

Provvedimento di revoca per interesse pubblico ed indennizzo

(Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma,
Sezione Terza, sentenza 9 marzo 2009 n. 2372)

La sentenza 9 marzo 2009 n. 2372 del Tar Lazio si segnala per aver affrontato una serie di tematiche attinenti all'esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante in sede di procedura ad evidenza pubblica ed e segnatamente in materia di revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuta carenza di risorse finanziarie. Pur non introducendo elementi di discontinuità rispetto agli indirizzi giurisprudenziali prevalenti la pronuncia si segnala per aver affermato che la partecipazione del privato alla fase procedimentale diretta all'emanazione del provvedimento di autotutela risulterebbe superflua nelle ipotesi in cui il provvedimento di secondo grado trova al sua giustificazione nella mancanza di risorse finanziarie, legittimando così una sanatoria del vizio ai sensi dell'art. 21 *octies* comma 2 della legge 241/1990. Trattasi di valutazione che, come richiesto dalla richiamata norma, deve avvenire in ogni caso in concreto, non risultando ammissibile una analisi "tipologia" della causa della revoca, tale da escludere a priori al necessità della garanzia delle regole partecipative, anche se la specifica causale sembra assumere, a giudizio del Tar, un ruolo non certo secondario. Per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali il TAR si pone sulla scia della giurisprudenza prevalente, che tende a valutare il complessivo comportamento dell'amministrazione sul piano della responsabilità precontrattuale, tramite una analisi in concreto della fattispecie e con valutazione in termini di colpevolezza del contegno attivo o omissivo dell'amministrazione, il quale ultimo si pone quale spartiacque fra l'ipotesi indennitaria *ex art. 21 quinquies* della legge n. 241/1990 e quella risarcitoria.

Proprio in termini di indennizzo la sentenza mostra profili di interesse aderendo alle condivisibili tesi che ritengono la richiesta indennitaria diversa da quella risarcitoria e richiedono pertanto la proposizione di una autonoma specifica domanda (eventualmente subordinata) da proporre anche tramite motivi aggiunti. L'indirizzo trova la sua evidente *ratio* nella diversità dei presupposti della fattispecie rispetto a quella risarcitoria, richiedendo solo quest'ultima l'esistenza di un fatto qualificabile come illecito (oltre alla colpevolezza dell'agente).

Non condivisibile è invece la sentenza lì dove afferma che "dalla previsione dell'art. 21 *quinquies*, per cui l'indennità è dovuta quando la revoca incida su rapporti negoziali, si deve ritenere che questa non sia dovuta quando il provvedimento di revoca si verifichi prima della stipula del contratto". Trat-

tasi di interpretazione che pare porsi in netto contrasto con il 1° comma dell'art. 21 *quinquies* L. n. 241/1990, il quale prevede in linea generale che “se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo”. In detto quadro la specifica disposizione di cui al 2° comma della norma citata (introdotto dall'art. 12, D.L. 25 giugno 2008, n. 112), lì dove dispone che “ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”, pur non scevro di difficoltà interpretative, è evidentemente diretto a disciplinare le modalità di quantificazione dell'indennizzo in ipotesi di incisione della revoca su atti negoziali, ma non già ad escludere l'obbligo di corrispondere l'indennizzo nelle restanti fattispecie.

*Avv. Stefano Varone**

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, sentenza 9 marzo 2009 n. 2372 - Pres. Amoroso, Est. Altavista - S. S. s.r.l. (Avv.ti A. ed E. Romano) c. Anas s.p.a. (Avv. dello Stato S. Varone - AL 47027/2006) - (respinge).

(...Omissis)

FATTO

A seguito della gara indetta con bando del 24-5-2005, per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria di sostituzione e ripristino delle barriere metalliche di sicurezza dell'autostrada Salerno-Reggio Calabria, risultava aggiudicataria la società Sicurvie Service s.r.l., aggiudicazione disposta con provvedimento del 30-8-2005. Successivamente, prima della stipula del contratto, con provvedimento del 26-7-2006, è stato disposto l'annullamento in sede di autotutela dell'intera di procedura di gara, non sussistendo le risorse finanziarie per far fronte agli impegni conseguenti all'affidamento. Avverso tale provvedimento è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della azione amministrativa; violazione dell'art 7 della legge n° 241 del 7-8-1990; vizio del procedimento; violazione e falsa applicazione del principio del *contrarius actus*, eccesso di potere per incompetenza; violazione e falsa applicazione degli artt 3 e 97 della Costituzione e degli artt1 e segg della legge n° 241 del 7-8-1990; carenza assoluta dei presupposti; vizio del procedimento; carenza di istruttoria; difetto dell'interesse pubblico specifico all'annullamento; ec-

(*) Avvocato dello Stato.

cesso di potere, sviamento.

Si è costituita l'Anas, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 13-12-2006, è stata respinta l'istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, non sussistendo il fumus boni iuris in ordine all'accoglimento del ricorso.

All'udienza pubblica del 21-1-2008 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di ricorso si sostiene la illegittimità per la mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Tale censura non può essere accolta.

Infatti, ai sensi dell'art 21-octies della legge n° 241 del 7-8-1990, introdotto dalla legge n° 15 del 2005, non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Quest'ultima parte della norma si applica anche alla attività discrezionale della Amministrazione, quando il contenuto del provvedimento a seguito dell'intervento partecipato del privato non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato (Consiglio di Stato Sez. VI, Sent. n. 1588 del 14-04-2008).

Nel caso di specie, risulta dai provvedimenti impugnati e dalla difesa dell'Anas che la revoca è stata basata sulla mancanza di risorse finanziarie; rispetto a tale motivazione, che riguarda la possibilità per la stazione appaltante di poter assumere gli impegni contrattuali, qualsiasi partecipazione del privato sarebbe stata ininfluente. La valutazione in ordine alla adeguatezza delle risorse finanziarie, propria della stazione appaltante, non avrebbe potuto essere diversa in relazione alle argomentazioni eventualmente proposte dalla impresa in sede di partecipazione. Pertanto, si deve ritenere raggiunta la prova, ai sensi dell'art 21 octies comma 2, che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato.

Con il secondo motivo di ricorso si sostiene l'incompetenza dell'organo che ha adottato il provvedimento impugnato, in quanto sarebbe stato emanato da organo diverso da quello che ha emesso il provvedimento revocato.

Il provvedimento impugnato è effettivamente, come sostenuto dal ricorrente, un annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara e non solo dell'aggiudicazione.

Il bando di gara è sottoscritto dal Responsabile del procedimento; la revoca della gara è stata, invece disposta dal Capo compartimento dell'ufficio Anas per la Salerno Reggio Calabria. Il capo compartimento è il dirigente preposto all'ufficio, pertanto, si deve ritenere rientrante nella sua competenza la revoca degli atti di gara.

Tale censura è dunque infondata

Ulteriore censura viene proposta avverso la motivazione della revoca per la carenza di risorse finanziarie.

L'art 21 quinquies della legge n° 241 del 1990, introdotto dalla legge n° 15 del 2005, prevede che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento am-

ministrativo ad efficacia durevole possa essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico .

Per valutare la legittimità del provvedimento di revoca, si deve esaminare se l'Amministrazione abbia correttamente operato una valutazione delle circostanze sopravvenute e dell'interesse pubblico. Nel caso di specie, risulta dagli atti di causa che dopo l'aggiudicazione, in data 30-8-2005, l'Anas è stata interessata da una forte riduzione dei trasferimenti finanziari da parte dello Stato, in particolare con la legge finanziaria per il 2006. Con nota del 4-1-2006 il capo compartimento Anas disponeva la sospensione della stipulazione di tutti i contratti in corso. Successivamente, la Direzione generale dell'Anas rideterminava il bilancio 2006, riducendo le risorse destinate all'Ufficio per l'Autostrada Salerno Reggio Calabria. Pertanto veniva adottato il provvedimento impugnato.

Tale valutazione dei nuovi presupposti di fatto e dell'interesse pubblico a non vincolare l'amministrazione con impegni di spesa non coperti, in un momento di forte riduzione delle risorse finanziarie, non può ritenersi illegittima. Di tali elementi, posti a base del provvedimento impugnato, è stato poi dato espressamente conto nella motivazione.

Né si può ragionevolmente sostenere come afferma la difesa ricorrente che la gara era già finanziata con il bilancio dell'Anas per il 2005. Infatti in primo luogo, come dà atto lo stesso ricorrente, nel bando di gara si fa solo riferimento al bilancio ordinario Anas. Inoltre prevedibilmente il contratto sarebbe stato stipulato o quanto meno finanziato nel 2006. Comunque se anche la stazione appaltante avesse erroneamente indetto la gara in assenza di copertura finanziaria o avesse esaurito in altro modo i fondi, risponde sicuramente ad una migliore valutazione dell'interesse pubblico revocare la gara piuttosto che assumere impegni non coperti, esponendo l'amministrazione ad ulteriori spese .

Sotto tali profili il ricorso è infondato e quindi deve essere respinto.

Ne deriva il rigetto della domanda di risarcimento danni per il mancato utile derivante dalla stipulazione del contratto.

Peraltro, si deve valutare se sussistano profili di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione.

Come riconosciuto anche dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (a. plen., 05 settembre 2005 , n. 6), nel caso di pur legittima revoca di una procedura di gara può residuare una responsabilità a titolo precontrattuale nel caso in cui via stata una violazione degli obblighi di buona fede prima della stipulazione del contratto ovvero se il comportamento tenuto dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., e che tale comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro.

La domanda è infondata.

La responsabilità precontrattuale, indipendentemente dalla tesi accolta in ordine alla natura contrattuale o extracontrattuale, è dolosa o colposa.

Nel caso di specie non si può ravvisare la colpa della Amministrazione. In primo luogo il mutamento di fatto è dovuto ad una diminuzione delle risorse finanziarie per l'Anas a seguito della legge finanziaria per il 2006. Appena avuta notizia dell'approvazione di tale legge, il capo compartimento dell'Anas di Cosenza ha disposto la sospensione della stipula dei contratti nel gennaio 2007. E quando è stata determinata dalla direzione generale dell'Anas la distribuzione delle risorse finanziarie per il 2007 è stata disposta la revoca della gara. Pertanto, la società ricorrente non ha potuto nutrire alcun affidamento.

In ogni caso, il danno per la responsabilità precontrattuale sarebbe limitato al cd. interesse negativo: spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e non della partecipazione alla gara che hanno subito che gli altri partecipanti e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, nel periodo tra l'aggiudicazione e la revoca, mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, spettando questa solo nel caso di revoca illegittima (Consiglio Stato, sez. IV, 07 luglio 2008, n. 3380).

Nel caso di specie non è stata data alcuna prova di tali specifiche voci di danno.

Neppure, la società ricorrente, ha diritto all'indennità ex art 21 quinquies della legge n° 241 del 7-8-1990, in primo luogo tale indennità non è stata espressamente richiesta e la giurisprudenza si è già pronunciata nel senso che si tratti di domanda nuova rispetto a quelle di annullamento e di risarcimento (cfr. T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 05 luglio 2007, n. 2278 che ha affermato che tale domanda deve essere introdotta con motivi aggiunti); inoltre dalla previsione dell'art 21 quinquies, per cui l'indennità è dovuta quando la revoca incida su rapporti negoziali, si deve ritenere che questa non sia dovuta quando il provvedimento di revoca si verifichi prima della stipula del contratto.

Il ricorso è quindi infondato e deve essere respinto sia in relazione alla domanda di annullamento che a quelle di risarcimento danni.

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

P.Q.M.

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