

Ritiene tuttavia il Collegio che il giudizio possa continuare innanzi al g.a. per la domanda di annullamento (e di risarcimento e/o di corresponsione dell'indennizzo da revoca) degli atti impugnati

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Ritiene tuttavia il Collegio che il giudizio possa continuare innanzi al g.a. per la domanda di annullamento (e di risarcimento e/o di corresponsione dell'indennizzo da revoca) degli atti impugnati.

Va infatti ritenuto fuorviante l'impostazione che vorrebbe far derivare dall'esistenza del contratto l'insussistenza del potere di revoca o non aggiudicazione (con conseguente pregiudizialità del giudizio sull'esistenza del contratto rispetto a quello sulla legittimità del controllo esercitato sugli atti di gara).

Il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica infatti sussiste anche in caso di esistenza del contratto, fermo restando che in tal caso sorge , per effetto della revoca legittima (art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990) un diritto all'indennizzo derivante dai principi generali sulla tutela dell'affidamento nei rapporti di durata ed affidato alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre , in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria o non approvazione della stessa (arg. ex art. 12 del d.lgs. n. 163 del 2006), tale diritto all'indennizzo - come si vedrà - non sussiste né è configurabile.

Sull'esercizio di tale potere di controllo in autotutela sugli atti di gara sussiste sempre la giurisdizione del giudice amministrativo indipendentemente dall'azione di accertamento sull'esistenza del contratto.

Inoltre sul punto dell'esistenza del contratto è sempre possibile una cognizione incidentale del giudice amministrativo per quanto necessario all'esercizio del proprio sindacato sulla legittimità dell'esercizio del potere amministrativo.

Ancora : va considerato che la stessa società TRENITALIA , dopo avere concluso per il difetto di giurisdizione, ha sostenuto in giudizio , per motivare sulla legittimità della non approvazione dell'aggiudicazione, che il contratto non è stato stipulato e che il provvedimento impugnato andava inquadrato come atto imperativo di ritiro dell'aggiudicazione provvisoria (e/o di revoca della gara), con allegazioni difensive pienamente riportabili alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Né può ritenersi sussistente - a ben vedere - alcuna pregiudizialità fra l' accertamento eventuale dell'esistenza del contratto (che attiene al piano civilistico del rapporto e della sua esecuzione) e la domanda di annullamento dell'atto di revoca della gara che può essere scrutinata anche indipendentemente dalla questione relativa all'esistenza del rapporto.

Va affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia in ordine alla domanda di indennizzo per revoca dell'atto di aggiudicazione e dello stesso bando di gara ai sensi dell'art. 21 quinquies, comma 1, ultima parte, l. n. 241 del 1990, sia con riguardo alla pretesa di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 7, comma 3, l. n. 1034 del 1971; il giudice amministrativo è infatti investito della riparazione patrimoniale del pregiudizio cagionato dall'esercizio del potere amministrativo sia attraverso un provvedimento legittimo di revoca, sia attraverso la lesione di una situazione soggettiva degradata con provvedimento poi caducato con effetti "ex tunc".

La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che afferma la giurisdizione del giudice ordinario quando, contestandosi gli effetti della revoca dopo il sorgere del rapporto contrattuale, la controversia non investirebbe più il momento genetico del rapporto , ma solo i pretesi danni conseguenti alla sua cessazione, riguarda i casi nei quali la cessazione sia disposta iure privatorum nell'esercizio di un diritto di recesso e non iure imperii nell'esercizio di un potere di autotutela o di controllo della serie degli atti di evidenza pubblica (della loro legittimità o rispondenza al pubblico interesse).

La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste sempre sulla revoca autoritativa degli atti di gara, in quanto l'esame della domanda risarcitoria non può che investire pregiudizialmente la legittimità dell'esercizio del potere discrezionale operato dall'amministrazione, ciò anche a seguito del comma 1 bis dell'art. 21 quinquies l. n. 241, come introdotto dal d.l. n. 7 del 2007, conv. in l. n. 40 del 2007, che fa salvo il potere di revoca del provvedimento successivamente alla nascita del vincolo negoziale.

Il riparto di giurisdizione come sopra delineato è perfettamente coerente con il criterio della separazione fra giudizio sull'efficacia del contratto e giudizio sulla validità degli atti di gara una volta prevalente in giurisprudenza (prima del recepimento della recente direttiva ricorsi n. 66 del 2007 da traspirarsi entro il 20 dicembre 2009 nell'ordinamento interno) .

Ma anche alla luce del recente revirement della Cassazione sul punto (Cass. Sez. Un. ord. n. 2906 del 2010), dovuto proprio alla valutazione della portata della predetta Direttiva, la conclusione non muta poiché proprio la riaffermazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto se non si estende alla domanda di accertamento del contratto su cui si declina la giurisdizione (non trattandosi di valutare della sorte del contratto in dipendenza dell'annullamento dell'aggiudicazione), per altro verso conferma la pregiudizialità delle valutazioni amministrative in ordine alla serie procedimentale .

Nella specie - in definitiva - sussiste una controversia che esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo essendo in questione l'esistenza (non l'inefficacia o l'invalidità conseguente all'annullamento della gara) del contratto non la domanda di un concorrente di essere reintegrato in forma specifica nell'esecuzione del contratto in dipendenza dall'annullamento della gara.

Tale questione - ossia la questione di fatto della conclusione del contratto (che non può che essere scrutinata dal giudice civile) - non influisce tuttavia sul giudizio che può svolgersi separatamente, innanzi al giudice amministrativo, sulla legittimità del ritiro (o revoca) dell'aggiudicazione provvisoria (fermo restando che , una volta che, eventualmente , nel giudizio civile, fosse giudicato comunque esistente il contratto si porrà la questione della sua validità o efficacia in relazione all'esito del giudizio

amministrativo sull'atto di revoca dell'aggiudicazione e sull'eventuale risarcimento dovuto al contraente per aver fatto incolpevolmente fatto affidamento su un contratto invalido o inefficace).

Va, per quanto qui rileva, condiviso quanto incisivamente rilevato anche nella sentenza di primo grado, ossia che il fatto che il provvedimento di annullamento o revoca di atti dell'aggiudicazione incida (secondo il tradizionale collegamento fra provvedimento e contratto ricorrente nelle procedure di evidenza pubblica) su un vincolo contrattuale eventualmente già formato non modifica la natura sostanziale del potere esercitato, che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione e non nell'esercizio di un presunto diritto di recesso (in realtà inesistente e non prospettato dall'amministrazione) e , conseguentemente, non determina il venir meno, sul resto della domanda di annullamento e risarcimento , della giurisdizione del giudice amministrativo essendo in questione la serie procedimentale degli atti di evidenza pubblica (sia pure nel prisma del potere di controllo sugli stessi) ed al limite l'indennizzo da revoca (su cui c'è giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 dl 1990) o il risarcimento da annullamento dell'atto di autotutela (spettante alla cognizione del g.a come qualsiasi azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi).

Ne consegue che va dichiarata la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sulla sola domanda di accertamento dell'esistenza del contratto.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1554 del 17 marzo 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01554/2010 REG.DEC.

N. 03154/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3154 del 2008, proposto da:
Trenitalia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in
Roma, viale Regina Margherita N. 290;

contro

Controinteressata del Salento Srl, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto
presso ***** in Roma, via Mantegazza N.24;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - LECCE :Sezione I n. 00562/2008, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO MANUTENZIONE ED EVENTUALE BONIFICA DI CARROZZE.

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 16 febbraio 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti
gli avvocati ***** per ***** e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in appello in epigrafe specificato, TRENITALIA spa chiede l'annullamento e la riforma della sentenza del Tar Puglia, Lecce Sez. I n. 562 del 2008 con la quale, in accoglimento dei motivi aggiunti proposti dall'odierna appellata Controinteressata del Salento (d'ora in poi CONTROINTERESSATA srl), è stata disposto l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione disposta nei confronti della predetta CONTROINTERESSATA srl ed è stata respinta l'azione risarcitoria proposta dalla ricorrente.

Con lettera di invito del 22 maggio 2006, TRENITALIA spa ha indetto , ai sensi dell'art.15, comma 3 del d.lgs. n. 158 del 1995 , una procedura negoziata per l'affidamento degli interventi di manutenzione incrementativi di ROC ed eventuale bonifica per 10 carrozze Z1 con opzione per ulteriori 5.

La CONTROINTERESSATA partecipava alla procedura presentando un'offerta che prevedeva un ribasso del 12,21 % sull'importo a base di gara di euro 540.000, 00 ed un ulteriore ribasso dell'1,00 % in caso di estensione della revisione di tipo ROC ad un ulteriore quantitativo di rotabili dello stesso tipo.

Con successiva nota la stessa CONTROINTERESSATA , in esito alla negoziazione che faceva seguito alla presentazione delle offerte, proponeva un ulteriore abbattimento dell'1% sull'offerta originaria e dell'1% sui lavori aggiuntivi.

Con nota del 28 agosto 2006, TRENITALIA comunicava alla CONTROINTERESSATA "l'accettazione della vs. offerta dell' 8 giugno 2006 migliorata a seguito di trattativa negoziale di un ulteriore 1%" precisando espressamente che con la presente viene data comunicazione di aggiudicazione provvisoria dell'appalto, aggiudicazione regolata dalle condizioni tutte previste e/o richiamate nella lettera di invito.

Ciò in conformità a quanto previsto dalla lettera di invito pag. 3 e 4, aggiudicazione provvisoria e conclusione e formalizzazione del contratto.

In esito all' indicata comunicazione, la CONTROINTERESSATA con nota del 29 settembre 2006, trasmetteva la fideiussione a garanzia delle obbligazioni contrattuali e le certificazioni richieste dalla disciplina di gara a seguito dell'aggiudicazione provvisoria.

Con nota del 27 novembre 2006, oggetto dell'originaria impugnativa, TRENITALIA comunicava l'annullamento della gara in quanto non risulta più necessario dare corso all'affidamento a terzi della manutenzione dei suddetti rotabili, avendo cura di precisare, a tale riguardo, che , per sopperire al fermo di veicoli Z1 di I classe, già scaduti ma necessari alla nuova programmazione di treni IC , la manutenzione ciclica di ROC di cui alla gara in oggetto , tenuto anche conto dei fermi previsti per la loro effettuazione e/o presso l'IP è stata pianificata nelle OMC di TRENITALIA.

Avverso tale provvedimento ricorreva CONTROINTERESSATA, chiedendo l'annullamento dell'atto di comunicazione dell'annullamento della gara, l'accertamento della sussistenza di un contratto ed il risarcimento dei danni.

Con l'ordinanza n. 227 del 2007 il Tar Puglia Lecce Sez. I accoglieva la domanda cautelare.

A seguito di tale ordinanza la società TRENITALIA adottava il nuovo provvedimento di revoca del 5 aprile 2007 illustrando diffusamente le ragioni che rendevano necessaria l'adozione del provvedimento stesso.

Avverso tale provvedimento la ricorrente CONTROINTERESSATA proponeva motivi aggiunti, riproponendo tutte le censure originarie oltre che nuove censure per illegittimità autonome a fronte dell'inottemperanza all'ordinanza del Tar Lecce n. 227 del 2007.

Con ordinanza n. 538 del 2007 il Tar Puglia Lecce accoglieva nuovamente l'istanza cautelare, dichiarando l'obbligo della soc. TRENITALIA all'esecuzione del contratto di appalto.

L'ordinanza veniva appellata e riformata dal Consiglio di Stato con pronuncia cautelare della Sezione Sesta n. 3727 del 2007.

La sentenza appellata ha accolto il ricorso definendo il giudizio di primo grado.

Appella Trenitalia.

Resiste l'originaria ricorrente che spiega altresì appello incidentale.

DIRITTO

Va accolto l'appello principale e rigettato l'appello incidentale con conseguente riforma della sentenza di primo grado.

In primo luogo va affrontata la questione dell'azione di accertamento dell'esistenza del contratto spiegata dalla ditta appellata con ricorso di primo grado.

In proposito - in accoglimento del primo motivo di appello proposto da TRENITALIA - va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per esservi su tale domanda di accertamento (ma non sulle restanti domande di CONTROINTERESSATA) , giurisdizione del giudice ordinario.

L'accertamento dell' esistenza o meno del contratto di appalto - con efficacia di giudicato - esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il processo amministrativo è pur sempre , secondo una lettura costituzionalmente orientata della giurisdizione del giudice amministrativo - al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva - un processo su interessi legittimi, incentrato sull'azione di annullamento, di talché sull' azione di accertamento su un rapporto giuridico paritetico come il rapporto giuridico contrattuale sia pur nascente da una procedura di evidenza pubblica, sussiste giurisdizione del giudice ordinario.

Né si tratta in questo caso di giudicare della sorte del contratto in dipendenza della validità degli atti della procedura di gara, quanto piuttosto dell'inverso dell'accertamento dell'esistenza del contratto dal quale (nella prospettazione della ricorrente) dovrebbe desumersi l'inesistenza e/o l'illegittimità dell'esercizio del potere amministrativo di autotutela amministrativa di revoca degli atti di gara.

L'oggetto della controversia - a tenore di questa parte della domanda del ricorrente - non è quindi la gara ma l'esistenza ed il dovere di esecuzione del contratto.

Correttamente è stato ritenuto nella giurisprudenza amministrativa di primo grado che "la controversia attinente alla validità ed efficacia del contratto di garanzia e, quindi, all'accertamento dell'esistenza o meno dell'obbligazione di restituzione in capo al garante ha una natura tipicamente civilistica, con la conseguenza che competente a conoscerla è il giudice ordinario." (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 09 ottobre 2009 , n. 9848).

In senso analogo si è ritenuto che le controversie aventi ad oggetto la risoluzione o la cessazione del contratto con l'appaltatore, ovvero l'accertamento del diritto di quest'ultimo a proseguire il rapporto con l'Amministrazione committente, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, cui spetta di verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro

contrapposti interessi e delle relative condotte attuative, e ciò anche nelle ipotesi in cui l'atto rescissorio della P.A. sia rivestito della forma dell'atto amministrativo. (T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 14 luglio 2009 , n. 511).

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato si è ritenuto che appartenga alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia il cui petitum sostanziale concerne l'accertamento relativo all'intervenuta cessazione di un contratto stipulato iure privatorum (nella specie trattavasi di convenzione per lo svolgimento di attività di riabilitazione), e coinvolge quindi posizioni di diritto soggettivo, e cioè il bene della vita consistente per il ricorrente nella prosecuzione della convenzione e nella validità della clausola contrattuale, e il diritto di recesso dell'Amministrazione (Consiglio Stato , sez. V, 19 marzo 2009 , n. 1623).

Si del pari ritenuto che la giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo deve essere identificata alla stregua del petitum sostanziale, con la conseguenza che la definizione della controversia, che verte sull'accertamento relativo all'intervenuta cessazione di un contratto stipulato iure privatorum dalla pubblica amministrazione e sul diritto di recesso da questa esercitati, attenendo a posizioni di diritto soggettivo (la prosecuzione della convenzione e la validità della clausola contrattuale) spetta al giudice ordinario (Consiglio Stato , sez. V, 07 gennaio 2009 , n. 8).

Il Tar di Lecce - sostiene TRENITALIA - giudicando il contratto esistente avrebbe dovuto valutare esistente il difetto di giurisdizione su tutte le domande di CONTROINTERESSATA perché attinenti una posizione di diritto soggettivo (primo motivo di appello).

Ciò comporterebbe - a rigore - la devoluzione dell'intera controversia al giudice ordinario.

Ritiene tuttavia il Collegio che il giudizio possa continuare innanzi al g.a. per la domanda di annullamento (e di risarcimento e/o di corresponsione dell'indennizzo da revoca) degli atti impugnati.

Va infatti ritenuto fuorviante l'impostazione che vorrebbe far derivare dall'esistenza del contratto l'insussistenza del potere di revoca o non aggiudicazione (con conseguente pregiudizialità del giudizio sull'esistenza del contratto rispetto a quello sulla legittimità del controllo esercitato sugli atti di gara).

Il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica infatti sussiste anche in caso di esistenza del contratto, fermo restando che in tal caso sorge , per effetto della revoca legittima (art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990) un diritto all'indennizzo derivante dai principi generali sulla tutela dell'affidamento nei rapporti di durata ed affidato alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre , in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria o non approvazione della stessa (arg. ex art. 12 del d.lgs. n. 163 del 2006), tale diritto all'indennizzo - come si vedrà - non sussiste né è configurabile.

Sull'esercizio di tale potere di controllo in autotutela sugli atti di gara sussiste sempre la giurisdizione del giudice amministrativo indipendentemente dall'azione di accertamento sull'esistenza del contratto.

Inoltre sul punto dell'esistenza del contratto è sempre possibile una cognizione incidentale del giudice amministrativo per quanto necessario all'esercizio del proprio sindacato sulla legittimità dell'esercizio del potere amministrativo.

Ancora : va considerato che la stessa società TRENITALIA , dopo avere concluso per il difetto di giurisdizione, ha sostenuto in giudizio , per motivare sulla legittimità della non approvazione dell'aggiudicazione, che il contratto non è stato stipulato e che il provvedimento impugnato andava inquadrato come atto imperativo di ritiro dell'aggiudicazione provvisoria (e/o di revoca della gara), con allegazioni difensive pienamente riportabili alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Né può ritenersi sussistente - a ben vedere - alcuna pregiudizialità fra l' accertamento eventuale dell'esistenza del contratto (che attiene al piano civilistico del rapporto e della sua esecuzione) e la domanda di annullamento dell'atto di revoca della gara che può essere scrutinata anche

indipendentemente dalla questione relativa all'esistenza del rapporto.

Va affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia in ordine alla domanda di indennizzo per revoca dell'atto di aggiudicazione e dello stesso bando di gara ai sensi dell'art. 21 quinquies, comma 1, ultima parte, l. n. 241 del 1990, sia con riguardo alla pretesa di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 7, comma 3, l. n. 1034 del 1971; il giudice amministrativo è infatti investito della riparazione patrimoniale del pregiudizio cagionato dall'esercizio del potere amministrativo sia attraverso un provvedimento legittimo di revoca, sia attraverso la lesione di una situazione soggettiva degradata con provvedimento poi caducato con effetti "ex tunc".

La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che afferma la giurisdizione del giudice ordinario quando, contestandosi gli effetti della revoca dopo il sorgere del rapporto contrattuale, la controversia non investirebbe più il momento genetico del rapporto, ma solo i pretesi danni conseguenti alla sua cessazione, riguarda i casi nei quali la cessazione sia disposta iure privatorum nell'esercizio di un diritto di recesso e non iure imperii nell'esercizio di un potere di autotutela o di controllo della serie degli atti di evidenza pubblica (della loro legittimità o rispondenza al pubblico interesse).

La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste sempre sulla revoca autoritativa degli atti di gara, in quanto l'esame della domanda risarcitoria non può che investire pregiudizialmente la legittimità dell'esercizio del potere discrezionale operato dall'amministrazione, ciò anche a seguito del comma 1 bis dell'art. 21 quinquies l. n. 241, come introdotto dal d.l. n. 7 del 2007, conv. in l. n. 40 del 2007, che fa salvo il potere di revoca del provvedimento successivamente alla nascita del vincolo negoziale.

Il riparto di giurisdizione come sopra delineato è perfettamente coerente con il criterio della separazione fra giudizio sull'efficacia del contratto e giudizio sulla validità degli atti di gara una volta prevalente in giurisprudenza (prima del recepimento della recente direttiva ricorsi n. 66 del 2007 da trasparsi entro il 20 dicembre 2009 nell'ordinamento interno).

Ma anche alla luce del recente revirement della Cassazione sul punto (Cass. Sez. Un. ord. n. 2906 del 2010), dovuto proprio alla valutazione della portata della predetta Direttiva, la conclusione non muta poiché proprio la riaffermazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto se non si estende alla domanda di accertamento del contratto su cui si declina la giurisdizione (non trattandosi di valutare della sorte del contratto in dipendenza dell'annullamento dell'aggiudicazione), per altro verso conferma la pregiudizialità delle valutazioni amministrative in ordine alla serie procedimentale .

Nella specie - in definitiva - sussiste una controversia che esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo essendo in questione l'esistenza (non l'inefficacia o l'invalidità conseguente all'annullamento della gara) del contratto non la domanda di un concorrente di essere reintegrato in forma specifica nell'esecuzione del contratto in dipendenza dall'annullamento della gara.

Tale questione - ossia la questione di fatto della conclusione del contratto (che non può che essere scrutinata dal giudice civile) - non influisce tuttavia sul giudizio che può svolgersi separatamente, innanzi al giudice amministrativo, sulla legittimità del ritiro (o revoca) dell'aggiudicazione provvisoria (fermo restando che , una volta che, eventualmente , nel giudizio civile, fosse giudicato comunque esistente il contratto si porrà la questione della sua validità o efficacia in relazione all'esito del giudizio amministrativo sull'atto di revoca dell'aggiudicazione e sull'eventuale risarcimento dovuto al contraente per aver fatto incolpevolmente fatto affidamento su un contratto invalido o inefficace).

Va, per quanto qui rileva, condiviso quanto incisivamente rilevato anche nella sentenza di primo grado, ossia che il fatto che il provvedimento di annullamento o revoca di atti dell'aggiudicazione incida (secondo il tradizionale collegamento fra provvedimento e contratto ricorrente nelle procedure di evidenza pubblica) su un vincolo contrattuale eventualmente già formato non modifica la natura sostanziale del potere esercitato, che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione e non nell'esercizio di un presunto diritto di recesso (in realtà inesistente e non prospettato dall'amministrazione) e , conseguentemente, non determina il venir meno, sul resto della domanda di annullamento e risarcimento , della giurisdizione del giudice amministrativo essendo in questione la serie procedimentale degli atti di evidenza pubblica (sia pure nel prisma del potere di controllo sugli stessi) ed al limite l'indennizzo da

revoca (su cui c'è giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 dl 1990) o il risarcimento da annullamento dell'atto di autotutela (spettante alla cognizione del g.a come qualsiasi azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi).

Ne consegue che va dichiarata la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sulla sola domanda di accertamento dell'esistenza del contratto.

Va poi considerato l'art. 59 della legge n. 69 del 2009 (Decisione delle questioni di giurisdizione) che recita :

“1. Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo.

2. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile.

3. Se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione.

4. L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

5. In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova.”

Le modalità della riassunzione della domanda di accertamento dell'esistenza del contratto innanzi al giudice civile sono - in conclusione - quelle fissate dalla norma citata.

Seconda questione in ordine logico è quella relativa alla impugnazione del provvedimento 27 novembre 2006 prot. DOT/LC.PIMC 324 06 IP RG con il quale TRENITALIA ha comunicato alla ricorrente l'annullamento della procedura negoziata UTRMP.SM/322 prot. n.,. 493 del 22 maggio 2006 per "l'affidamento della manutenzione ...ed eventuale bonifica per dieci carrozze Z1 con opzione per ulteriori 5".

Tale provvedimento è venuto meno per effetto dell'adozione del nuovo provvedimento 5 aprile 2007 con il quale TRENITALIA ha riesaminato l'intera fattispecie, confermando la revoca della gara a procedura negoziata.

Ne consegue, per effetto dell'adozione di tale nuovo provvedimento, il sopravvenuto difetto di interesse a ricorrere relativamente ai motivi presentati originariamente con il ricorso di primo grado avverso l'annullamento della gara (che è poi stato qualificato dalla società appellante revoca).

È improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse il ricorso proposto contro un provvedimento ove nel frattempo sia stato adottato dalla stessa autorità un nuovo provvedimento modificativo e innovativo

proprio in relazione agli aspetti e ai profili oggetto di contestazione (Consiglio Stato , sez. IV, 31 dicembre 2007 , n. 6843).

Tale evenienza - ossia il completo riesame della fattispecie e l'adozione di un nuovo atto qualificato revoca - elimina dal mondo giuridico l'atto originariamente adottato e qualificato annullamento.

L'improcedibilità si determina quando l'atto impugnato sia stato definitivamente eliminato dal mondo giuridico in virtù di un nuovo provvedimento da parte dell'amministrazione(Consiglio Stato , sez. VI, 08 novembre 2005 , n. 6204).

Ne deriva che l'oggetto del giudizio va concentrato sulla revoca e sulla sua legittimità o meno.

Quanto ai motivi aggiunti vanno dichiarati infondati tutti i motivi proposti avverso l'atto di revoca con i quali si denuncia l'illegittimità derivata dall'atto di annullamento e ciò perché l'atto di revoca non è basato sul presupposto dell'avvenuto annullamento della gara ma mira a superare e sostituire il primo atto impugnato.

Residuano i motivi proposti avverso la revoca che ne denunciano l'illegittimità diretta sostanzialmente sotto due profili:

a) per mancata previsione dell' indennizzo ;

b) per insussistenza di effettivi sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

In ordine al primo profilo va rilevato che la revoca senza indennizzo non è illegittima, poiché la mancata previsione dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990 in un provvedimento di revoca, non ha efficacia viziante o invalidante di quest'ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo che potrà scrutarne i presupposti .

In particolare tale indennizzo spetta sempre che la revoca , legittima (altrimenti vi sarebbe materia per il risarcimento) incida su rapporti di durata (su un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole) , che sia determinata da sopravvenuti motivi di pubblico interesse, dal mutamento della situazione di fatto o da una nuova valutazione dell'interesse pubblico.

Se il ritiro dell'atto è dipeso unicamente da un palese errore materiale o il danno è stato prodotto da un colpevole comportamento del privato allora nessun indennizzo può ritenersi dovuto.

Né l'indennizzo è dovuto per il caso di non approvazione dell'aggiudicazione provvisoria oggetto di una specifica disciplina nell'ambito della normativa sull'evidenza pubblica (arg, ex art. 12 del codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 163 del 2006).

Ne deriva l'infondatezza del motivo 2.a del ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado e riproposti in appello con ricorso incidentale (pag. 29-35 del controricorso e ricorso incidentale in appello) trattandosi di fatto non avente effetto invalidante dell'atto amministrativo.

Circa l'adeguatezza delle giustificazioni fornite dalla società TRENITALIA e poste a base dell'atto impugnato osserva il Collegio che la società ha allegato ragioni sufficienti e non sindacabili nel merito perché espressione di una scelta discrezionale non irragionevole né tecnicamente erronea.

In particolare il provvedimento è basato su una motivazione ampia, che sottolinea che, dopo

l'aggiudicazione provvisoria a favore di CONTROINTERESSATA, si è determinata una significativa e non prevedibile carenza di disponibilità di vetture di I classe della tipologia a 200 km/h (Z1 e Gran Confort) per l'esercizio commerciale dei treni IC plus , determinata da ritardi nella restituzione all'esercizio delle carrozze della suddetta tipologia comprese in progetti di ristrutturazione in corso”.

Tale criticità - secondo la società appellante - avrebbe comportato ripercussioni sulla qualità dell'offerta per i treni IC plus causando la soppressione di servizi, ovvero avrebbe costretto TRENITALIA ad utilizzare per i servizi in questione , carrozze con un minor grado di confort e con arredi interni non rispondenti alla tipologia del servizio.

Inoltre TRENITALIA evidenziava, quanto alla consegna del materiale rotabile, che essi dovevano essere consegnati al punto di raccolta rolling più vicino allo stabilimento designato ad eseguire le operazioni di bonifica e che i rotabili dovranno essere riconsegnati , a cura e spese dell'appaltatore, al punto di raccolta, almeno 90 minuti prima della partenza del treno dedicato (punto 6.9.2).

Lamentava il pericolo di ritardi nelle consegne delle carrozze revisionate e rappresentava la necessità di esercitare la propria attività nei ristretti e tassativi termini imposti dalle esigenze dle servizio ferroviario.

Rilevava che il Piano di qualità trasmesso da CONTROINTERESSATA conteneva alcune rilevanti difformità rispetto a quanto richiesto contrattualmente (per la prevista consegna dei rotabili a Trepuzzi e non a Torre Annunziata).

Comunicava che per tali ragioni aveva deciso di internalizzare le attività richieste presso il proprio stabilimento di S.Maria la *****.

La motivazione della revoca è articolata e circostanziata, né può il giudice amministrativo sostituirsi

all'amministrazione nella valutazione dei presupposti che hanno portato i responsabili del servizio a ritenere non più utile l'esternalizzazione a favore dell'autoproduzione.

La scelta a favore dell'autoproduzione è sempre una possibilità per l'amministrazione valutabile in sede di controllo sull'aggiudicazione provvisoria ed idonea a sostenere la decisione di non aggiudicare.

Né l'amministrazione doveva provare di aver effettuato la manutenzione altrove, essendo sufficiente la decisione di internalizzare il servizio.

Tanto è avvenuto nella specie poiché l'amministrazione ha deciso di internalizzare il servizio né vi è prova che abbia poi contraddetto tale intento.

Si è ritenuto che in materia di revoca dell'aggiudicazione, ancorchè intervenuta nel corso dell'esecuzione del contratto, e quindi quando il rapporto è ormai giunto alla fase meramente privatistica, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di atto di esercizio di poteri pubblicistici di matrice provvedimentoale (C. Stato, sez. V, 28/5/2001, n. 2895).

In via generale va anche ricordato che in materia di contratti della p.a., il potere di negare l'approvazione dell'aggiudicazione per ragioni di pubblico interesse ben può trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse e non trova ostacoli nell'esistenza dell'avvenuta aggiudicazione definitiva o provvisoria; pertanto è illegittimo l'atto di revoca dell'aggiudicazione di un appalto di lavori che non sia motivato in base ad un pubblico interesse idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto diritto dell'aggiudicatario nei confronti dell'amministrazione (C. Stato, sez.V, 30/11/2000, n. 6365).

In sostanza l'aggiudicazione di un appalto pubblico è suscettibile di riesame nell'esercizio della potestà di autotutela della p.a., fermo restando che alla revoca può pervenirsi con atto successivo, adeguatamente

motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico (C. Stato, sez.V, 20/9/2001, n. 4966).

Nella specie, il Collegio osserva che : 1) l'atto denominato revoca (poi vedremo avente quale natura) è motivato in modo specifico; 2) l'amministrazione si era limitata ad aggiudicare provvisoriamente l'appalto (non avendo la nota del 28 agosto 2006 valore di aggiudicazione definitiva in quanto in essa era precisato che si trattava di comunicazione di aggiudicazione provvisoria); 3) la e mail del 31 ottobre 2006 non ha valore decisivo ed incontrovertibile nel provare l'avvenuta esecuzione del contratto (sia perché essa si riferisce con sicurezza sia pure parzialmente, a carrozze non comprese nell'appalto sia perché per il resto non v'è certezza alcuna che si riferisca alla procedura in contestazione cfr. indicazioni della matricola dei rotabili) ed appare proveniente da un soggetto non legittimato a concludere il contratto ; 4) non risulta adottato un provvedimento formale di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art.8.4 delle C.G.C.

In tali condizioni va considerato assolutamente fisiologico che all'aggiudicazione provvisoria, naturalmente temporanea, possa non far seguito, in ragione della valutazione negativa sulla permanente utilità del contratto, l'affidamento definitivo del contratto.

Ciò perché il controllo sull'aggiudicazione provvisoria è un evento del tutto fisiologico e positivamente disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare un qualunque affidamento tutelabile - qualora difetti, ovviamente, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice - e un obbligo risarcitorio. (Consiglio Stato , sez. V, 15 febbraio 2010 , n. 808).

Va quindi accolto sul punto l'appello principale e , nel contempo, vanno rigettati i motivi dell'appello incidentale condizionato concernenti la questione della esistenza di ragioni giustificatrici della mancata aggiudicazione definitiva alla impresa appellata e dell'adottato atto di revoca.

Va quindi rigettata anche la domanda risarcitoria proposta a fronte di un atto legittimo

dell'amministrazione costituente specifica espressione del suo potere di controllo sugli atti di gara.

Invero l'impresa appellata ha chiesto, cumulando le azioni, sia il risarcimento che l'indennizzo.

Sul punto della legittimità del cumulo delle azioni di risarcimento e di indennizzo per gli effetti della revoca nello stesso processo va osservato che esso deve ritenersi consentito.

L'azione risarcitoria è fondata sul presupposto dell'illegittimità dell'azione amministrativa (nella specie non sussistente).

Ovviamente, dopo la novellazione della legge n. 241 del 1990 con l'introduzione dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies per la revoca, in caso di revoca (supposta) illegittima possono darsi due casi :

1) il privato inciso dalla revoca (supposta illegittima) la contesta in sede giurisdizionale e chiede il risarcimento;

2) il privato non la contesta e chiede l'indennizzo (in tal caso non deve provare né illegittimità, né dolo né colpa).

Se il privato - come nella specie - contesta la legittimità della revoca e chiede il risarcimento, tuttavia può anche formulare, in via subordinata, una domanda per l'indennizzo, in caso di infondatezza della domanda risarcitoria, avendo l'indennizzo natura residuale.

Ne consegue l'ammissibilità del cumulo delle domande nello stesso processo (risarcitoria sul presupposto

dell'illegittimità della revoca e indennitaria sul presupposto dell'avvenuta lesione da fatto lecito dannoso).

Nella specie la domanda di liquidazione dell'indennizzo è stata proposta con motivo 3.B 6 dei motivi aggiunti che non risulta specificamente riproposto in sede di appello.

Tuttavia, anche a voler considerare tale domanda riproposta (implicitamente nel primo dei motivi del ricorso incidentale condizionato) essa è infondata poiché si è , nella specie, di fronte al mero ritiro di un'aggiudicazione provvisoria (atto avente per sua natura efficacia interinale e non idonea a creare affidamenti) e non ad una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli come previsto dall'art. 21 quinquies per l'indennizzabilità della revoca.

Sussistono gravi ed eccezionali motivi per la compensazione delle spese processuali attesa la complessità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, nel contraddittorio delle parti, sul ricorso in epigrafe indicato così provvede:

Accoglie l'appello principale;

Rigetta l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sull'azione di accertamento dell'esistenza del contratto proposta dal ricorrente in primo grado; dichiara il sopravvenuto difetto di interesse in ordine all'impugnativa contenuta nel ricorso di primo grado dell'atto di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria ; rigetta la

domanda contenuta nei motivi aggiunti proposti in primo grado.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Consigliere

*****, Consigliere

Giancarlo Montedoro, *****
*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/ritiene-tuttavia-il-collegio-che-il-giudizio-possa-continuare-innanzi-al-g-a-per-la-danda-di-annullamento-e-di-risarcimento-eo-di-corresponsione-dell-indennizzo-da-revoca-degli-atti-impugnati/>