

Non vi è la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede gravanti sull'Amministrazione e la conseguente lesione dell'affidamento riposto dalla ricorrente sull'affidamento dell'appalto

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Potere di autotutela della Stazione appaltante - doveroso in caso di mancanza della copertura finanziaria - atto legittimo - non è configurabile una responsabilità precontrattuale - non è ravvisabile la colpa (né tantomeno il dolo) dell'Amministrazione resistente - corretta e doverosa vigilanza sulla persistenza della copertura finanziaria del servizio_ doveroso ritiro degli atti di gara non appena avuta conoscenza del venir meno della stessa.

Non vi è la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede gravanti sull'Amministrazione e la conseguente lesione dell'affidamento riposto dalla ricorrente sull'affidamento dell'appalto

la mancanza della copertura finanziaria rende doveroso il ritiro degli atti di indizione della gara, che rappresenta l'unico strumento utilizzabile dall'Amministrazione per evitare l'affidamento di un appalto e la successiva stipulazione del contratto in assenza della necessaria copertura finanziaria

Ne deriva la legittimità della determinazione impugnata e la conseguente infondatezza del ricorso, per la parte relativa alla richiesta di annullamento della stessa

Un discorso più articolato va fatto con riferimento alla domanda di risarcimento del danno conseguente alla asserita responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 c.c., la quale va ritenuta infondata per

assenza dell'elemento soggettivo, non essendo, ad avviso del Collegio, ravvisabile la colpa (né tantomeno il dolo) dell'Amministrazione resistente.

Va, a tal proposito, richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale, seguito anche da questo TAR, secondo il quale deve ritenersi sussistente la colpa dell'amministrazione, che addiuvata alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale (in tal senso Consiglio Stato, VI, 10 settembre 2008, n. 4309, ma anche TAR Sicilia Palermo, I, 18 aprile 2005, n. 560).

Nella specie, l'Amministrazione ha correttamente e doverosamente vigilato sulla persistenza della copertura finanziaria del servizio, ritirando tempestivamente gli atti di gara non appena avuta conoscenza del venir meno della stessa.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 210 del 4 febbraio 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

N. 00210/2011 REG.PROV.COLL.

N. 02544/2007 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2544 del 2007, proposto da***

contro***

per l'annullamento

1) della nota del 24 settembre 2007, con la quale l'ATO GE.SA. AG 2 S.p.A. ha revocato la procedura negoziata indetta, ai sensi dell'art. 57 del D.lgs.vo n. 163/2006, per l'affidamento dei servizi di igiene ambientale nei comuni di Lampedusa e Linosa per mesi tre;

2) del verbale del consiglio di amministrazione dell'ATO GE.SA. AG 2 S.p.A. del 24 settembre 2007, nella parte in cui delibera la revoca succitata;

3) occorrendo, di ogni altro atto o provvedimento antecedente e/o successivo, comunque presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria dell'ATO GE.SA. AG 2 S.p.A.;

Vista la memoria della ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il primo referendario Aurora Lento;

Uditi, alla pubblica udienza del 14 dicembre 2010, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato:

FATTO

Con ricorso, notificato il 23 novembre 2007 e depositato il 10 dicembre successivo, la società "RICORRENTE" s.r.l. esponeva di essere stata l'unica partecipante alla procedura negoziata indetta dell'ATO GE.SA. AG 2 S.p.A., ai sensi dell'art. 57 del D.lgs.vo n. 163/2006, per l'affidamento dei servizi di igiene ambientale nei comuni di Lampedusa e Linosa, per mesi tre.

Con nota del 24 settembre 2007, ovverosia il giorno fissato per la celebrazione della gara, l'ATO GE.SA. AG 2 S.p.A. aveva, però, revocato tale procedura, poiché (come chiarito con successiva nota del 3 ottobre 2007), il Comune di Lampedusa e Linosa aveva ritirato la copertura finanziaria necessaria per l'affidamento del servizio.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento, vinte le spese, dell'atto di revoca, nonché del verbale del consiglio di amministrazione costituente il presupposto dello stesso, per il seguente unico articolato motivo:

Violazione: degli artt. 3 e 7 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti. Violazione: dei principi dell'autotutela amministrativa; dell'affidamento; della certezza dell'azione amministrativa e dei pubblici poteri; degli obblighi di lealtà e buona fede; del principio di buon andamento. Eccesso di potere sotto il profilo della illogicità, della irrazionalità manifesta e dello sviamento dalla causa tipica.

Non è stata data comunicazione dell'avvio del procedimento.

La motivazione sarebbe carente.

Sarebbe stato violato l'affidamento riposto nell'affidamento del servizio, avendo l'Amministrazione violato gli obblighi di correttezza e buona fede sulla stessa gravanti.

Ha chiesto anche il risarcimento del danno subito.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio, depositando una memoria, con la quale ha chiesto che il ricorso, vinte le spese, fosse rigettato, poiché infondato, stante: la tempestiva comunicazione delle ragioni sottese all'atto di ritiro, con conseguente adempimento dell'obbligo motivazionale (vedi nota prot. n. 4934 del 3 ottobre 2007); l'irrilevanza della mancata comunicazione di avvio, in considerazione del carattere vincolato dell'atto e del suo inserimento nell'ambito di un procedimento non ancora concluso.

Ha, altresì, evidenziato che il ritiro degli atti di gara si era reso necessario per garantire la migliore tutela possibile dell'interesse pubblico, atteso il venir meno della copertura finanziaria e della delega all'espletamento della gara da parte dei Comuni interessati ed era, comunque, intervenuto tempestivamente e, in ogni caso, prima della aggiudicazione, con conseguente esclusione della sussistenza di un affidamento meritevole di tutela.

Ha, inoltre, chiesto il rigetto della istanza risarcitoria, stante l'assenza dei requisiti della responsabilità extracontrattuale e, in particolare, della colpa della P.A..

Con memoria depositata in vista della udienza, la ricorrente ha replicato alle deduzioni dell'Amministrazione resistente ed ha insistito nelle proprie domande.

Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2010, su conforme richiesta dei difensori delle parti, il gravame è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La controversia ha ad oggetto la revoca della procedura negoziata indetta dalla GE.SA. AG 2 S.p.A., ex art. 57 del D.lgs.vo n. 163/2006, per l'affidamento dei servizi di igiene ambientale nei comuni di Lampedusa e Linosa, per mesi tre (importo a base di gara € 474.029,47, oltre € 4.709,29 a titolo di oneri per la sicurezza, IVA esclusa).

Tale atto è stato motivato con riferimento al ritiro della copertura finanziaria da parte del comune interessato.

La società ricorrente, in quanto unica partecipante, ha chiesto l'annullamento dell'atto e il risarcimento del danno conseguente.

2. Preliminarmente va fatto un sintetico riferimento ai principali fatti di causa.

Con nota prot. n. 4652 del 20 settembre 2007 la GE.SA. AG 2 S.p.A. invitava la società ricorrente alla procedura negoziata in questione, che avrebbe dovuto svolgersi a distanza di quattro giorni (ovverosia il 24 settembre 2007), assegnando come termine per la presentazione della offerta le ore 16.00 del giorno fissato per la gara.

Con successiva nota prot. n. 4717 del 24 settembre 2007 si comunicava che il consiglio di amministrazione della società aveva revocato la procedura di gara.

In riscontro alla nota del 25 settembre 2007, con la quale la società ricorrente la aveva diffidato a ritirare il proprio provvedimento di revoca ed a celebrare la gara, la GE.SA. AG 2 S.p.A., con nota prot. n. 4934 del 3 ottobre 2007, aveva rappresentato che la determinazione contestata era stata adottata, in quanto il Comune di Lampedusa e Linosa aveva ritirato la copertura finanziaria, necessaria per coprire le spese conseguenti all'affidamento del servizio in questione.

3. Ciò premesso, può procedersi all'esame dell'unico articolato motivo, con il quale si deduce: sotto un primo profilo, che non è stata data comunicazione dell'avvio del procedimento; sotto un secondo profilo, che la motivazione sarebbe carente; sotto un terzo profilo, che sarebbero stati violati gli obblighi di correttezza e buona fede gravanti sull'Amministrazione.

Per quanto riguarda il primo ed il secondo profilo, va richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale, secondo il quale nel caso di revoca d'ufficio di un atto endoprocedimentale inserito in una gara d'appalto non è richiesta alcuna comunicazione di avvio del procedimento, dovendosi ritenere la stazione appaltante obbligata al rispetto delle garanzie partecipative solo quando l'esercizio del potere di autotutela abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, in ragione della posizione di vantaggio, che solo quest'ultima costituisce in capo all'impresa aggiudicataria. Gli atti endoprocedimentali, avendo effetti instabili ed interinali, non sono, infatti, idonei a generare nei partecipanti una posizione consolidata di vantaggio, con la conseguenza che sull'Amministrazione, la quale intende esercitare il potere di autotutela, incombe un onere di motivazione fortemente attenuato circa le ragioni di interesse pubblico, che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi, in base ai quali si ritiene di non dare corso ulteriore al procedimento (in tal senso TAR Puglia Bari, I, 14 settembre 2010, n. 3459, ma anche TAR Lazio Roma, III, 9 settembre 2010, n. 32177; TAR Lombardia Milano, III, 5 maggio 2010 , n. 1222; TAR Sardegna, I, 12 giugno 2009, n. 976).

Nella specie il ritiro è intervenuto prima della celebrazione della gara e, pertanto, in una fase, nella quale non era stato adottato alcun provvedimento di aggiudicazione neppure provvisorio.

Ne deriva che lo stesso va correttamente qualificato come atto endoprocedimentale, con il quale l'Amministrazione non ha annullato in autotutela una aggiudicazione, ma ha "interrotto" la procedura di gara, con conseguente esclusione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del relativo procedimento.

Ne deriva, altresì, che non vi era necessità di una motivazione "rafforzata", che si soffermasse sui profili di illegittimità dell'atto e sulle ragioni di interesse pubblico sottostanti al ritiro, dovendosi, pertanto, il

provvedimento impugnato ritenere adeguatamente giustificato dal riferimento al venir meno della copertura finanziaria dell'appalto, esistente al momento della indizione della gara.

Nessuna rilevanza assume, peraltro, la circostanza che le ragioni sottostanti al ritiro siano state rese esplicite con atto successivo a quello impugnato, essendo noto che il dogma della inammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione dei provvedimenti vincolati è stato messo in discussione (e da molti ritenuto definitivamente superato) alla luce dell'art. 21 octies, comma 2, prima parte, l. n. 241 del 1990, introdotto dall'articolo 14, l. n. 15 del 2005, ritenendosi in giurisprudenza che una motivazione incompleta può essere integrata e ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, restando preclusa solo l'integrazione effettuata negli argomenti difensivi dedotti nel processo (vedi, tra gli altri, TAR Sicilia Palermo, II, 10 novembre 2010 , n. 14041).

Ne deriva la infondatezza dei primi due profili.

4. Parimenti infondato è il terzo profilo, con il quale si deduce la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede gravanti sull'Amministrazione e la conseguente lesione dell'affidamento riposto dalla ricorrente sull'affidamento dell'appalto.

Va, a tal proposito, richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale, seguito anche da questo TAR, secondo il quale la mancanza della copertura finanziaria rende doveroso il ritiro degli atti di indizione della gara, che rappresenta l'unico strumento utilizzabile dall'Amministrazione per evitare l'affidamento di un appalto e la successiva stipulazione del contratto in assenza della necessaria copertura finanziaria (vedi TAR Lazio Roma, III, 22 giugno 2009, n. 5986; TAR Sicilia Palermo, I, 18 aprile 2005 , n. 560).

Ne deriva la legittimità della determinazione impugnata e la conseguente infondatezza del ricorso, per la parte relativa alla richiesta di annullamento della stessa.

5. Un discorso più articolato va fatto con riferimento alla domanda di risarcimento del danno conseguente alla asserita responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 c.c., la quale va ritenuta infondata per assenza dell'elemento soggettivo, non essendo, ad avviso del Collegio, ravvisabile la colpa (né tantomeno il dolo) dell'Amministrazione resistente.

Va, a tal proposito, richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale, seguito anche da questo TAR, secondo il quale deve ritenersi sussistente la colpa dell'amministrazione, che addiuvata alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale (in tal senso Consiglio Stato, VI, 10 settembre 2008, n. 4309, ma anche TAR Sicilia Palermo, I, 18 aprile 2005, n. 560).

Nella specie, l'Amministrazione ha correttamente e doverosamente vigilato sulla persistenza della copertura finanziaria del servizio, ritirando tempestivamente gli atti di gara non appena avuta conoscenza del venir meno della stessa.

Con riferimento a tale aspetto, occorre rilevare che dalla ricostruzione dei fatti di causa operata dall'Amministrazione resistente e non contestata dalla ricorrente emerge che:

- nella conferenza di servizi del 12 settembre 2007 era (o quanto meno sembrava essere) stata data alla GE.S.A. AG 2 S.p.A. l'incarico di curare i servizi di igiene ambientale del Comune di Lampedusa e Linosa, sui quali sarebbe dovuto ricadere il relativo onere finanziario;

- con nota prot. n. 14068 del 21 settembre 2007 il Comune di Lampedusa e Linosa aveva negato di avere autorizzato la GE.S.A. AG 2 S.p.A. ad esperire la gara per l'affidamento dei servizi in questione, comunicando di avere provveduto in merito con ordinanza sindacale.

Ne deriva che la copertura finanziaria del servizio in questione esisteva (o comunque appariva verosimilmente esistente) alla data del 12 settembre 2007 e, pertanto, al momento della indizione della gara ed è venuta successivamente meno in conseguenza di una determinazione unilaterale del comune interessato, sulla quale la GE.S.A. AG 2 S.p.A. non poteva incidere.

Nessun rimprovero può, pertanto, essere mosso a tale Amministrazione, che, constatato il venir meno della copertura finanziaria della procedura indetta, ha doverosamente ritirato gli atti di gara.

Va, pertanto, esclusa la fondatezza della istanza risarcitoria.

Per completezza, va, peraltro, richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ex art. 1337 c.c. non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative. Conseguenzialmente si è ritenuto che non sussiste il diritto al risarcimento del danno ex art. 1337 c.c. a favore dell'impresa, che abbia presentato domanda di partecipazione a una procedura ad evidenza pubblica, che la stazione appaltante abbia revocato, adducendo motivi finanziari (ex plurimis Consiglio Stato, V, 8 settembre 2010, n. 6489 e 28 maggio 2010, n. 3393).

Nella specie il ritiro degli atti di gara è intervenuto antecedentemente alla aggiudicazione e, comunque a brevissima distanza (quattro giorni) dall'inoltro della lettera di invito, per cui, anche sotto tale profilo, va esclusa la responsabilità extracontrattuale della P.A..

Concludendo, in forza di quanto esposto, il ricorso è infondato e va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte soccombente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori, se e in quanto dovuti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente FF

*****, Consigliere

Aurora Lento, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/non-vi-e-la-violazione-degli-obblighi-di-correttezza-e-buona-fede-gravanti-sull-amministrazione-e-la-consequente-lesione-dell-affidamento-riposto-dalla-ricorrente-sull-affidamento-dell-appalto/>