

Tale motivazione accertata convenienza e opportunità di effettuare un intervento tecnicamente e qualitativamente diverso da quello previsto in precedenza_ rende prevalenti le ragioni di opportunità della nuova scelta, rispetto a quelle derivanti all'in

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'atto di autotutela sia stato legittimamente adottato dal Comune sulla base di una adeguata motivazione.

La Ricorrente s.n.c. di D'*****, già aggiudicataria dei lavori di costruzione dei loculi nel nuovo cimitero del comune di Visciano, otteneva l'affidamento, a trattativa privata, anche dei lavori di rifacimento del muro di confine del cimitero, ritenuti complementari rispetto a quelli già assegnati.

Successivamente, con deliberazione di G.C. n. 84 del 4.12.2007 veniva disposto l'annullamento d'ufficio della deliberazione di ***** 8 del 23.01.2007, relativa all'affidamento dei secondi lavori.

La Ricorrente impugnava tale deliberazione davanti al Tar per la Campania, proponendo anche domanda risarcitoria e, con atto di motivi aggiunti, chiedeva l'annullamento del provvedimento n. 95/2008 del 15.04.2008, con il quale il responsabile dell'area tecnica del comune di Visciano aveva annullato la determinazione n. 31/2007 del 30.01.2007 di affidamento dei lavori.

Con sentenza n. 20237/08 il Tar ha respinto la domanda di annullamento degli atti, qualificando gli stessi come esercizio del potere di revoca e ha accolto la domanda di riconoscimento dell'indennizzo di cui

all'art. 21-quinques della legge n. 241/90, condannando il comune di Visciano al rimborso in favore della ricorrente della complessiva somma di euro 21.129,00.

La Ricorrente ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione dell'esercizio da parte del comune di Visciano del proprio potere di autotutela in ordine a un provvedimento di affidamento di pubblici lavori e dalle connesse pretese patrimoniali, di carattere risarcitorio o indennitario, avanzate dall'impresa privata.

Con un primo gruppo di censure l'appellante contesta - sotto i seguenti due principali profili - la statuizione con cui il Tar ha respinto la domanda di annullamento:

- a) era stata oggetto di contestazione anche la sussistenza dei presupposti per esercitare il potere di revoca con riguardo all'assenza di ragioni di pubblico interesse, alla omessa valutazione dell'affidamento delle parti destinatarie del provvedimento da rimuovere e del tempo trascorso, all'obbligo di motivazione;
- b) non sussistevano comunque i vizi di legittimità su cui è stato fondato l'annullamento d'ufficio.

I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, sono privi di fondamento.

In primo luogo, si osserva che l'appellante non ha interesse a sostenere una diversa qualificazione

dell'atto impugnato, in quanto qualificando lo stesso come annullamento vedrebbe pregiudicata la sua pretesa ad ottenere l'indennizzo, riconosciuto invece dal Tar e, del resto, la stessa Ricorrente sostiene che l'amministrazione "ha inteso mascherare la revoca per motivi di opportunità con l'annullamento per vizi di legittimità del precedente provvedimento per evitare la gravosità finanziaria di un provvedimento di revoca".

Ciò premesso, l'appellante ha certamente interesse a dimostrare l'illegittimità del potere di autotutela esercitato dall'amministrazione per ottenere il pieno risarcimento dei danni, in luogo dell'indennizzo.

A prescindere dalla questione della possibilità di rimettere in discussione in questa sede la qualificazione dell'atto come revoca in assenza di appello del comune, si rileva che nei due provvedimenti impugnati è effettivamente presente una commistione tra i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio e del potere di revoca. Tuttavia, sono prevalenti gli elementi della revoca e ciò conduce a confermare la qualificazione degli atti, effettuata dal Tar.

Ai fini della qualificazione si deve, in primo luogo, tenere conto del fatto che la Giunta ha annullato la precedente deliberazione con cui aveva fornito direttive al responsabile di area per l'affidamento dei lavori in questione e che il provvedimento di affidamento dei lavori è stato poi annullato con la determinazione del responsabile dell'area tecnica.

Nella delibera di giunta sono evidenziati alcuni profili di illegittimità dell'affidamento (assenza del carattere di complementarietà dei lavori e di pregiudizio derivante da un eventuale sovrapposizione dei cantieri) e alcuni altri aspetti inerenti una nuova valutazione dell'interesse pubblico (interesse alla conservazione del contesto di notevole interesse storico, affettivo e architettonico rappresentato dal vecchio cimitero).

Tali indicazioni sostituivano le precedenti direttive impartite al responsabile dell'area tecnica, il quale, con

il provvedimento del 14.4.2008, ha dato maggiore rilievo alla “opportunità” di rimuovere la precedente decisione sulla base della “accertata convenienza e opportunità di effettuare un intervento tecnicamente e qualitativamente diverso da quello previsto in precedenza, ritenendosi conveniente operare attraverso il rifacimento del muro di confine tra vecchio e nuovo cimitero invece che con la sua totale demolizione e ricostruzione ex novo”.

Tale motivazione rende prevalenti le ragioni di opportunità della nuova scelta, rispetto a quelle derivanti all’interesse a rimuovere un vizio di illegittimità, con conseguente conferma della qualificazione del provvedimento in termini di revoca.

L’appellante contesta sotto vari profili la sussistenza dei presupposti per procedere alla revoca.

Al riguardo, si osserva che l’entrata in vigore dell’art. 21-quinques della l. n. 241/90 ha risolto il problema del fondamento del potere di revoca degli atti amministrativi.

L’art. 21-quinques ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che legittimano l’adozione di un provvedimento di revoca: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell’interesse pubblico originario.

La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, possibile non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell’interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi).

Nel caso di specie, la già citata motivazione del provvedimento di revoca è costituita appunto da una nuova valutazione dell’interesse pubblico al fine di procedere ad un intervento di carattere tecnico differente.

Tenuto che nell'esercizio del c.d. jus poenitendi l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, deve ritenersi che la motivazione posta a fondamento della revoca non sia affetta da vizi di legittimità.

Nell'atto contenente le direttive della Giunta è stato anche valutato l'affidamento dell'impresa privata nell'atto da rimuovere, ritenendo tale affidamento comunque affievolito dalla mancata consegna dei lavori.

Viene anche valorizzata l'esigenza di evitare il consolidamento della precedente situazione e, anche volendo valutare l'elemento temporale (pur essendo questo richiamato dal solo art. 21-nonies della legge n. 241/90), il tempo trascorso (circa dieci mesi per l'atto della giunta; poco di più per l'atto del responsabile dell'area tecnica) non è tale da precludere l'esercizio del potere di revoca.

Deve, quindi, ritenersi che l'atto di autotutela sia stato legittimamente adottato dal Comune sulla base di una adeguata motivazione.

A cura di*****j

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2244 del 21 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 02244/2010 REG.DEC.

N. 02884/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2884 del 2009, proposto da:

Ricorrente S.n.c. di *****, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso Cons. di Stato Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

contro

Comune di Visciano, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI : Sezione VIII n. 20237/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONI LAVORI DI COSTRUZIONE LOCULI CIMITERIALI - RIS. DANNI..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, per delega dell'Avv. *****, e Como;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La Ricorrente s.n.c. di D'*****, già aggiudicataria dei lavori di costruzione dei loculi nel nuovo cimitero del comune di Visciano, otteneva l'affidamento, a trattativa privata, anche dei lavori di rifacimento del muro di confine del cimitero, ritenuti complementari rispetto a quelli già assegnati.

Successivamente, con deliberazione di G.C. n. 84 del 4.12.2007 veniva disposto l'annullamento d'ufficio della deliberazione di ***** 8 del 23.01.2007, relativa all'affidamento dei secondi lavori.

La Ricorrente impugnava tale deliberazione davanti al Tar per la Campania, proponendo anche domanda risarcitoria e, con atto di motivi aggiunti, chiedeva l'annullamento del provvedimento n. 95/2008 del 15.04.2008, con il quale il responsabile dell'area tecnica del comune di Visciano aveva annullato la determinazione n. 31/2007 del 30.01.2007 di affidamento dei lavori.

Con sentenza n. 20237/08 il Tar ha respinto la domanda di annullamento degli atti, qualificando gli stessi come esercizio del potere di revoca e ha accolto la domanda di riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinques della legge n. 241/90, condannando il comune di Visciano al rimborso in favore della ricorrente della complessiva somma di euro 21.129,00.

La Ricorrente ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Il comune di Visciano si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione dell'esercizio da parte del comune di Visciano del proprio potere di autotutela in ordine a un provvedimento di affidamento di pubblici lavori e dalle connesse pretese patrimoniali, di carattere risarcitorio o indennitario, avanzate dall'impresa privata.

Con un primo gruppo di censure l'appellante contesta - sotto i seguenti due principali profili - la statuizione con cui il Tar ha respinto la domanda di annullamento:

a) era stata oggetto di contestazione anche la sussistenza dei presupposti per esercitare il potere di revoca con riguardo all'assenza di ragioni di pubblico interesse, alla omessa valutazione dell'affidamento delle parti destinatarie del provvedimento da rimuovere e del tempo trascorso, all'obbligo di motivazione;

b) non sussistevano comunque i vizi di legittimità su cui è stato fondato l'annullamento d'ufficio.

I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, sono privi di fondamento.

In primo luogo, si osserva che l'appellante non ha interesse a sostenere una diversa qualificazione dell'atto impugnato, in quanto qualificando lo stesso come annullamento vedrebbe pregiudicata la sua pretesa ad ottenere l'indennizzo, riconosciuto invece dal Tar e, del resto, la stessa Ricorrente sostiene che l'amministrazione "ha inteso mascherare la revoca per motivi di opportunità con l'annullamento per vizi di legittimità del precedente provvedimento per evitare la gravosità finanziaria di un provvedimento di revoca".

Ciò premesso, l'appellante ha certamente interesse a dimostrare l'illegittimità del potere di autotutela esercitato dall'amministrazione per ottenere il pieno risarcimento dei danni, in luogo dell'indennizzo.

A prescindere dalla questione della possibilità di rimettere in discussione in questa sede la qualificazione dell'atto come revoca in assenza di appello del comune, si rileva che nei due provvedimenti impugnati è effettivamente presente una commistione tra i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio e del potere di revoca. Tuttavia, sono prevalenti gli elementi della revoca e ciò conduce a confermare la qualificazione degli atti, effettuata dal Tar.

Ai fini della qualificazione si deve, in primo luogo, tenere conto del fatto che la Giunta ha annullato la precedente deliberazione con cui aveva fornito direttive al responsabile di area per l'affidamento dei lavori in questione e che il provvedimento di affidamento dei lavori è stato poi annullato con la determinazione del responsabile dell'area tecnica.

Nella delibera di giunta sono evidenziati alcuni profili di illegittimità dell'affidamento (assenza del carattere di complementarietà dei lavori e di pregiudizio derivante da un eventuale sovrapposizione dei cantieri) e alcuni altri aspetti inerenti una nuova valutazione dell'interesse pubblico (interesse alla conservazione del contesto di notevole interesse storico, affettivo e architettonico rappresentato dal vecchio cimitero).

Tali indicazioni sostituivano le precedenti direttive impartite al responsabile dell'area tecnica, il quale, con il provvedimento del 14.4.2008, ha dato maggiore rilievo alla "opportunità" di rimuovere la precedente decisione sulla base della "accertata convenienza e opportunità di effettuare un intervento tecnicamente e qualitativamente diverso da quello previsto in precedenza, ritenendosi conveniente operare attraverso il rifacimento del muro di confine tra vecchio e nuovo cimitero invece che con la sua totale demolizione e ricostruzione ex novo".

Tale motivazione rende prevalenti le ragioni di opportunità della nuova scelta, rispetto a quelle derivanti all'interesse a rimuovere un vizio di illegittimità, con conseguente conferma della qualificazione del provvedimento in termini di revoca.

L'appellante contesta sotto vari profili la sussistenza dei presupposti per procedere alla revoca.

Al riguardo, si osserva che l'entrata in vigore dell'art. 21-quinques della l. n. 241/90 ha risolto il problema del fondamento del potere di revoca degli atti amministrativi.

L'art. 21-quinques ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che legittimano l'adozione di un provvedimento di revoca: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, possibile non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi).

Nel caso di specie, la già citata motivazione del provvedimento di revoca è costituita appunto da una nuova valutazione dell'interesse pubblico al fine di procedere ad un intervento di carattere tecnico differente.

Tenuto che nell'esercizio del c.d. jus poenitendi l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, deve ritenersi che la motivazione posta a fondamento della revoca non sia affetta da vizi di legittimità.

Nell'atto contenente le direttive della Giunta è stato anche valutato l'affidamento dell'impresa privata nell'atto da rimuovere, ritenendo tale affidamento comunque affievolito dalla mancata consegna dei lavori.

Viene anche valorizzata l'esigenza di evitare il consolidamento della precedente situazione e, anche volendo valutare l'elemento temporale (pur essendo questo richiamato dal solo art. 21-nonies della legge n. 241/90), il tempo trascorso (circa dieci mesi per l'atto della giunta; poco di più per l'atto del

responsabile dell'area tecnica) non è tale da precludere l'esercizio del potere di revoca.

Deve, quindi, ritenersi che l'atto di autotutela sia stato legittimamente adottato dal Comune sulla base di una adeguata motivazione.

Va aggiunto che la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo, come in concreto avvenuto in questo caso.

3. Devono a questo punto essere esaminate le censure inerenti le questioni patrimoniali.

La confermata legittimità del provvedimento di autotutela fa venire meno il presupposto su cui è stata fondata la domanda risarcitoria, costituito appunto dall'illegittimità provvedimentoale.

Va precisato che anche in caso di revoca legittima si può ipotizzare che al privato derivino danni risarcibili, e non meramente indennizzabili, ma ciò discende dal fatto che tali danni conseguono non già direttamente dall'atto di revoca, ma da altre illegittimità (procedimentali o di altro tipo) commesse dall'amministrazione, ma non riscontrate né dedotte nel caso di specie, in cui alcun addebito può essere mosso all'amministrazione sotto il profilo della correttezza della condotta.

Ciò comporta che l'amministrazione è tenuta a corrispondere il solo indennizzo (sempre se il privato abbia subito un pregiudizio), e non l'integrale risarcimento del danno.

4. Il Tar ha quantificato l'indennizzo, computando il rimborso della somma di € 1.137,00 per diritti di segreteria versata in data 12 febbraio 2007 e di quella pari ad € 19.992,00 per l'acquisto di n. 170 loculi

(bollettino di c.c.p. e fatture in atti).

Tale statuizione non è stata contestata dal Comune, mentre l'appellante ha lamentato il mancato riconoscimento delle spese di cauzione definitiva, di quelle generali e dei costi di noleggio del mezzo e di mano d'opera per le operazioni di carico dei 170 loculi.

L'assenza di idonei elementi probatori, rilevata dal Tar, permane anche in sede di appello, non essendo sufficiente una mera attestazione proveniente dalla stessa impresa appellante e priva di riscontri.

5. E' infondata anche la censura con cui è stata contestata la compensazione delle spese del giudizio di primo grado, in quanto, anche prescindendo dai limiti entro cui detto profilo può essere esaminato in appello, va rilevato che la reciproca soccombenza (dell'impresa rispetto all'azione di annullamento e di risarcimento e del comune con riguardo alla questione dell'indennizzo) ha giustificato la compensazione.

6. In conclusione, il ricorso in appello deve essere respinto.

Alla soccombenza dell'appellante seguono le spese del presente grado di giudizio, non sussistendo alcuna grave ed eccezionale ragione per disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore del Comune appellato delle spese di giudizio, liquidate nella complessiva somma di Euro 5.000,00, oltre *** e C.P..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente FF

Filoreto *****
*****, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

*****, Consigliere

*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

https://www.diritto.it/tale-motivazione-accertata-convenienza-e-opportunita-di-effettuare-un-intervento-tecnicamente-e-qualitativamente-diverso-da-quello-previsto-in-precedenza_-rende-prevalenti-le-ragioni-di-opportunita-de/