

Lesione dell'affidamento: l'espressa previsione della necessità di indennizzare il privato in ordine ad eventuali pregiudizi subiti in conseguenza della emanazione di provvedimenti di revoca di precedenti atti amministrativi, non elimina la possibile resp

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

In adesione alla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che le caratteristiche della responsabilità della P.A. non possano condurre ad un inquadramento unitario del sistema, dovendosi concretamente distinguere le ipotesi nelle quali la responsabilità della stessa sia riconducibile alla violazione di un rapporto obbligatorio rispetto alle fattispecie nelle quali la regola applicabile rimane quella codificata dall'art. 2043 c.c.: assume specifica rilevanza la tematica della responsabilità precontrattuale non tanto quale regola di carattere generale quanto, piuttosto, quale categoria valevole in tutte le ipotesi nella quale **viene in essere non tanto la lesione derivante dal provvedimento amministrativo, quanto, piuttosto, la violazione della regola di correttezza e buona fede nell'ambito della trattativa - seppure procedimentalizzata - che prelude alla stipulazione del contratto**

In tema di responsabilità precontrattuale della Stazione appaltante, qualora atti dell'autorità - seppure illegittimi - producano nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico, merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Tar Lazio, Roma, con la sentenza numero 77 del 10 gennaio 2007:

<Il principio del "legittimo affidamento", che era stato inserito nel progetto di modifica della l. n. 241/1990, è stato poi espunto quale criterio generale.

E' rimasto un riferimento a tale principio nel disposto dell'art. 21 nonies L. n. 241/1990 così come introdotto dalla L. n. 15/2005 laddove si afferma che "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi

dell'art. 21 octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole"; allo stesso modo deve ritenersi con riguardo al disposto dell'art. 21 quinquies della L. n. 214/1990 così come introdotto dalla L. n. 15/2005 che dispone 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 amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge.

Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".>

Ma vi è di
più.

<La legittimità dell'atto di revoca, tuttavia, non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento della stessa Amministrazione con riguardo al rispetto del dovere di buona fede e correttezza nell'ambito del procedimento formativo della volontà negoziale (si veda anche T.A.R. Lecce, 8 luglio 2004, n. 4921 "E' configurabile la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione che, dopo aver bandito una gara d'appalto e dopo la sua aggiudicazione provvisoria, ne ritiri d'ufficio gli atti con inescusabile ritardo sulla base della loro manifesta non conformità alla legge e ai principi della logica e della buona amministrazione, con ciò evidenziando superficialità e negligenza della condotta. La violazione da parte della Pubblica amministrazione dei doveri di cui agli artt. 1337 e 1338 Cod. civ. danno luogo a responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che il debito relativo al conseguente risarcimento danni deve ritenersi di valore e non di valuta e come tale soggetto a rivalutazione monetaria

e ad interessi legali”; T.A.R. Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; T.A.R. Milano, 9 marzo 2000, n. 1869).>

nella fattispecie particolare sottoposta ai giudici romani, quindi:

<La rilevata impossibilità di eseguire i lavori con riguardo al progetto inizialmente appaltato, infatti, doveva condurre l’Amministrazione ad una immediata reazione in termini di autotutela - da esercitarsi già in sede di espletamento della gara - e non già ad una attesa tanto lunga (circa cinque anni) quanto inutile.

Del resto, le continue richieste della stazione appaltante in merito alla conferma di disponibilità alla esecuzione dei lavori oltre che ad eventuali interventi di modifica del progetto si sono rivelate inutili proprio in considerazione della ammissione, da parte della stessa Amministrazione, della impossibile realizzazione del progetto.

Né, d’altra parte, può ravvisarsi alcun profilo di colpa in capo alla impresa odierna ricorrente che, una volta intervenuto il provvedimento di aggiudicazione, ha operato con diligenza e correttezza rispetto alle richieste provenienti dall’ANAS, offrendo in ogni momento la propria disponibilità ad eventuali modifiche correttive del progetto posto a base di gara.

Peraltro, occorre anche osservare come secondo il disposto dell'art. 109 D.P.R. n. 554/1999, all'impresa aggiudicataria è riconosciuta una "facoltà" di "recesso" e non già un "onere" proprio in considerazione della possibile scelta dall'appaltatore in ordine al perseguimento dell'interesse all'esecuzione dei lavori pur oltre i termini previsti per la stipulazione del contratto. La mancata previsione dell'indennizzo in caso di mancata presentazione dell'istanza, del resto, lungi dal mutare la natura giuridica del recesso, sembra correlata alla necessità che la stazione appaltante sia preventivamente posta a conoscenza della volontà dell'appaltatore, dovendosi, quindi, ritenere correlata al dovere di comportamento secondo buona fede e correttezza nello svolgimento dei rapporti tra le parti.

In tale prospettiva, allora, la previsione dell'indennizzo in capo all'impresa che si scioglie dal rapporto deve ritenersi connessa ad una forma di tutela che prescinde dalla valutazione di profili di responsabilità della stazione appaltante e che, quindi, non elimina - come già rilevato nel rapporto tra tutela dell'affidamento e violazione degli obblighi di correttezza e buona fede - l'eventuale responsabilità della stessa (stazione appaltante) per la violazione delle regole di buona fede e correttezza.>

Relativamente alle voci di danno da riconoscere all'impresa:

< Individuato l'ambito applicativo della domanda dell'odierna ricorrente e qualificata in termini di responsabilità precontrattuale la fattispecie sottoposta all'attenzione del Collegio, occorre individuare le possibili voci di danno oggetto di liquidazione.

Sotto tale profilo, la domanda di risarcimento deve circoscriversi alle spese sostenute per la partecipazione alla gara di appalto oltre che alle cd. occasioni perdute.

In tale prospettiva, conseguentemente, deve respingersi la domanda relativa alla liquidazione di voci afferenti al cd. "lucro cessante" che, evidentemente, non possono costituire oggetto di responsabilità precontrattuale se non con riguardo al distinto ambito delle "occasioni mancate" che, tuttavia, concerne l'eventuale lucro ricavabile non già dal rapporto contrattuale fonte della responsabilità quanto, piuttosto, da ulteriori e distinti possibili contratti non stipulati proprio a causa del precedente impegno assunto.

In ordine alle voci di danno relative alla responsabilità precontrattuale così come configurata occorre, preliminarmente, osservare - così come rilevato dalla stessa parte ricorrente - come nell'ambito della fattispecie oggetto del presente ricorso non risulti avvenuta alcuna consegna dei lavori.

Conseguentemente, il risarcimento del danno relativo alle spese sostenute dalla odierna ricorrente non potrà che avere ad oggetto quelle voci afferenti alla partecipazione alla gara di appalto - ed alle eventuali modifiche progettuali richieste dall'ANAS - con esclusione, quindi, di ulteriori e diverse voci indicate dalla ricorrente.>

Viene quindi riconosciuto il costo della cauzione definitiva:

<Alcun dubbio, al contrario, in merito alla liquidazione delle spese relative alla polizza per cauzione definitiva, documentate e ammontanti ad Euro 39.900,05 mentre, per ciò che concerne le dedotte spese contrattuali ritiene il Collegio che le stesse non possano liquidarsi in considerazione del fatto che, così come dedotto dalla stessa ricorrente, non si è mai addivenuto alla stipula del relativo contratto>

a cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione Terza

Composto dai *****:

Presidente

Componente

Componente-Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1836/2006 proposto dalla Impresa *** Costruzioni Generali S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** ed elett.te dom.ta in Roma, P.le Porta Pia n. 21 presso lo studio degli stessi;

CONTRO

- l'ANAS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato;

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE

- del provvedimento del Presidente dell'ANAS n. 6919 del 14 dicembre 2005, comunicato con lettera 16 dicembre 2005, di revoca del dispositivo n. 620 del 1 giugno 1999 con il quale erano stati aggiudicati, in via definitiva, alla ricorrente i lavori della SSV Licodia Eubea - Tronco Svincolo Regalsemi - Innesto S.S. n. 177 Bis "Centrale Sicula", lotto 4, 1° stralcio;

- di ogni altro atto e provvedimento connesso, prodromico e consequenziale;

NONCHE'

- per la condanna della resistente al risarcimento del danno o, in subordine, alla eventuale liquidazione dell'indennità di cui all'art. 21 quinquies L. n. 241/1990.

Visto il ricorso con i relativi atti.

Visti gli atti tutti di causa.

Vista la costituzione dell'Avvocatura dello Stato.

Designato Relatore il Primo Referendario *****.

Udite le parti alla udienza del 22 novembre 2006, come da verbale di udienza.

FATTO

Con ricorso n. 1836/2006, notificato in data 14 febbraio 2006 e depositato il 28 febbraio, la ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti indicati in epigrafe deducendo i seguenti fatti:

A seguito di licitazione privata esperita dall'ANAS in data 11 dicembre 1998 e febbraio 1999, la ricorrente si rendeva aggiudicataria dell'appalto dei lavori di costruzione della SSV Licodia Eubea - Tronco Svincolo Regalsemi - Innesto S.S. n. 177 Bis "Centrale Sicula", lotto 4, 1° stralcio.

Con deliberazione n. 620 del 1 giugno 1999, l'ANAS approvava l'esito della gara, comunicando l'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto e disponendo la consegna dei lavori, successivamente rinviata.

In data 1 settembre 1999 l'Ente richiedeva con urgenza una serie di documenti ed adempimenti ai fini della stipula del contratto cui l'impresa dava seguito il 22 settembre 1999.

Ciò nonostante, trascorrevano quasi due anni senza che l'ANAS procedesse alla stipula del contratto ed alla consegna dei lavori.

Con nota del 27 luglio 2001, l'ANAS comunicava che il proprio amministratore aveva disposto l'autorizzazione alla consegna dei lavori sotto le riserve di legge e chiedeva alla aggiudicataria una dichiarazione di conferma della disponibilità ad eseguire le opere.

La ricorrente rilasciava, con nota del 30 agosto 2001, la dichiarazione in parola ma l'ANAS non intraprendeva alcuna attività.

Passavano altri due anni e la ricorrente si vedeva costretta a diffidare l'ANAS alla stipula del contratto mediante atto notificato il data 10 giugno 2003.

Successivamente, con provvedimento del Presidente n. 4458 dell'8 marzo 2004, l'ANAS decideva di revocare l'aggiudicazione per sopravvenute ragioni di pubblico interesse.

La ricorrente proponeva ricorso al TAR avverso tale provvedimento e con sentenza n. 8221 del 1 settembre 2004 il TAR Lazio, Sez. III, accoglieva il ricorso annullando il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva ritenuto viziato per mancanza di comunicazione e per carenza di motivazione.

Con lettera del 15 novembre 2004, l'ANAS comunicava il riavvio del procedimento di secondo grado avente ad oggetto l'eventuale revoca dell'aggiudicazione dell'appalto poiché dalla necessaria attività di aggiornamento progettuale era emersa l'esigenza di apportare ai progetti dei singoli lotti modifiche di entità e contenuti tali da alterare la configurazione dei lavori già aggiudicati e da non far ritenere possibile la loro esecuzione da parte dell'originario aggiudicatario delle opere.

Onde consentire il necessario contraddittorio, l'ANAS assegnava all'impresa termine di 20 giorni per eventuali osservazioni e memorie e dichiarava nel contempo visionabili gli atti del procedimento.

L'impresa riscontrava la comunicazione dell'ANAS con lettera del 24 novembre 2004 evidenziando che le ragioni addotte dall'ente a sostegno dell'eventuale annullamento risultavano generiche, imprecise ed in contrasto con precedenti manifestazioni e che l'esame degli atti non forniva alcuna utilità per chiarire le stesse.

La nota rimaneva priva di riscontro e nessuna ulteriore informazione era fornita all'impresa.

Con nota del 14 dicembre 2005 l'ANAS comunicava che con provvedimento in pari data era stato revocato il dispositivo 1 giugno 1999, n. 620.

Deduce la ricorrente la illegittimità del provvedimento impugnato sotto i seguenti profili:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 16 e ss. L. n. 109/1994 e successive modifiche - violazione e falsa applicazione dell'art. 25 L. n. 109/1994 e successive modifiche; violazione e falsa applicazione del D.M. 5 novembre 2001; violazione dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 21 quinquies della L. n. 241/1990 come modificato dalla L. n. 15/2005; contraddittorietà, violazione del principio di trasparenza dell'agire amministrativo; eccesso di potere per sviamento.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione resistente.

All'udienza del 22 novembre 2006 il ricorso era assunto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

Il ricorso è infondato quanto alla istanza di annullamento dell'atto impugnato mentre deve essere accolto, nei sensi di cui alla motivazione, con riguardo alla domanda di risarcimento del danno.

A seguito della licitazione privata esperita dall'ANAS, l'odierna ricorrente risultava aggiudicataria dell'appalto di lavori relativo al 1° stralcio del 4° lotto della strada statale Licodia-Eubea, tronco svincolo di Regalselmi, innesto S.S. 117 bis.

In particolare, con deliberazione n. 620 del 1 giugno 1999, l'ANAS approvava l'aggiudicazione dell'appalto e, in data 1 settembre 1999, invitava l'aggiudicataria a produrre, con urgenza, la documentazione necessaria alla stipula del contratto.

La ricorrente trasmetteva tutta la documentazione richiesta unitamente alla cauzione definitiva.

Ciò nonostante, l'ANAS non procedeva alla stipula del contratto ed alla consegna dei lavori e con nota del 27 luglio 2001 comunicava che il proprio amministratore aveva disposto l'autorizzazione alla consegna dei lavori sotto le riserve di legge e chiedeva alla aggiudicataria una dichiarazione di conferma della disponibilità ad eseguire le opere.

La ricorrente rilasciava, con nota del 30 agosto 2001, la dichiarazione in parola ma l'ANAS non intraprendeva alcuna attività.

La ricorrente, quindi, con atto notificato il data 10 giugno 2003 diffidava l'ANAS alla stipulazione del contratto; con provvedimento dell'8 marzo 2004 l'ANAS disponeva la revoca dell'aggiudicazione per sopravvenute ragioni di pubblico interesse.

Il primo provvedimento di revoca veniva impugnato dalla odierna ricorrente ed il Tribunale

Amministrativo annullava la revoca sotto i profili della carenza di motivazione e della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

A seguito della pronuncia del TAR, l'ANAS, quindi, provvedeva a dare nuovo impulso al procedimento di revoca e, previa comunicazione di avvio del procedimento, provvedeva ad emanare il nuovo provvedimento di revoca in data 14 dicembre 2005.

Preliminarmente occorre rilevare che dalla lettura degli atti di causa emerge chiaramente quale fosse l'esigenza sottesa alla revoca del provvedimento di aggiudicazione.

In particolare, dal provvedimento di revoca emerge l'esigenza della stazione appaltante di operare una completa revisione progettuale in relazione alla impossibilità di dare esecuzione al progetto così come appaltato. Dalla nota comparativa tra il progetto aggiudicato e quello da eseguire emerge, infatti, la modifica di rilevanti aspetti (assenza dei dati di tracciamento che ha necessitato la completa ridefinizione del corpo stradale all'interno della fascia di esproprio individuata e conseguente riprogettazione delle opere d'arte maggiori e minori ed in particolare dei viadotti; inaffidabilità della base cartografica che ha comportato la necessità di redigere ex novo il rilievo celerimetrico della fascia di territorio interessata dall'intero progetto, lungo circa 20 km. e dei cinque svincoli previsti; necessità di integrazione della campagna di indagini geognostiche) che non potevano consentire una mera modifica del progetto approvato quanto, piuttosto, necessitavano di una completa riprogettazione dell'opera posta a base di

gara.

Sotto tale profilo, allora, appare infondata la censura con la quale l'odierna ricorrente deduce la illegittimità del provvedimento impugnato che, impropriamente, avrebbe ritenuto impossibile il recepimento nel contratto delle modifiche progettuali per il tramite della perizia di variante; secondo la prospettazione della ricorrente, infatti, si sarebbe trattato di mutamenti non sostanziali che avrebbero potuto formare oggetto di variante ai sensi dell'art. 25 L. n. 109/1994.

Rileva il Collegio come l'istituto della variante di cui all'art. 25, L. 11 febbraio 1994, n. 109 sia strutturato quale rimedio di cui l'Amministrazione può disporre per sopperire a carenze progettuali che emergano per la prima volta nel corso dei lavori; essa, quindi, non può essere utilizzata come strumento di riserva del quale servirsi al fine di correggere errori già emersi nel corso del procedimento di formazione del contratto di un appalto di opera pubblica (procedimento di aggiudicazione ovvero fase preliminare alla conclusione del contratto), risultando contraddittorio col principio di buon andamento e di efficienza che l'Amministrazione proceda all'aggiudicazione della detta gara pur nella consapevolezza che il rapporto contrattuale, che si accinge a stringere con l'aggiudicatario, è inidoneo a consentire la compiuta realizzazione dell'opera progettata (sul punto si veda T.A.R. Puglia, 11 aprile 2000, n. 1528).

Secondo l'impianto concettuale delineato dall'art. 25 L. n. 109/1994, infatti, la disciplina delle varianti non può che essere successiva alla fase della stipula del contratto (ovvero dell'affidamento dei lavori)

incidendo sugli aspetti del progetto che vengono in rilievo nel momento del concreto attuarsi dello stesso.

Sotto tale profilo, del resto, la conseguenza della possibile risoluzione del contratto nell'ipotesi in cui le varianti eccedano il quinto dell'importo dell'originario appalto, conferma che l'istituto trova applicazione in ipotesi di rapporto contrattuale già instaurato (art. 25, comma 4, L. n. 109/1994).

Non risulta precluso, evidentemente, all'Amministrazione di apportare delle modifiche al progetto aggiudicato laddove vengano a manifestarsi delle esigenze correttive suscettibili di essere soddisfatte dall'appaltatore e, tuttavia, tali modifiche non possono condurre ad un totale stravolgimento del progetto originario dovendosi tradurre in variazioni di dettaglio tali da non alterare la configurazione tecnico-economica dell'opera originaria.

Con ulteriore motivo di censura la ricorrente si duole della inadeguata valutazione e comparazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento ingenerato dalla Amministrazione rispetto alla posizione vantata dalla aggiudicataria.

La censura è infondata.

Rileva il Collegio che la questione involgente il principio del “legittimo affidamento” debba essere distinta in relazione ai differenti profili riguardanti, da un lato, gli effetti dell’applicazione del principio rispetto al concreto atto posto in essere dalla Amministrazione (affidamento in ordine al mantenimento delle conseguenze favorevoli dell’atto) e, dall’altro, il complessivo comportamento tenuto dalla Amministrazione (buona fede e correttezza nelle trattative).

E’ affermazione comune quella secondo cui il “legittimo affidamento” viene a realizzarsi in tutte le ipotesi nelle quali una situazione giuridica favorevole al soggetto viene a creare un determinato grado di stabilità nella sfera giuridica del destinatario.

Il principio di “legittimo affidamento”, rileva in particolare nella giurisprudenza comunitaria quale tutela dell’interesse privato e si traduce nella affermazione secondo cui una situazione di vantaggio - assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell’autorità amministrativa - non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita (da ultimo si veda, in materia di “Aiuto di Stato” la pronuncia della II Sez. della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-182/03 e C-217/03).

Sulla base di tali presupposti, quindi, la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici tendono a prevalere, in determinati casi, sul principio di legalità; atti dell'autorità - seppure illegittimi - possono, cioè, aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico.

Precedentemente alla modifica operata dalla l. n. 15/2005 la giurisprudenza aveva individuato alcune particolari ipotesi di lesione dell'affidamento:

a) nei casi in cui l'Amministrazione, concluso un accordo con il privato - si pensi alla materia delle autorizzazioni allo svolgimento di attività bancaria o assicurativa - preliminarmente all'adozione di un provvedimento avesse poi rifiutato il rilascio del provvedimento stesso;

b) alle ipotesi di revoca di provvedimenti concessori richiedenti, per lo svolgimento di servizi pubblici, la costruzione di impianti di elevato costo ammortizzabili nel corso di più anni;

c) ai casi di lottizzazione convenzionata allorché l'Amministrazione, nonostante l'approvazione del piano di lottizzazione, avesse apportato varianti o adottato nuovi strumenti urbanistici in contrasto con esso;

d) ad alcune ipotesi di ripetizione dell'indebitato da parte della Amministrazione.

Il principio del "legittimo affidamento", che era stato inserito nel progetto di modifica della l. n. 241/1990, è stato poi espunto quale criterio generale. E' rimasto un riferimento a tale principio nel disposto dell'art. 21 nonies L. n. 241/1990 così come introdotto dalla L. n. 15/2005 laddove si afferma che "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21 octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole"; allo stesso modo deve ritenersi con riguardo al disposto dell'art. 21 quinquies della L. n. 214/1990 così come introdotto dalla L. n. 15/2005 che dispone 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 amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione

dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

La previsione specifica in merito alla tutela dell'affidamento dell'interessato (obbligo dell'Amministrazione di indennizzare il pregiudizio subito dal privato) in relazione all'esercizio del potere di revoca da parte della Amministrazione non elimina, tuttavia, la necessità che la stessa Amministrazione - nell'ambito della fase formativa del contratto - operi secondo i canoni di correttezza e buona fede.

In tale ambito, allora, la causa efficiente della tutela della parte contraente non appare essere più tanto la situazione oggettiva rispetto alla quale può assumere rilievo l'erronea percezione del soggetto privato (affidamento legittimo), quanto, piuttosto, la condotta soggettiva della controparte (violazione della buona fede).

Sulla base di tale prospettazione, quindi, il Collegio non può che ritenere infondata la censura dedotta dalla ricorrente e relativa all'inadeguata valutazione del legittimo affidamento rispetto al provvedimento di revoca oggetto di impugnazione.

La valutazione dell'interesse pubblico alla revoca del provvedimento di aggiudicazione, infatti, non può essere incisa dalla situazione oggettiva di affidamento in capo al soggetto privato e, pertanto, non può ritenersi la illegittimità della revoca in relazione alla dedotta supremazia del principio di affidamento.

Sulla base delle considerazioni sopra esplicitate il Collegio ritiene la legittimità dell'operato della Amministrazione relativamente al provvedimento di revoca oggetto di impugnazione in via principale.

La legittimità dell'atto di revoca, tuttavia, non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento della stessa Amministrazione con riguardo al rispetto del dovere di buona fede e correttezza nell'ambito del procedimento formativo della volontà negoziale (si veda anche T.A.R. Lecce, 8 luglio 2004, n. 4921 "E' configurabile la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione che, dopo aver bandito una gara d' appalto e dopo la sua aggiudicazione provvisoria, ne ritiri d' ufficio gli atti con inescusabile ritardo sulla base della loro manifesta non conformità alla legge e ai principi della logica e della buona amministrazione, con ciò evidenziando superficialità e negligenza della condotta. La violazione da parte della Pubblica amministrazione dei doveri di cui agli artt. 1337 e 1338 Cod. civ. danno luogo a responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che il debito relativo al conseguente risarcimento danni deve ritenersi di valore e non di valuta e come tale soggetto a rivalutazione monetaria e ad interessi legali"; T.A.R. Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; T.A.R. Milano, 9 marzo 2000, n. 1869).

Come già rilevato, infatti, l'espressa previsione della necessità di indennizzare il privato in ordine ad

eventuali pregiudizi subiti in conseguenza della emanazione di provvedimenti di revoca di precedenti atti amministrativi, non elimina la possibile responsabilità per violazione del principio di buona fede nell'ambito delle trattative che conducono alla conclusione del contratto.

Sotto tale profilo, peraltro, appare necessaria la delimitazione della fattispecie di responsabilità della stazione appaltante in relazione alla domanda della parte ricorrente che, a pag. 52 del ricorso, opera un generico riferimento al "diritto dell'impresa al risarcimento dei danni patiti per avere confidato nell'affidamento dell'appalto".

E' noto come i modelli di tutela nei riguardi di atti e comportamenti della Pubblica Amministrazione possono ricondursi alle tipologie della responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale.

Rileva il Collegio, in particolare, come il modello generale di responsabilità da lesione di interesse legittimo secondo i generali canoni del *neminem laedere* sia stato oggetto di una rimediazione ad opera della giurisprudenza della Suprema Corte e del Consiglio di Stato secondo un processo volto a superare il collegamento tra la pretesa al bene della vita ed il danno in senso proprio e volto, invece, alla individuazione di una responsabilità della P.A. in conseguenza di violazioni meramente formali secondo il canone della "obbligazione senza prestazione" (Cass. n. 157/2003 "nel dibattito sull'eterno problema del risarcimento da lesione interesse legittimo s'insinua probabilmente oggi, a differenza che in passato, il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità,

della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, e in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana. La trasformazione in senso aziendalistico dell'apparato burocratico, imposta dalla necessità che nel generalizzato prevalere degli interessi economici l'ordinamento debba diventare efficiente e competitivo, connota un sistema amministrativo che si avvale in misura sempre maggiore di soggetti privati [nella gestione dei pubblici servizi, nella realizzazione dei programmi urbanistici], che utilizza prevalentemente i più agili strumenti del diritto privato, e che nella realizzazione dei principi dell'ordinamento democratico si avvale della partecipazione 'funzionale' del destinatario dell'atto").

Si è, così, osservato (Cass. n. 157/2003) che "con la l. 7 agosto 1990 n. 241 i principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, e insieme di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sono diventati criteri giuridici positivi. La nuova concezione dell'attività amministrativa non può non avere riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione. Il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto. Ne è corollario l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, nella misura in cui la coincidenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico è un mero accidente, che non infirma la preponderanza di questo su quello. Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99/SU identifica nelle 'regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità'".

Le necessarie conseguenze del tracciato della Suprema Corte risultano dunque spostare l'ambito di tutela

dal modello extracontrattuale a quello contrattuale sulla base dei seguenti presupposti:

a) nel rapporto tra soggetto privato e Pubblica Amministrazione non vi sarebbe quell'aspetto di estraneità caratteristico della responsabilità extracontrattuale;

b) la legge sul procedimento amministrativo e la nuova formulazione dell'art. 328 c.p. valorizzerebbero l'obbligo di concludere il procedimento in relazione all'interesse dalla parte privata, imponendo, così, all'Amministrazione degli specifici doveri di protezione dell'affidamento dell'interessato;

c) l'art. 1173 sarebbe norma aperta rispetto alle fonti della obbligazione che, quindi, nascerebbe anche con la mera violazione degli obblighi di correttezza e buona fede.

La conseguenza della prospettazione indicata è stata quella secondo cui la responsabilità della

Amministrazione deriverebbe dal mero “contatto sociale” secondo i canoni della cd. “obbligazione senza prestazione” (Cass. n. 157/2003 “Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500/99/SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa. L'inquadramento degli obblighi procedurali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.), è proponibile, ove si voglia sperimentare un modello tecnico-giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa, solo dopo l'entrata in vigore della l. 241/90 (che fra l'altro, all'art. 11, comma 2, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti”).

La violazione di obblighi secondari di protezione verrebbe cioè ad integrare una responsabilità di tipo contrattuale, slegata dalla dimostrazione dell'inadempimento di una obbligazione primaria.

Appare di immediata evidenza il precipitato logico-giuridico della impostazione offerta:

a) la prova in merito alla colpa verrebbe ad essere invertita rispetto alla responsabilità extracontrattuale, dovendo essere il debitore a dimostrare l'assenza di colpa;

b) la prescrizione diverrebbe decennale e non già quinquennale;

c) il risarcimento dovrebbe ritenersi limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione;

d) gli interessi verrebbero a decorrere dal momento della domanda e non già dal fatto illecito;

e) vi sarebbe la possibilità di concedere il risarcimento del danno a prescindere dalla spettanza del bene della vita.

La tesi della responsabilità contrattuale, sviluppata anche dal Consiglio di Stato (si veda Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239; Cons. Stato, 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. Stato, 20 gennaio 2003, n. 204), non è stata pienamente accolta dalla giurisprudenza successiva che ha sottolineato il pericolo, da un lato, di ampliare eccessivamente la tutela anche rispetto a violazioni “meramente formali” e, dall’altro, di impedire l’accertamento dell’intero pregiudizio in ipotesi di lesione del “bene della vita”.

Il percorso tracciato in merito ai diversi modelli di responsabilità amministrativa deve essere completato con la tesi secondo la quale la responsabilità della Amministrazione nei confronti del privato tenderebbe ad assumere, in linea generale, le caratteristiche della responsabilità precontrattuale quale lesione della sfera relativa all’affidamento del privato sul comportamento tenuto dalla Amministrazione. Non si tratterebbe, in particolare, del generale affidamento connesso allo svolgimento della attività provvedimentoale quanto, piuttosto, dello specifico affidamento derivante dal precedente comportamento della Amministrazione.

Ritiene il Collegio, in adesione alla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che le caratteristiche della responsabilità della P.A. non possano condurre ad un inquadramento unitario del sistema, dovendosi concretamente distinguere le ipotesi nelle quali la responsabilità della stessa sia riconducibile alla violazione di un rapporto obbligatorio rispetto alle fattispecie nelle quali la regola applicabile rimane quella codificata dall’art. 2043 c.c. (si veda, in particolare, Cons. Stato 15 aprile 2003, n. 1945).

Del resto, assume specifica rilevanza la tematica della responsabilità precontrattuale non tanto quale regola di carattere generale quanto, piuttosto, quale categoria valevole in tutte le ipotesi, quale quella oggetto del presente giudizio, nella quale viene in essere non tanto la lesione derivante dal provvedimento amministrativo, quanto, piuttosto, la violazione della regola di correttezza e buona fede nell'ambito della trattativa - seppure procedimentalizzata - che prelude alla stipulazione del contratto.

In tale prospettiva, la responsabilità della P.A. viene ad assumere connotazioni differenti in relazione alla diversa fattispecie concreta riproducendosi, anche nel rapporto tra privato e P.A., i modelli di responsabilità già noti nel diritto privato.

Delimitato l'ambito di cognizione del presente giudizio alla tematica della lesione della libertà contrattuale delle parti ed escluso, conseguentemente, alcun profilo di responsabilità contrattuale (da "contatto sociale qualificato"), occorre rilevare, quanto alla giurisdizione, come la natura della posizione giuridica soggettiva vantata (diritto soggettivo scaturente dalla violazione della libertà negoziale), tuttavia, non consente una traslazione della giurisdizione in presenza del disposto dell'art. 6 L. n. 205/2000 che - secondo l'interpretazione offerta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 5 settembre 2005 - attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi".

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quindi, deve ritenersi estesa a tutta la fase dell'affidamento rispetto alla quale devono ritenersi rientrare anche i momenti che precedono - pur successivamente alla aggiudicazione - la stipulazione del contratto in senso proprio (si veda anche Cons. Stato 19 marzo 2003, n. 1457).

Quanto ai profili riguardanti i presupposti della invocata tutela, rileva il Collegio che la sequenza procedimentale che ha condotto all'odierno provvedimento di revoca ha inequivocabilmente evidenziato la contrarietà a buona fede e correttezza del comportamento della Amministrazione.

La rilevata impossibilità di eseguire i lavori con riguardo al progetto inizialmente appaltato, infatti, doveva condurre l'Amministrazione ad una immediata reazione in termini di autotutela - da esercitarsi già in sede di espletamento della gara - e non già ad una attesa tanto lunga (circa cinque anni) quanto inutile.

Del resto, le continue richieste della stazione appaltante in merito alla conferma di disponibilità alla esecuzione dei lavori oltre che ad eventuali interventi di modifica del progetto si sono rivelate inutili proprio in considerazione della ammissione, da parte della stessa Amministrazione, della impossibile realizzazione del progetto.

Né, d'altra parte, può ravvisarsi alcun profilo di colpa in capo alla impresa odierna ricorrente che, una volta intervenuto il provvedimento di aggiudicazione, ha operato con diligenza e correttezza rispetto alle richieste provenienti dall'ANAS, offrendo in ogni momento la propria disponibilità ad eventuali modifiche correttive del progetto posto a base di gara.

Peraltro, occorre anche osservare come secondo il disposto dell'art. 109 D.P.R. n. 554/1999, all'impresa aggiudicataria è riconosciuta una "facoltà" di "recesso" e non già un "onere" proprio in considerazione della possibile scelta dall'appaltatore in ordine al perseguimento dell'interesse all'esecuzione dei lavori pur oltre i termini previsti per la stipulazione del contratto. La mancata previsione dell'indennizzo in caso di mancata presentazione dell'istanza, del resto, lungi dal mutare la natura giuridica del recesso, sembra correlata alla necessità che la stazione appaltante sia preventivamente posta a conoscenza della volontà dell'appaltatore, dovendosi, quindi, ritenere correlata al dovere di comportamento secondo buona fede e correttezza nello svolgimento dei rapporti tra le parti.

In tale prospettiva, allora, la previsione dell'indennizzo in capo all'impresa che si scioglie dal rapporto deve ritenersi connessa ad una forma di tutela che prescinde dalla valutazione di profili di responsabilità della stazione appaltante e che, quindi, non elimina - come già rilevato nel rapporto tra tutela dell'affidamento e violazione degli obblighi di correttezza e buona fede - l'eventuale responsabilità della stessa (stazione appaltante) per la violazione delle regole di buona fede e correttezza.

Quanto, poi, al disposto dell'art. 129, comma 8, D.P.R. n. 554/1999, la disposizione sembra ricalcare la generale previsione di cui all'art. 1373 c.c. e, conseguentemente, fa riferimento non già alla fase delle trattative quanto, piuttosto, ad un momento successivo alla stipulazione del contratto.

Individuato l'ambito applicativo della domanda dell'odierna ricorrente e qualificata in termini di responsabilità precontrattuale la fattispecie sottoposta all'attenzione del Collegio, occorre individuare le possibili voci di danno oggetto di liquidazione.

Sotto tale profilo, la domanda di risarcimento deve circoscriversi alle spese sostenute per la partecipazione alla gara di appalto oltre che alle cd. occasioni perdute.

In tale prospettiva, conseguentemente, deve respingersi la domanda relativa alla liquidazione di voci afferenti al cd. "lucro cessante" che, evidentemente, non possono costituire oggetto di responsabilità precontrattuale se non con riguardo al distinto ambito delle "occasioni mancate" che, tuttavia, concerne l'eventuale lucro ricavabile non già dal rapporto contrattuale fonte della responsabilità quanto, piuttosto,

da ulteriori e distinti possibili contratti non stipulati proprio a causa del precedente impegno assunto.

In ordine alle voci di danno relative alla responsabilità precontrattuale così come configurata occorre, preliminarmente, osservare - così come rilevato dalla stessa parte ricorrente - come nell'ambito della fattispecie oggetto del presente ricorso non risulti avvenuta alcuna consegna dei lavori.

Conseguentemente, il risarcimento del danno relativo alle spese sostenute dalla odierna ricorrente non potrà che avere ad oggetto quelle voci afferenti alla partecipazione alla gara di appalto - ed alle eventuali modifiche progettuali richieste dall'ANAS - con esclusione, quindi, di ulteriori e diverse voci indicate dalla ricorrente.

Sotto tale profilo, infatti, non può non osservarsi come le spese sostenute dall'impresa non possano in alcun modo ricomprendere le voci delle spese generali "di sede" ovvero quelle di cantiere (personale, spese di viaggio e alloggio, autovetture, casermaggio, assicurazioni, professionisti e consulenti, utenze, affitti passivi, cancelleria, stampati e copie oltre che spese varie ed altre) e ciò in considerazione del fatto che la intervenuta aggiudicazione in assenza della richiesta di esecuzione anticipata delle opere e della conseguente consegna dei lavori non può avere determinato un tale tipo di danno.

D'altra parte, occorre anche rilevare che la quasi totalità della documentazione depositata in atti fa riferimento ad avvenuti pagamenti o fatture relative a forniture o costi sostenuti dalla ricorrente senza che, tuttavia, risulti dimostrata la connessione tra le spese dedotte e quelle relative all'appalto di cui all'odierno ricorso.

Sotto tale profilo, infatti, occorre rilevare che la valutazione equitativa del danno (art. 1226 c.c. in combinato disposto con l'art. 2056 c.c.) è consentita soltanto in caso di impossibile prova del danno ovvero di grave difficoltà della stessa (Cass., 19 marzo 1991, n. 2934 "Il giudice adito con azione di risarcimento di danni può e deve, anche di ufficio, procedere alla liquidazione degli stessi in via equitativa nell'ipotesi in cui sia mancata interamente la prova del loro preciso ammontare per l'impossibilità della parte di fornire congrui e idonei elementi al riguardo, ma anche nell'ipotesi che, pur essendosi svolta un'attività processuale della parte volta a fornire questi elementi, il giudice, per la notevole difficoltà di una precisa quantificazione, non li abbia tuttavia riconosciuti di sicura efficacia"), non potendosi in alcun modo sopperire, per il tramite della valutazione equitativa, all'inerzia probatoria del danneggiato.

Alcun dubbio, al contrario, in merito alla liquidazione delle spese relative alla polizza per cauzione definitiva, documentate e ammontanti ad Euro 39.900,05 mentre, per ciò che concerne le dedotte spese contrattuali ritiene il Collegio che le stesse non possano liquidarsi in considerazione del fatto che, così come dedotto dalla stessa ricorrente, non si è mai addivenuto alla stipula del relativo contratto.

In merito, infine, al profilo riguardante le occasioni perdute, l'odierna ricorrente - pur non avanzando autonoma domanda risarcitoria - deposita un elenco di gare non partecipate con relativa documentazione dalla quale risulta la rinuncia alla partecipazione per "impegni precedentemente assunti".

Ritiene il Collegio come tale documentazione non possa ritenersi sufficiente a dimostrare la sussistenza del nesso causale tra la mancata partecipazione e l'impegno assunto in relazione all'appalto oggetto del presente ricorso.

La ricorrente, infatti, fa riferimento ad un danno meramente ipotetico e non suffragato da alcun riscontro probatorio deducendo esclusivamente l'impossibilità di assumere altre commesse in relazione all'impegno precedentemente assunto.

Sugli importi dovuti dovrà, inoltre, essere computata la rivalutazione monetaria oltre agli interessi legali secondo i principi valevoli in tema di debiti di valore (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 609/2001; T.A.R. Lombardia-Milano, 9 marzo 2000, n. 1869).

Conseguentemente e per i motivi esposti il ricorso è infondato quanto alla istanza di annullamento dell'atto impugnato mentre deve essere accolto con riguardo alla domanda di risarcimento del danno e, per l'effetto, l'ANAS deve essere condannata al pagamento, nei confronti della ricorrente, della somma di Euro 39.900,05 oltre interessi e rivalutazione.

L'accoglimento della domanda risarcitoria assorbe la subordinata domanda volta al ristoro del pregiudizio subito per il tramite dell'indennizzo ex art. 21 quinquies L. n. 241/1990.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, definitivamente pronunciando, così decide:

a) respinge il ricorso quanto alla domanda di annullamento dell'atto impugnato;

b) accoglie il ricorso, nei sensi di cui alla motivazione, quanto alla domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale;

c) condanna l'ANAS al pagamento, nei confronti della ricorrente, delle spese processuali, liquidate in complessivi Euro 2.000,00 oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 22 novembre 2006.

Presidente - *****

Estensore - *****

<https://www.diritto.it/lesione-dell-affidamento-l-espressa-previsione-della-necessita-di-indennizzare-il-privato-in-ordine-ad-eventuali-pregiudizi-subiti-in-conseguenza-della-emanazione-di-provvedimenti-di-revoca-di-preced/>