari e dovrà essere situata in prossimità di Facoltà Universitarie".

Il medesimo avviso, dopo aver indicato le modalità di presentazione della manifestazione di interesse corredata di un'offerta economica e di un'offerta tecnica, specificava che "Il presente avviso ha carattere meramente esplorativo e non vincola in alcun modo l'Ersu che potrà decidere, in relazione alle proposte che perverranno, di non procedere ulteriormente, oppure di chiedere integrazioni, chiarimenti e intraprendere ulteriori trattative".

Delle 7 domande pervenute soltanto due venivano inizialmente ritenute coerenti con i requisiti previsti dall'avviso esplorativo; le stesse venivano poi scartate per inidoneità rilevata a seguito di sopralluogo.

Pertanto il Consiglio di amministrazione (CDA) dell'Ente decideva di esaminare alcune delle offerte inizialmente escluse e finiva con lo stipulare il contratto preliminare con Cator S.r.l. subordinandolo alle seguenti condizioni: (a) effettivo accreditamento all'Ente delle risorse stanziate dalla RAS e dal CIPE; (b) positiva risoluzione degli criticità urbanistiche in relazione alla edificabilità del *campus* nell'area predetta; (c) definizione delle soluzioni per la viabilità (ciclabile e pedonale) e di quant'altro funzionale alla realizzazione del *campus*.

In assenza dell'avveramento delle suddette condizioni, con delibera n. 6/14 del 20 febbraio 2014, il CDA deliberava di non concludere il definitivo e di non accogliere neppure la proposta di proroga del preliminare.

A seguito di ulteriori valutazioni, con nota del 4 aprile 2014, il Direttore generale dell'ERSU comunicava ai partecipanti l'avvenuta conclusione della procedura di cui all'avviso del 23 febbraio 2012 e preannunciava l'attivazione di una nuova procedura alla quale l'appellante non partecipava.

3. Con la prima parte del ricorso l'appellante contesta la declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse della domanda di annullamento.

A dire dell'appellante sarebbe errato l'assunto del TAR secondo cui l'avviso pubblico, avendo una finalità meramente esplorativa, non sarebbe stato vincolante per l'ERSU, osservando che l'Ente avrebbe invece consumato quella sua discrezionalità nel momento in cui, anziché avvalersi della "facoltà di non procedere ulteriormente" prevista nell'avviso, ha deciso di concludere il procedimento con la stipula del contratto preliminare con Cator.

Fa presente che oggetto di contestazione non era la affermata facoltà di ERSU di interrompere l'avanzata del procedimento, bensì l'illegittimità del provvedimento di esclusione della sua offerta e del provvedimento di chiusura della procedura -

senza avere riesaminato la sua domanda, dopo aver risolto il contratto con Cator - affermando la mancanza di altre offerte rispondenti ai criteri stabiliti nell'avviso pubblico.

Inoltre contesta l'affermazione del TAR secondo cui l'ERSU, nella sua discrezionalità, ha giudicato quell'offerta distonica rispetto agli obiettivi prefissati, osservando che, invece, la sua offerta non sarebbe mai stata valutata e non si conoscerebbero le ragioni della sua esclusione sostenendo, in proposito, che la sua offerta non sarebbe stata incongrua, ciò ritenendo di aver dimostrato con una consulenza di parte.

Censura i provvedimenti di esclusione e di chiusura della procedura in quanto viziati per difetto di istruttoria e di motivazione, essendosi l'ERSU limitato a dichiarare, nella prima fase, una generica mancanza dei requisiti e, nella seconda fase, l'assenza di altre proposte meritevoli di apprezzamento.

Sostiene che, se la sua offerta fosse stata adeguatamente esaminata, essa avrebbe avuto consistenti *chances* di aggiudicarsi la commessa e di stipulare il contratto di compravendita.

3.1. Al riguardo il TAR ha ricollegato la carenza di interesse in capo alla ricorrente, a vedere annullati gli atti della procedura, alla finalità esplorativa della stessa, dacché *"in quanto finalizzata alla ricerca di un'area da acquistare, non poteva portare ad alcuna aggiudicazione in capo alla medesima"*.

L'appellante ritiene erronea la declaratoria di inammissibilità della domanda di annullamento osservando di avere, viceversa, un interesse all'annullamento degli atti impugnati, derivandone certamente una *utilitas*: la riapertura della procedura e la *chance* di aggiudicazione della commessa, non essendo stato individuato dall'ERSU alcun contrente, tenuto conto che anche la seconda gara si è chiusa senza alcuna aggiudicazione, giacché revocata. Evidenzia l'irrilevanza della sua mancata partecipazione alla seconda procedura, perché se l'ERSU avesse condotto la prima procedura secondo i canoni di buona amministrazione, la seconda non sarebbe stata indetta.

Precisa che l'interesse sussisterebbe anche ai fini risarcitori, in particolare del danno da perdita di *chance* che, derivando dalla lesione dell'interesse legittimo, apparterrebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo.

A seguire l'appellante ripropone i motivi di ricorso non esaminati dal TAR, espunti quelli incentrati sulla scelta di Cator come contraente.

Denuncia la violazione del principio di segretezza delle offerte, per le irrituali modalità di costituzione della commissione e di custodia e apertura delle buste, paventando un rischio di alterazione del loro contenuto.

Ripropone la censura di illegittimità sia della sua esclusione sia della chiusura della procedura per difetto di istruttoria e di motivazione nonché per violazione dei canoni civilistici di correttezza e buona fede ex artt. 1337-1338 c.c..

3.2. Con la seconda parte del ricorso l'appellante censura la statuizione di inammissibilità dell'azione di danni.

Sostiene l'appellante che, anche ammesso che il giudice amministrativo non abbia giurisdizione sulla domanda di danni da responsabilità precontrattuale, avrebbe comunque giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno da perdita delle *chance*. Né varrebbe ad escludere la configurabilità, nel caso di specie, di una posizione sostanziale di interesse legittimo la circostanza che la procedura in questione non si sia tradotta in un affidamento di lavori, servizi e forniture (e che, conseguentemente, non sussista la giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi dell'art. 133, lett. f), cod. app.), quanto piuttosto in un *iter* di individuazione del soggetto col quale stipulare una compravendita immobiliare, atteso che l'amministrazione sarebbe comunque tenuta al rispetto dei principi e delle regole dell'evidenza pubblica anche quando il procedimento di scelta dell'interlocutore negoziale non sia riconducibile al "tipo" disciplinato dal codice degli appalti.

Peraltro, con l'avviso pubblico di ricerca immobiliare, l'ERSU si sarebbe autovincolato a seguire i moduli dell'evidenza pubblica per attribuire un vantaggio di tipo economico contendibile sul mercato, di conseguenza gli atti della procedura

avrebbero natura autoritativa alla quale è correlata una posizione di interesse legittimo in capo agli aspiranti contraenti.

Quindi ripropone le domande, sulle quali il TAR non si è pronunciato, di risarcimento dei danni (precontrattuale e da perdita di *chance*), quantificati in € 15.145.670,00 oltre interessi e rivalutazione.

4. L'appello è infondato.

4.1. Va condivisa la statuizione del TAR secondo cui la ricorrente non ha interesse a vedere annullati gli atti di una procedura esplorativa che, in quanto finalizzata alla ricerca di un'area da acquistare, non poteva portare ad alcuna aggiudicazione in capo alla medesima.

Osserva il Collegio che la previsione dell'avviso, valorizzata dal TAR, secondo cui esso "non vincola in alcun modo l'ERSU che potrà decidere, in relazione alle proposte che perverranno, di non procedere ulteriormente, oppure di chiedere integrazioni, chiarimenti e intraprendere ulteriori trattative", diversamente da quanto sostiene l'appellante, contiene una clausola "aperta" da interpretare nel senso che, trattandosi appunto di indagine esplorativa, l'amministrazione non si vincolava in alcun modo a concludere la suddetta informale procedura con un contratto.

Il segmento temporale al quale l'appellante vorrebbe circoscrivere l'esercizio della suddetta facoltà, superato il quale a suo dire l'ERSU avrebbe "consumato" il suo potere "di non procedere ulteriormente", non solo non trova riscontro nella clausola dell'avviso ma ne risulta addirittura contraddetta, laddove la stessa chiarisce che 'ERSU "potrà decidere, in relazione alle proposte che perverranno, di non procedere ulteriormente, oppure di chiedere integrazioni, chiarimenti e intraprendere ulteriori trattative".

A ben vedere è proprio ciò che è accaduto nel caso di specie in cui dopo aver esaminato le proposte pervenute, prima ne ha selezionate solo due, poi le ha scartate avendone verificato "sul campo" la non idoneità, quindi ne ha "ripescata" una con la quale, poi, comunque, non ha potuto concludere il contratto per mancato

avveramento delle condizioni sospensive che ne avrebbero sancito la definitiva idoneità.

In definitiva l'ERSU ha fatto esattamente ciò che l'avviso prevedeva e le consentiva: ha definitivamente deciso di non procedere ulteriormente non avendo trovato una proposta che, nell'esercizio della sua discrezionalità, risultasse adeguata, tanto da determinarsi ad indire una nuova procedura cui l'appellante non ha partecipato.

Il TAR ha ricordato che Zanfarino s.r.l. aveva offerto un complesso immobiliare, insistente in un'area al centro della città, della superficie di circa 21.000 mq, per il prezzo di € 17.500.000,00.

L'appellante contesta la suddetta affermazione in quanto conterrebbe dati errati e ritiene illegittime, in quanto rappresenterebbero una motivazione postuma, le ragioni, emerse nel corso del giudizio di primo grado, per le quali la sua offerta è stata ritenuta inidonea, ossia perchè comprendeva il progetto di un complesso polifunzionale rientrante nel concetto di "residenze universitarie", che l'ERSU ha ritenuto assimilabile più a una "Casa per lo studente" che a un "*Campus*", quindi non coerente con gli obiettivi di cui all'avviso pubblico. Afferma che ciò non risponderebbe al vero e sostiene che, invece, il suo progetto fosse del tutto adeguato.

Osserva il Collegio che le argomentazioni di parte appellante, sulla asserita idoneità del suo progetto, tendono a sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione la cui discrezionalità, nella vicenda in rassegna, era quanto mai ampia proprio perché la procedura era strutturata come indagine meramente esplorativa, senza fissazione di criteri valutativi, né di punteggi e senza previsione dell'obbligo di redazione di una graduatoria.

Ne discende che la tesi dell'appellante secondo cui la procedura in oggetto ricalcherebbe una procedura ad evidenza pubblica improntata alle relative regole è del tutto infondata, non avendo alcun obbligo l'amministrazione né di concludere la

procedura con un contratto, stante la previsione dell'avviso di cui si è detto, nè di seguire regole precise per valutare le proposte o per determinarne l'esclusione, fatte salve le regole ordinarie di imparzialità e trasparenza che l'ERSU ha rispettato pubblicando tutte le delibere del CDA oggetto di impugnazione e consentendone comunque l'accesso all'appellante.

L'appellante già in primo grado lamentava (nella memoria conclusiva) che l'esclusione della sua offerta si sia consumata in tre momenti: una prima volta all'immediata apertura delle buste; la seconda quando l'ERSU ha deciso di riesaminare alcune delle offerte; la terza quando, dopo la risoluzione del preliminare concluso con la Cator, l'ERSU ha ripreso in considerazione l'offerta dell'Università.

Osserva il Collegio che, nella suddetta memoria, l'odierna appellante ha criticato nel dettaglio ogni passaggio della procedura, citando dati e atti, così dimostrando di essere perfettamente a conoscenza delle ragioni della ritenuta non adeguatezza della sua offerta.

Il fatto, dunque, che la motivazione tecnica della ritenuta non idoneità dell'offerta dell'appellante sia stata meglio chiarita in corso di giudizio non rende per ciò solo fondata la censura in rassegna, atteso che la suddetta motivazione innanzitutto era nota e, in ogni caso, risulta plausibile ditalchè la stessa resisterebbe anche ad un eventuale (quanto inutile) annullamento dell'esclusione per difetto di motivazione.

Né, lo si ripete, le argomentazioni dell'appellante, asseritamente suffragate dalla consulenza di parte, possono imporsi in sostituzione del giudizio del CDA, espressione, lo si ricorda, di discrezionalità tecnica.

La accalarata inidoneità dell'offerta dell'appellante e la tipologia di procedura informale indetta dall'ERSU per acquisire mere manifestazioni di interesse, se da una parte depone per l'inammissibilità e per l'infondatezza della censura avverso la sua esclusione, dall'altra ha come conseguenza l'inammissibilità per carenza di interesse a censurare la decisione dell'ERSU di chiudere la procedura senza contratto e di indirne un'altra, quantunque poi revocata, come riferisce l'appellante.

Ne discende che, per quanto espressa in forma sintetica, la motivazione della sentenza impugnata sul punto va condivisa, con le precisazioni innanzi espresse.

A tanto consegue l'inammissibilità per carenza di interesse sia delle censure ulteriori formulate in primo grado e riproposte in appello, riguardanti la presunta violazione della segretezza delle offerte, sia della domanda risarcitoria da perdita di *chance* non essendo configurabile in capo all'appellante, per le evidenziate ragioni, alcuna *chance* di "aggiudicazione" del contratto.

4.2. La sentenza di primo grado va condivisa anche con riguardo alla statuizione di inammissibilità per difetto di giurisdizione della domanda di condanna dell'ERSU al risarcimento dell'interesse negativo per responsabilità precontrattuale.

Il TAR ha declinato la giurisdizione "*trattandosi di lesione della libertà negoziale in una procedura non disciplinata dal Codice dei contratti" (non un affidamento di lavori, forniture o servizi pubblici, bensì su un procedimento finalizzato alla stipula di una compravendita immobiliare) "e al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva*".

Come correttamente rilevato dal TAR la Corte di cassazione, Giudice della giurisdizione, ha affermato, relativamente ad una fattispecie in cui un'amministrazione aveva indetto una procedura per la ricerca di un immobile da acquisire in locazione, di dover da escludere che il contratto in questione rientrasse (benché diretto al perseguimento di finalità istituzionali ed ispirato ai generali criteri d'efficienza) sia tra quelli per i quali sussiste l'obbligo di procedere all'indizione di previa procedura concorsuale, sia tra quelli di appalto di servizi o fornitura devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ogni comportamento illecito posto in essere in tale contesto si atteggia in termini di lesione della libertà negoziale dei soggetti coinvolti e/o di pregiudizievole lesione dell'affidamento da contatto sociale. Ne consegue che ogni controversia attinente al contratto di compravendita e/o alla fase precontrattuale concerne diritti soggettivi e, per tale motivo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Cass. SS.UU.

8 luglio 2015, n. 14185).

Non coglie nel segno la tesi secondo cui, nel caso di specie, l'ERSU si sarebbe autovincolato a seguire una procedura ad evidenza pubblica con la conseguenza di radicare la giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

Ciò in quanto da una parte deve escludersi che si trattasse di procedura ad evidenza pubblica, dall'altra, diversamente opinando, il confine della giurisdizione diverrebbe inammissibilmente "mobile" a seconda delle scelte dell'amministrazione di assoggettarsi o meno alle regole dell'evidenza pubblica.

Vero è, invece, che una simile scelta, pur possibile e legittima anche laddove non prescritta dalla legge, se ha come conseguenza quella di obbligare l'amministrazione a soggiacere alle relative regole, non è tuttavia idonea a spostare la giurisdizione da un plesso giudiziario all'altro essendo la stessa predeterminata per legge.

Costituisce *jus receptum* fin da Cons. Stato, Ad. Plen. 1 agosto 2011, n. 16 che la sottoposizione o meno di una procedura al regime pubblicistico di cui al Codice dei contratti «*discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo" e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo). … Il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione*» (in senso conforme, fra le tante: Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2018, n. 6088; id. Sez. V, 21 aprile 2015, n. 2008).

Invero, il c.d. "autovincolo", con il quale una pubblica amministrazione decide di sottoporre una qualsiasi propria attività a procedimento amministrativo, non è di per sé sufficiente a radicare per le relative controversie la giurisdizione amministrativa, diversamente pervenendosi al risultato di consentire all'amministrazione una sostanziale scelta del proprio giudice (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1299).

Conclusivamente, per quanto precede, l'appello deve essere respinto.

5. Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate tenuto conto

della novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Laura Marzano	**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO