



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO
Sezione I-bis

N. Reg. Sent.

Anno 2006

N. 7944 Reg. Ric.

Anno 2006

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sul ricorso n. 7944 del 2006, proposto da Cristanini S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Romei e Patrizio Leozappa, presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata, in Roma, via Bocca di Leone n. 78

contro

il Ministero della Difesa, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliato, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

per l'annullamento

- della nota prot. n. 810/6.16.3.5 del 28 giugno 2006, emessa dal Direttore del Centro Tecnico Logistico Interforze NBC – Ufficio Pianificazione e Controllo presso il Ministero della Difesa, con la quale è stato comunicato alla ricorrente l'annullamento d'ufficio del bando di gara pubblicato in data

12 maggio 2006, relativo alla procedura negoziata per la fornitura del "supporto logistico apparati SANIJET C921, retrofit, messa in efficienza e parti di ricambio";

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi incluso l'atto di eventuale indizione di ogni altra procedura di gara che l'Amministrazione dovesse esperire in sostituzione di quella sopra indicata;

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 ottobre 2006 il dr. Roberto POLITI; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

Fatto

Espone preliminarmente parte ricorrente che, con avviso pubblicato in data 12 maggio su un quotidiano di rilievo nazionale, l'Amministrazione della Difesa ha reso noto il bando relativo alla fornitura di "supporto logistico apparati SANIJET C921, retrofit, messa in efficienza e parti di ricambio".

Da tale bando è dato evincere che l'Amministrazione si era risolta a seguire una procedura negoziata con Cristanini S.p.A. in quanto quest'ultima – costruttrice degli apparati SANIJET, era l'unica impresa in grado di fornire un "supporto logistico" e di provvedere alla "messa in efficienza" ed alla fornitura della parti di ricambio.

Impugna ora parte ricorrente al nota del successivo 28 giugno, con la quale la precedente Amministrazione ha comunicato l'annullamento d'ufficio della gara come sopra indetta, motivata con riferimento alle osservazioni presentate da altre imprese, specificamente riguardanti gli interventi che avrebbero potuto essere effettuati anche da ditte diverse dal costruttore.

Questi i motivi di censura articolati con il presente mezzo di tutela:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.
Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e 21-novies della legge 241 del 1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, lett. c), del D.Lgs. 358 del 1992. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare per difetto di istruttoria, travisamento, sviamento di potere, errore nei presupposti, assoluta irragionevolezza e difetto di motivazione.

L'esercizio del potere di autotutela, sostanziatosi nell'adozione dell'avversato provvedimento di annullamento dell'indetta procedura negoziata, non sarebbe adeguatamente giustificato

con riferimento all'interesse pubblico che ne deve costituire indefettibile presupposto (non risultando sufficiente, al riguardo, un mero intento di "ripristino della legalità"); né, altrimenti, la motivazione dell'atto si rivela congruamente diffusa in ordine alle ragioni al riguardo tenute presenti dall'Amministrazione.

Non viene, in particolar modo, evidenziata la presenza di alcun vizio di legittimità inficiante l'originaria determinazione di indizione di procedura negoziata, tale da consentirne (se non addirittura imporle) l'annullamento d'ufficio.

Né, altrimenti, viene esplicitato il contenuto delle richiamate "osservazioni" presentate da altre imprese, pure evocato a presupposto del disposto annullamento.

Il provvedimento de quo, adottato nell'esercizio del potere di autotutela, non è stato inoltre preceduto dal prescritta comunicazione di avvio del relativo procedimento.

Nel merito, parte ricorrente rammenta di essere detentrica dei diritti di privativa industriale del prodotto (SANIJET C921) oggetto della fornitura in questione: risultando quindi adeguato il ricorso alla procedura negoziata in quanto solo Cristanini risulterebbe autorizzata a produrre e commercializzare tale bene.

Conclude la parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente la parte ricorrente – ai sensi dell'art. 7, lett. c), della l. 21 luglio 2000 n. 205 (che ha sostituito l'art. 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80) – il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato, con riveniente accertamento del danno e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 10 ottobre 2006, fissata per la trattazione del merito della presente controversia con ordinanza adottata nella Camera di Consiglio del 31 agosto 2006, ai sensi del comma 3 dell'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034.

Diritto

1. Va in primo luogo osservato, ad integrazione di quanto esposto in narrativa, che la procedura negoziata (trattativa privata) in discorso risulta essere stata avviata dalla precedente Amministrazione della Difesa – giusta quanto evidenziato nel relativo bando, pubblicato in data 12 maggio 2006 – in ragione

dell'esigenza di approvvigionamento di un "supporto logistico apparati SANIJET C921, retrofit, messa in efficienza e parti di ricambio".

Va poi ulteriormente soggiunto che il provvedimento con il presente gravame avverso risulta motivato con riferimento ad "osservazioni pervenute da altra società riguardanti gli interventi che possono essere effettuati anche da ditte diverse dal costruttore": alla stregua ed in conseguenza delle quali l'Amministrazione ha reso noto di essere pervenuta "ad un riesame della procedura approvvigionativa" con conseguente annullamento del bando di gara.

2. Quanto sopra preliminarmente posto, l'indagine demandata alla Sezione al fine della sollecitata delibazione dei sottoposti argomenti di censura non può non prendere avvio dall'individuazione delle coordinate di legittima esercitabilità del potere di autotutela nel quadro delle procedure di selezione preordinate all'individuazione del privato contraente: e ciò avuto particolare riguardo allo svolgimento del relativo procedimento ed alla precisazione del contenuto dell'obbligo di esplicitare le connesse ragioni giustificative.

2.1 In primo luogo, va sottolineato come l'Amministrazione che abbia dato avvio alla gara per l'aggiudicazione di un contratto assuma un vero e proprio impegno de contrahendo con i concorrenti prescelti, con conseguente insorgenza in capo

all'Amministrazione, quando l'iter procedimentale abbia avuto inizio, dell'obbligo di proseguirlo in tutte le successive sequenze, fino alla definizione, a meno che non sussistano situazioni che obiettivamente ne impediscano la conclusione: rimanendo tuttavia, in tale caso, a carico dell'Amministrazione stessa l'obbligo di precisarne l'esistenza e giustificare così il suo operato.

Conseguentemente:

- se va affermata la sussistenza di uno jus poenitendi da parte dell'Amministrazione – inteso come facoltà di revocare o annullare la gara – quando vi siano preminenti esigenze pubbliche che lo impongano, fatta salva (anche in considerazione della fase procedimentale più o meno avanzata, in cui le dette esigenze vengano rilevate) l'eventuale responsabilità pre-contrattuale ex art. 1337 c.c. (T.A.R. Toscana, sez. I, 30 maggio 1991 n. 313);
- tuttavia la revoca degli atti di gara per l'aggiudicazione di un contratto è consentita soltanto laddove sussistano motivi di pubblico interesse, da esplicitare nel provvedimento, che consiglino la prosecuzione dell'iter concorsuale rendendone evidente l'opportunità: e ciò anche qualora vi sia già stata l'aggiudicazione, attraverso la non approvazione degli atti di gara e del relativo verbale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 1987 n. 890; nonché T.A.R. Sicilia, Palermo, sez.

I, 13 maggio 1988 n. 286 e T.A.R. Sardegna, 30 luglio 1993 n. 969).

Analogamente, si ritenuto che, in materia di appalti pubblici e privati vige il principio del recesso ad nutum, che consente al solo appaltatore di liberarsi dal vincolo contrattuale quando siano venute meno le ragioni che lo avevano indotto al contratto; e pertanto, essendo tale principio applicabile anche in fase pre-contrattuale, è stato considerato legittimo il provvedimento di revoca della gara qualora la situazione di fatto sia medio tempore mutata rendendo superflua l'esecuzione dei lavori (T.A.R. Lazio, sez. I, 12 maggio 1987 n. 1020).

Se può quindi convenirsi in ordine all'immanenza, in capo alla Pubblica Amministrazione, della potestà di caducare gli atti della procedura di gara:

- oltre che nel caso di riscontrate illegittimità inficianti lo svolgimento della procedura (ipotesi che, più propriamente, sostanzia la fattispecie dell'annullamento),
- anche nel caso in cui sopravvengano circostanze che rivelino il mutamento dell'interesse pubblico all'espletamento della gara (di tale sopraggiunto mutamento l'Amministrazione dovendo nondimeno dare puntuale ed accurata motivazione nell'ambito del provvedimento di revoca: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 1990 n. 28);

l'attenzione va, allora, necessariamente focalizzata sull'obbligo motivazionale, quale fondamentale elemento di riscontro (attraverso l'analisi delle ragioni giustificative al riguardo esplicitate dall'Amministrazione) del corretto esercizio della relativa pubblica potestà.

È opportuno sottolineare, preliminarmente alla disamina che verrà di seguito condotta, come le coordinate di legittimità che assistono il potere di annullamento d'ufficio siano, ora, legislativamente indicate dall'art. 21-nonies della legge 7 agosto 1990 n. 241 (come introdotto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15): e prevedano che l'esercizio del potere di autotutela debba:

- necessariamente contemplare la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico,
- intervenire entro un termine ragionevole
- e tenere, ulteriormente, conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, da parte dell'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

2.2 Quanto al procedimento per la formazione dei contratti della P.A., affinché la revoca degli atti di gara possa ritenersi legittima, è stato ritenuto necessario (e sufficiente) che sussistano fondati motivi di pubblico interesse – da indicare nel provvedimento – che sconsiglino la prosecuzione dell'iter

concorsuale rendendone evidente l'inopportunità (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 286 del 1988 cit.).

Conseguentemente, l'annullamento di un procedimento di gara mediante esercizio del potere di autotutela deve essere sorretto da adeguata motivazione in ordine alla natura delle anomalie riscontrate, alla gravità delle stesse, alla loro incidenza sul procedimento di gara; e, soprattutto, circa la sussistenza di specifici vizi di legittimità che lo rendano necessario (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 14 novembre 1994 n. 407).

In altri termini, il principio secondo il quale nei contratti della Pubblica Amministrazione l'aggiudicazione, in quanto atto conclusivo del procedimento di individuazione del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà dell'Amministrazione di concludere il contratto e della volontà del privato manifestata con l'offerta giudicata migliore (da tale momento sorgendo il diritto soggettivo dell'aggiudicatario nei confronti della stessa P.A.), non esclude la possibilità per quest'ultima di procedere, con atto successivo, adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero alla non approvazione del relativo verbale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 1996 n. 1263 e sez. VI, 29 marzo 1996 n. 518, 30 aprile 1994 n. 652 e 16 novembre 1987 n. 890; nonché T.A.R. Campania, Napoli, 20 ottobre 1998 n. 3261).

Nondimeno, siffatta esigenza ha formato oggetto di diversificata considerazione in relazione alle diverse fasi di svolgimento dell'iter procedimentale di che trattasi, avuto riguardo alla complementare identificazione delle situazioni giuridiche soggettive riscontrabili in capo alla parte privata ed al connesso (eventuale) consolidamento di posizioni nei confronti delle quali l'ordinamento appresti un più o meno intenso grado di tutela.

Le ricadute di tale affermato principio sono rappresentate dalla nota affermazione per cui l'annullamento d'ufficio di una gara di appalto prima dell'aggiudicazione definitiva non richiede una specifica motivazione sull'interesse pubblico, giustificandosi ex se in base alla sola riscontrata e dichiarata esistenza di vizi di legittimità, in difetto di qualsiasi effetto di consolidamento dei risultati della gara (T.A.R. Liguria, sez. II, 2 luglio 2004 n. 1068; T.A.R. Umbria, 20 novembre 1994 n. 665).

Il depotenziato obbligo motivazionale in presenza del mancato consolidamento di posizioni soggettive è stato ulteriormente ribadito, allorché l'atto di autotutela adottato dalla P.A. è stato ritenuto sufficientemente motivato con il solo riferimento all'esistenza dei vizi riscontrati nell'atto da invalidare (Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 1993 n. 803; T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, 4 luglio 1994 n. 306).

2.3 Se gli orientamenti da ultimo rammentati hanno riferimento, con ogni evidenza, all'annullamento della gara (non

ancora sostanziatasi nella conclusiva aggiudicazione) in presenza di acclarati vizi di legittimità, ritiene nondimeno il Collegio che analoga latitudine espansiva del potere di autotutela non possa essere riconosciuta ove vengano in considerazione valutazioni di opportunità le quali, manifestatesi pur sempre anteriormente all'aggiudicazione, consiglino o addirittura impongano all'Amministrazione di caducare l'avviato procedimento di pubblica selezione mediante adozione di provvedimento di revoca.

Se, sulla base delle considerazioni precedentemente svolte, rientra nei poteri esercitabili dalla Stazione appaltante il "ritiro" del bando e di tutti gli atti conseguenti di una gara di appalto in attuazione del generale principio di autotutela, tale potere richiede tuttavia – ed obbligatoriamente – l'esplicitazione dello specifico vizio di legittimità di cui gli atti ritirati sono affetti (ove si versi in ipotesi di "annullamento"), ovvero delle valutazioni in termini di opportunità (ove si versi in fattispecie di "revoca"), nonché – e comunque – dell'interesse pubblico, concreto e attuale, che giustifica il "ritiro" stesso.

In ordine a tale ultimo profilo, la stazione appaltante deve porre a raffronto l'interesse pubblico che sarebbe stato perseguito attraverso la conclusione della originaria procedura e quello che si pone come realizzabile per il tramite della nuova procedura, atteso che soltanto per il tramite di una simile analisi

comparativa può ritenersi esaurientemente compiuta l'attività di supporto istruttorio ed assolto l'obbligo motivazionale del provvedimento di autotutela.

In altri termini, se rientra nella potestà discrezionale dell'Amministrazione disporre la revoca di bandi relativi a gare già indette in considerazione di motivi di pubblico interesse che sconsiglino la prosecuzione della gara, l'interesse che impone la revoca della gara, affinché possa essere ritenuto prevalente su quello per la cui realizzazione la stessa gara era stata indetta, deve dimostrare effettiva consistenza nella sua sopravvenienza ed adeguata congruenza nella sua incidenza sull'assetto degli interessi che avevano imposto l'indizione della gara (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 18 luglio 2002 n. 6354).

Tale dimostrazione, nel caso in esame, non risulta essere stata offerta dall'Autorità emanante, atteso che – come infra analiticamente esposto – il provvedimento di “annullamento” del bando di gara trova fondamento esclusivamente “alla luce di osservazioni pervenute da altra società riguardanti gli interventi che possono essere effettuati anche da ditte diverse dal costruttore”

Tale apparato giustificativo propone significativi elementi di ellitticità – dimostrandosi, conseguentemente, inadeguato al fine di illustrare con carattere di necessaria completezza e concludenza le ragioni di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere di autotutela – laddove si consideri come le

indicazioni precedentemente riportate non si sollevano da un rango di evidente, quanto lacunosa genericità: in esse difettando, con ogni evidenza, alcuna precisazione non soltanto in ordine al soggetto (diverso dal costruttore) ritenuto in grado di effettuare i richiesti interventi, ma anche con riferimento alla presenza di diritti di privativa industriale (peraltro accennati nel testo dello stesso provvedimento del 28 giugno 2006) idonei a concentrare in un unico soggetto la concreta potenzialità a provvedere alla fornitura a fronte della quale l'Amministrazione ha esplicitato la volontà di individuazione del privato contraente.

A tale stregua, l'obbligo motivazionale precedentemente indicato (e descritto, quanto al relativo profilo contenutistico) deve ritenersi non correttamente assolto

3. Sotto altro profilo, il provvedimento impugnato si dimostra (ulteriormente) inficiato per violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, sancito dall'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

3.1 È noto che la funzione assegnata dalla vigente legislazione alla comunicazione di avvio del procedimento è quella di rendere edotto il privato dell'inizio di un determinato procedimento, onde metterlo in condizione, qualora lo ritenga necessario od opportuno, di partecipare al medesimo, nelle varie forme riconosciute dall'ordinamento.

La disposizione di cui all'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 va letta, peraltro, non già alla stregua di una clausola da osservare con doveroso formalismo, ma come norma intesa ad assicurare, nella sostanza, la conoscenza dell'esistenza di un procedimento (cfr., in termini, T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 3 aprile 2002 n. 2657 e sez. II, 26 ottobre 1998 n. 1710), sì da escludere che l'applicazione della disposizione in esame possa formare oggetto di applicazione veicolata da esigenze meccanicisticamente formalistiche (T.A.R. Toscana, I Sez., 20 luglio 1999 n. 708).

Tale obbligo, per ormai consolidato insegnamento giurisprudenziale, ha peraltro – nei limiti precedentemente tratteggiati – portata generale e trova sicura applicazione anche nel caso dei provvedimenti c.d. di secondo grado, adottati in via di autotutela dall'Amministrazione (cfr., ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 18 agosto 2005 n. 10724; T.A.R. Liguria, sez. II, 27 maggio 2005 n. 747; T.A.R. Marche, 4 febbraio 2005 n. 110; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2004 n. 1470; T.A.R. Toscana, sez. II, 22 ottobre 2004 n. 5054).

Ben è consapevole il Collegio che la giurisprudenza ha escluso che l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria debba essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, di cui all'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, in quanto rientrante

nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, della cui pendenza la parte deve essere a conoscenza (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 14 aprile 2005 n. 1520; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 14 dicembre 2004 n. 8521).

Ma è altrettanto consapevole che – nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione – nondimeno l'avviso d'avvio del relativo procedimento assume carattere di obbligatorietà laddove la rimozione implichi valutazioni discrezionali o l'accertamento di circostanze di fatto suscettibili di vario apprezzamento, superfluo appalesandosi invece qualora si tratti di un provvedimento basato su presupposti verificabili in modo immediato ed univoco, per i quali le esigenze di garanzia e trasparenza, sottese a tale formalità, recedono e riprendono piena espansione i criteri d'economicità e di speditezza da cui è retta l'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005 n. 1885).

Se, quindi, anche per il provvedimento aggiudicatorio la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela è presidiata dal carattere di indefettibilità ove l'esercizio di tale potere promani da valutazione (più o meno latamente) connotate da discrezionalità, diversamente non può convenirsi in ordine alla legittimità di un intervento in autotutela con il quale l'Amministrazione disponga il parziale annullamento della procedura di una gara per l'assegnazione di un appalto ove non

sia preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento all'interessato, trattandosi di iniziativa d'ufficio (cfr. T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, 3 aprile 2004 n. 136).

3.2 Quanto al caso portato all'attenzione della Sezione, va osservato come tale obbligo di comunicazione risulti essere stato affatto pretermesso.

È dato infatti rilevare dalla lettura della nota del Centro Tecnico Logistico Interforze – Ufficio Pianificazione e Controllo, recante data 28 giugno 2006 (e rivolta all'odierna ricorrente), che:

- “con il bando in oggetto questa Stazione appaltante ha indicato, per il soddisfacimento dell'esigenza, una procedura a trattativa privata con codesta Società”;
- “alla luce di osservazioni pervenute da altra società riguardanti gli interventi che possono essere effettuati anche da ditte diverse dal costruttore, si è pervenuti ad un riesame della procedura approvvigionativa e, pertanto, tale bando è da ritenersi annullato”;
- si comunica, inoltre, che le esigenze in questione verranno pubblicate sul prossimo bollettino dei bandi di gara di questa Stazione appaltante”;
- allo scopo di avviare una procedura corretta, anche per evitare possibili contenziosi, si prega codesta Società, anche a titolo di collaborazione, di analizzare l'elenco delle parti di ricambio in

allegato e di specificare se e quali sono coperte da privativa industriale inviando documentazione probatoria”.

Nell’osservare, in primo luogo, come la decisione di annullare il bando sia conseguita (non già alla riscontrata presenza di profili di originaria illegittimità di tale atto, quanto, piuttosto) a valutazioni di merito in ordine all’opportunità di pervenire all’aggiudicazione della fornitura con strumenti diversi dalla procedura negoziata (di tal guisa si rivela appropriato individuare il provvedimento di autotutela quale atto di “revoca”: e non già, come indicato nella citata nota, quale determinazione di “annullamento”, va ulteriormente rilevato che:

- non soltanto l’Amministrazione avrebbe doverosamente dovuto procedere, prima dell’indizione della gara e, quindi, della scelta del sistema di individuazione del privato contraente, alla verifica degli imprenditori, presenti sul mercato, potenzialmente in grado di assicurare la fornitura in questione;
- non soltanto il contenuto delle (non meglio identificabili) “osservazioni pervenute da altra società” non viene in alcun modo circostanziato e precisato quanto alla relativa portata contenutistica, avente evidente rilevanza nella scelta, dall’Amministrazione stessa adottata, di “annullare” il bando di gara;

- ma che proprio tale "sopravvenienza", ove effettivamente sussistente ed effettivamente idonea a costituire valido presupposto ai fini dell'esercizio del potere di autotutela, avrebbe dovuto formare oggetto di partecipazione notiziale nei confronti dell'odierna ricorrente, onde porla concretamente in grado di poter presentare eventuali osservazioni e/o controdeduzioni illustranti le condizioni di mercato (e, con esse, i soggetti effettivamente in grado di provvedere al relativo approvvigionamento) riguardanti i materiali oggetto di fornitura.

Che tale ultimo aspetto assuma rilievo non certo secondario ai fini in discorso, è adeguatamente illustrato dalle stesse affermazioni esposte dall'Amministrazione nella nota anzidetta, laddove la ricorrente Cristanini viene invitata, "anche a titolo di collaborazione", "ad analizzare l'elenco delle parti di ricambio in allegato e ... specificare se e quali sono coperte da privativa industriale inviando documentazione probatoria".

Appare evidente che tale accertamento – il cui rilievo ha valenza fondamentale, atteso che la presenza di privative industriali in capo ad un unico soggetto, escludendo per ciò stesso che altri operatori del settore potessero legittimamente provvedere all'approvvigionamento di che trattasi, ben avrebbe potuto confortare il ricorso alla procedura negoziata

(escludendo, quindi, l'obbligo di procedere all'indizione di pubblica gara) – avrebbe dovuto essere svolto:

- non solo con carattere di evidente previeta rispetto alla manifestazione della volontà di contrattare da parte dell'Amministrazione;
- ma, una volta indetta la procedura negoziata, nel quadro di modalità partecipative che, preliminarmente all'eventuale assunzione di determinazioni in autotutela, avrebbero necessariamente dovuto coinvolgere la ricorrente, invitandola a dimostrare documentalmente l'eventuale possesso di "privative" siffatte.

Se, alla stregua di quanto osservato al precedente punto 3.1, l'obbligo sancito dall'art. 7 della legge 241/1990 va inteso in senso evidentemente non formalistico (in quanto la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, che si sostanzia nella possibilità di presentare memorie, osservazioni e controdeduzioni, è finalizzata all'effettiva e concreta realizzazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 della Costituzione e, quindi, alla corretta e giusta formazione della volontà di provvedere da parte dell'Amministrazione: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2004 n. 4479), ritiene il Collegio che – alla stregua di quanto sopra

riportato relativamente alla sottoposta vicenda contenziosa – nella fattispecie all'esame ricorressero le coordinate di indefettibilità della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo in quanto l'adozione del provvedimento finale – come illustrato – ha implicato l'accertamento di circostanze di fatto suscettibili di vario apprezzamento: non potendosi escludere (anzi, dovendosi espressamente ammettere) l'utilità di un apporto partecipativo dell'interessato alla fase istruttoria ai fini dell'esatto accertamento del fatto assunto a presupposto dell'esercizio del potere di autotutela.

3.3 Né, quanto alla fattispecie all'esame, può ritenersi operante il disposto dell'art. 21-octies della legge 7 agosto 1990 n. 241 (come aggiunto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15), il quale:

- nello stabilire che “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”,
- soggiunge, ulteriormente, che “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”.

Difettano infatti, nella fattispecie all'esame, i presupposti normativamente contemplati al fine di escludere l'illegittimità del provvedimento adottato in violazione delle norme procedurali, ovvero assunto in difetto della preventiva comunicazione di avvio del procedimento, atteso che:

- non si verte in ambito di provvedimenti aventi natura vincolata (trattandosi di esercizio del potere di autotutela intrinsecamente connotato da lato apprezzamento discrezionale);
- non è invero dimostrabile che – laddove fosse stata attivata la necessaria interlocuzione endoprocedimentale (nella fattispecie pretermessa) – la parte interessata (ovvero, l'odierna ricorrente) non avrebbe potuto addurre all'attenzione della procedente Amministrazione elementi di giudizio e/o di valutazione utili ai fini di una diversa considerazione degli elementi a quest'ultima prospettati in sede di presentazione degli “esposti” precedentemente indicati.

4. Le considerazioni precedentemente esposte impongono, nei limiti dei riscontrati profili di illegittimità inficianti l'avversata determinazione, di disporre l'annullamento: rimanendo

ovviamente riservate alla competente Amministrazione le consequenziali determinazioni.

Non è invece suscettibile di accoglimento la richiesta di risarcimento del danno formulata dalla parte ricorrente, atteso che quest'ultima ha omesso di dimostrare – e di quantificare – il pregiudizio asseritamente risentito per effetto dell'esecuzione dell'atto impugnato.

Se, infatti, nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale (quale in ipotesi configurabile a seguito della caducazione del bando di gara) il danno risarcibile consiste nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza (interesse contrattuale negativo), ivi comprese le spese sopportate per l'approntamento della partecipazione alla gara, nonché nella perdita delle occasioni di lavoro alternative, se dimostrate (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457; T.A.R. Piemonte, 6 dicembre 2003 n. 1762), l'esaminabilità della pretesa risarcitoria non può comunque prescindere dalla necessaria ostensione, ad opera del richiedente:

- dell'esistenza di un pregiudizio economicamente rilevante (ovvero di una diminuzione patrimoniale);
- della riconducibilità di tale dimostrato pregiudizio a condotta almeno colposa da parte dell'Amministrazione;

- nonché della riveniente quantificazione del relativo ammontare (impregiudicata l'adottabilità, ad opera dell'adito organo di giustizia, del c.d. criterio equitativo di commisurazione del pregiudizio, al ricorrere dei pertinenti presupposti).

Esclusa dunque, alla stregua di quanto sopra posto in luce, la positiva esaminabilità della dedotta pretesa risarcitoria, dispone conclusivamente il Collegio di porre le spese di lite a carico dell'Amministrazione soccombente, giusta la liquidazione di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I-bis – accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna l'Amministrazione della Difesa, nella persona del Ministro p.t., al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Cristanini S.p.A. per complessivi € 2.500,00 (Euro duemila e cinquecento/00).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 10 ottobre 2006, con l'intervento dei seguenti magistrati:

Elia ORCIUOLO – Presidente

Roberto POLITI – Consigliere, relatore, estensore

Donatella SCALA – Consigliere

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE