

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29314-in-definitiva-specie-quando-la-p-a-trasferisce-integralmente-l-onere-della-progettazione-esecutiva-sulle-imprese-partecipanti-alla-gara-la-revoca-della-gara-di-appalto-antecedentemente-alla-fase->

Autore: Lazzini Sonia

**In definitiva - specie quando la P.A. trasferisce integralmente l'onere della progettazione esecutiva sulle imprese partecipanti alla gara - la revoca della gara di appalto antecedentemente alla fase dell'aggiudicazione provvisoria, per motivi attinenti a**

**Tar Lazio, Roma, 16.03.2010 n. 4175**

In definitiva - specie quando la P.A. trasferisce integralmente l'onere della progettazione esecutiva sulle imprese partecipanti alla gara - la revoca della gara di appalto antecedentemente alla fase dell'aggiudicazione provvisoria, per motivi attinenti ad una diversa valutazione del pubblico interesse, viola l'interesse pretensivo del concorrente alla conclusione del procedimento e quindi alla potenziale aggiudicazione della gara.

Posto che il partecipante ad una gara d'appalto ha sempre interesse che l'attività amministrativa avvenga secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, è evidente come il provvedimento amministrativo di revoca - che priva il concorrente anche solo della possibilità di conseguire l'aggiudicazione -- assume una diretta ed immediata valenza lesiva della posizione soggettiva di potenziale aggiudicatario, che è comunque giuridicamente tutelata dall'ordinamento almeno sotto il profilo della perdita di "chance". E ciò a maggior ragione quando la P.A. non si limita a richiedere un prezzo, ma pone in essere procedure particolarmente onerose per i concorrenti. Nel caso, trattandosi di un intervento di manutenzione straordinaria, il Ministero (anche senza fare un espresso richiamo all'art. 53, I° co. lettera b) del Codice dei Contratti) ha utilizzato in sostanza il modello dell' "appalto integrato", che come è noto è quello nel quale ogni concorrente offre sia la progettazione esecutiva che l'esecuzione di lavori.

Sempre sul piano formale non può condividere l'affermazione per cui il procedimento di revoca implichi l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di revoca di una gara d'appalto ancora in corso di svolgimento in quanto, in questo caso, nessuno dei partecipanti ha acquisito, in relazione allo stato della procedura, una posizione di vantaggio concreta, e comunque tale da far sorgere, nel contesto del procedimento amministrativo in corso, un interesse qualificato e differenziato e quindi meritevole di tutela attraverso detta comunicazione.\_

In altre parole, a differenza dei casi di autoannullamento degli atti di gara per motivi di legittimità degli stessi, nel caso in cui si discute dell'opportunità amministrativa della revoca, i partecipanti alla gara non sono né cointeressati e né controinteressati necessari, per cui per la legittimità del procedimento non è necessario alcun contraddittorio.

Con il primo motivo si lamenta la violazione dei principi che sorreggono l'esercizio del potere di autotutela ed in particolare:

- dell'obbligo di adeguata motivazione: essendo del tutto apodittica quella relativa all'opportunità di procedere con una comune operatività con il Ministero per lo sviluppo economico e "Fondazione Valore Italia";
- dell'inesistenza di concrete ragioni di pubblico interesse conseguente ad un evento sopravvenuto, dato che le circostanze non erano affatto sopravvenute, in quanto fin dal momento dell'indizione della gara, era certo che la sede dell'esposizione sarebbe stata quella del "Palazzo della Civiltà Italiana";
- del mancato rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale conseguente all'omessa comunicazione dell'avviso di cui all'articolo 7 della legge 241/90 e ad un'adeguata istruttoria con il contributo delle partecipanti (cfr. Consiglio di Stato, Sesta Sezione 26/2007; idem Quinta Sezione n.4263/2008; Tar Lazio Seconda Sezione n. 1901 del 2004);
- all'assenza di qualsiasi valutazione sull'affidamento della parte privata destinataria del provvedimento, nonostante che l'amministrazione avesse indetto una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 83 del D. Lgs. n. 163/2006 imponendo quindi ai concorrenti di elaborare un progetto esecutivo di particolare importanza ed onerosità;
- alla mancanza di ogni valutazione seria sull'interesse pubblico relativamente alla nuova dislocazione del "Museo dell'Audiovisivo".

Con il secondo motivo si lamenta l'illegittimità del richiamo operato, nella revoca impugnata, alle clausole contenute nel bando all'articolo 18, lettera q) per cui l'amministrazione si riservava "... a suo

insindacabile giudizio di non aggiudicare la gara, di annullarla, revocarla ...” senza dover corrispondere compensi, indennizzi a qualsiasi titolo ai partecipanti.

\_\_\_ 2.3. §. Con il terzo motivo poi specificato con la quarta rubrica si lamenta la violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e dell’obbligo di buona fede, secondo il modello della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante di cui alle disposizioni dell’articolo 1337 c.c. e dell’art. 1338 c.c., relativo all’obbligo di buona fede nella conduzione delle trattative (peraltro più volte affermato anche dalla giurisprudenza: Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2009, n. e 5245, idem A.P. 6/2005) in relazione alla circostanza che, al momento di indizione della gara, il 7 novembre 2007, il Ministero avrebbe già dovuto essere in grado di verificare che il palazzo delle civiltà sarebbe stato destinato a sede dell’esposizione del “Made in Italy”, per cui il 27 novembre 2008, data della comunicazione del Ministero dello Sviluppo Economico al MIBAC appaltante, il procedimento di gara avrebbe dovuto essere sospeso.

Il ministero ha invece portato avanti la gara senza porsi il problema degli affidamenti creati nei concorrenti che finivano per essere gravati di notevoli costi di progettazione per una gara che non avrebbe comunque avuto alcun buon fine, costi che la ricorrente nel punto IV espone analiticamente in tutte le sue voci, per un totale di 267.074,78 euro.

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo?

Nell’ordine logico delle numerose questioni poste dalla parte ricorrente – e che necessitano di una risposta, partitamente articolata tra la richiesta impugnatoria e l’autonoma domanda risarcitoria, devono essere in primo luogo esaminate quelle relative alla dedotta illegittimità del provvedimento di revoca.

\_\_\_ 4.1. §. In linea di principio, la possibilità che in materia di appalti la Pubblica Amministrazione possa mutare avviso in funzione del pubblico interesse, deve essere ricondotta all’ordinarietà dell’esercizio stesso del potere. Si deve al riguardo condividere l’antico principio generale per cui le stazioni appaltanti hanno il potere di ritirare gli atti di gara, attraverso gli strumenti della revoca per ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito e dell’annullamento per vizi di legittimità, anche dopo l’avvio della procedura di scelta del contraente.

La revoca della gara pubblica può dunque ritenersi legittimamente disposta dalla stazione appaltante in presenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882), che siano opportunamente e debitamente esplicitate, che rendano evidente l’inopportunità o comunque l’inutilità della prosecuzione della gara stessa (cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, 30 luglio 2009, n. 228).

E ciò anche quando, in assenza di eventi sopravvenuti, la revoca sopravviene ad una rinnovata e differente successiva valutazione dei medesimi presupposti.

Né può condividersi la seconda censura relativa alla dedotta illegittimità – in linea di principio -- delle clausole del bando e della lettera di invito con cui l’amministrazione si riservava “... a suo insindacabile giudizio” la possibilità di adottare atti di ritiro” senza dover corrispondere compensi, indennizzi a qualsiasi titolo ai partecipanti, perché non sarebbe stata specificamente sottoscritta.

Se, infatti, la finalità del procedimento di gara è ordinariamente quella di fornire un pubblico servizio è evidente come il venir meno, ovvero il mutare dell’interesse originariamente perseguito, consente alla stazione appaltante di annullare o revocare i procedimenti di gara.

Per questo, a prescindere dalla questione generale che non appare superata nemmeno dopo l’art. 2, comma 4 del Codice dei Contratti circa l’improprietà o meno dell’utilizzazione di categorie relative al contenuto negoziale in un contesto, quale il procedimento di gara che è minutamente e specialmente disciplinato, si deve concludere che nella specie non si tratta di una previsione riconducibile all’art. 1229 c.c. Tale previsione appare, infatti, estranea al profilo in esame perché il divieto sancito di stipulare patti preventivi di irresponsabilità nei confronti dei terzi danneggiati, trova la sua “ratio” nell’esigenza di non consentire – nel corso dell’esecuzione della prestazione -- la indiretta acquiescenza alla violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico fondamentali per la convivenza sociale.

In altre parole il richiamo a tale clausola di per sé non inficia il provvedimento di revoca ma, come si vedrà meglio anche in seguito, la sua efficacia è limitata alla stipula del contratto o alla scadenza del termine – che coincide con la scadenza della polizza fidjussoria -- che la stessa stazione appaltante si è

autoassegnata per concludere il procedimento. Successivamente a tali momenti la causa di esclusione dell'indennizzo deve ritenersi automaticamente decaduta. In conseguenza la clausola è legittima ma il suo richiamo in sede di revoca "vitiatur sed non vitiat" per cui se non vale ad inficiare il provvedimento medesimo, non ha comunque effetti preclusivi delle pretese risacitorie dei concorrenti.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4175 del 16 marzo 2010 del Tar Lazio, Roma

**N. 04175/2010 REG.SEN.**

**N. 08435/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8435 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Soc. Ricorrente Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini, Emilia Piselli, Stefania Simonini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Studio Legale Cancrini - Piselli in Roma, via G.Mercalli, 13;

***contro***

Ministero per i Beni e le Attività Culturali, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Controinteressata, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti, Chiara Carosi, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88;

***per l'annullamento***

*quanto al ricorso introduttivo:*

--del D.D.G. per i Beni Librari gli Istituti Culturali ed il Diritto d'Autore del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, dd. 9.6.2009 con il quale è stata disposta la revoca della gara indetta per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale, funzionale, impiantistico ed allestimento locali relativi al Museo dell'Audiovisivo in Roma di cui al bando pubblicato in data 7.11.2007 sulla GURI edizione speciale n. 130;

-- del presupposto D.D.G. dd. 19.6.2007;

--di tutti gli atti e provvedimento connessi e consequenziali;

-- della nota del Ministero per i Beni e Attività Culturali prot. 5882 del 22.6.09;

-- del protocollo d'intesa sottoscritto in data 28.5.09 tra il Ministero per i Beni e le Attività Culturali ed il Ministero per lo Sviluppo economico;

*quanto ai motivi aggiunti:*

-- della nota 27 novembre 2008 n.24947 del Ministero dello Sviluppo Economico;

della nota 11 dicembre 2008 di risposta del Ministro per i Beni e le Attività Culturali; -- del protocollo d'intesa del 28 marzo 2009; -- della convenzione del 28

maggio 2009 tra EUR S.p.a., la Fondazione Italia Valore ed il MIBAC; nonchè

per l'accertamento

nel danno ingiusto patito dalla ricorrente a causa delle illegittimità compiute per

appaltante

e per la condanna

del Ministero al relativo risarcimento;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero per i Beni e le Attività Culturali e di Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2010, il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso introduttivo e con i relativi motivi aggiunti, la parte ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento di revoca della gara d'appalto bandita in data 7.11.07 pubblicata sul GURI Ed. Speciale n. 130 per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale, funzionale, impiantistico e di allestimento dei locali relativi al Museo dell'Audiovisivo.

In conseguenza chiede il risarcimento dei danni subiti, cagionati dall'illegittimità della predetta revoca o comunque a titolo di responsabilità contrattuale.

Il ricorso introduttivo è sostanzialmente affidato a cinque motivi di gravame relativi alla violazione degli articoli 4, 7 e seguenti, 21 quinquies della legge 241/1990 e successive modificazioni; degli articoli 1341 e 1229 del codice civile; nonché alla deduzione variamente articolata dell'eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di motivazione e sviamento.

Con i motivi aggiunti la ricorrente ha esteso l'impugnativa anche agli atti presupposti del provvedimento di revoca e, con un'ulteriore rubrica ha sottolineato che sarebbe mancata la dimostrazione dell'incompatibilità del "comune progetto" con quello posto a base della gara di cui trattasi.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato facendo proprio un rapporto della competente Direzione Generale accompagnato da tutti gli atti del procedimento.

All'udienza pubblica di discussione su richiesta delle parti, il ricorso è stato introitato dal Collegio per la decisione.

Il dispositivo della presente decisione è stato ritualmente pubblicato ai sensi dell'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

## DIRITTO

La revoca qui impugnata della procedura di gara per la realizzazione del “Museo dell'audiovisivo” cui aveva partecipato la ricorrente, è motivata:

- con riferimento ad una rivalutazione dell'interesse pubblico sottostante che era stata sancita in un protocollo d'intesa in data 28 maggio 2008 tra il Ministro dei Beni Culturali, il Ministro dello Sviluppo Economico, e l'ente Eur S.p.A. finalizzato all'attuazione dei nuovi interventi in materia di “Made in Italy”;
- alla ritenuta necessità della gestione unitaria dell'intero complesso museale, alle condizioni riportate in uno schema di convenzione allegato al protocollo di intesa medesimo che sarebbe finalizzato alla piena funzionalità del complesso museale, da attuarsi in occasione del 150° anniversario dell'Unità d'Italia attraverso l'attività di una preesistente “Fondazione Valore Italia”;
- alla ritenuta inidoneità della procedura di gara bandita del 2007 per la realizzazione del “Museo dell'audiovisivo”;
- alle asserite economie di spesa rispetto al prezzo base di gara connesse ad una procedura concorsuale pubblica unificata conseguente all'adeguamento impiantistico-funzionale dell'intero palazzo;
- alla possibilità contenuta nel bando di gara al punto 18 lettera q) di non aggiudicare la gara, di annullarla, di revocarla senza dover corrispondere compensi, indennizzi o danni di qualsiasi tipo ai partecipanti alla gara”.

\_\_\_ 1. §. In via preliminare deve essere affrontata l'eccezione di difetto di interesse dell'ATI ricorrente sollevata dalla difesa della controinteressata EUR S.p.A. per la quale la ricorrente, in quanto partecipante alla gara, sarebbe stata una mera

aspirante e non avrebbe potuto vantare alcuna posizione giuridicamente e processualmente qualificata.

L'eccezione va respinta.

Posto che il partecipante ad una gara d'appalto ha sempre interesse che l'attività amministrativa avvenga secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, è evidente come il provvedimento amministrativo di revoca – che priva il concorrente anche solo della possibilità di conseguire l'aggiudicazione -- assume una diretta ed immediata valenza lesiva della posizione soggettiva di potenziale aggiudicatario, che è comunque giuridicamente tutelata dall'ordinamento almeno sotto il profilo della perdita di “chance”.

E ciò a maggior ragione quando la P.A. non si limita a richiedere un prezzo, ma pone in essere procedure particolarmente onerose per i concorrenti. Nel caso, trattandosi di un intervento di manutenzione straordinaria, il Ministero (anche senza fare un espresso richiamo all'art. 53, I° co. lettera b) del Codice dei Contratti) ha utilizzato in sostanza il modello dell' “appalto integrato”, che come è noto è quello nel quale ogni concorrente offre sia la progettazione esecutiva che l'esecuzione di lavori.

In definitiva - specie quando la P.A. trasferisce integralmente l'onere della progettazione esecutiva sulle imprese partecipanti alla gara - la revoca della gara di appalto antecedentemente alla fase dell'aggiudicazione provvisoria, per motivi attinenti ad una diversa valutazione del pubblico interesse, viola l'interesse pretensivo del concorrente alla conclusione del procedimento e quindi alla potenziale aggiudicazione della gara.

Di qui la piena ammissibilità del ricorso.

\_\_\_ 2. §. Per ragioni di economia espositiva, connesse alla decisione nella medesima Camera di Consiglio di analoghi ricorsi sulle identiche questioni, appare

utile esaminare unitariamente tutti i profili di gravame introduttivo e dell'atto aggiunto.

\_\_\_ 2.1. §. Con il primo motivo si lamenta la violazione dei principi che sorreggono l'esercizio del potere di autotutela ed in particolare:

-- dell'obbligo di adeguata motivazione: essendo del tutto apodittica quella relativa all'opportunità di procedere con una comune operatività con il Ministero per lo sviluppo economico e "Fondazione Valore Italia";

-- dell'inesistenza di concrete ragioni di pubblico interesse conseguente ad un evento sopravvenuto, dato che le circostanze non erano affatto sopravvenute, in quanto fin dal momento dell'indizione della gara, era certo che la sede dell'esposizione sarebbe stata quella del "Palazzo della Civiltà Italiana";

-- del mancato rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale conseguente all'omessa comunicazione dell'avviso di cui all'articolo 7 della legge 241/90 e ad un'adeguata istruttoria con il contributo delle partecipanti (cfr. Consiglio di Stato, Sesta Sezione 26/2007; idem Quinta Sezione n.4263/2008; Tar Lazio Seconda Sezione n. 1901 del 2004);

-- all'assenza di qualsiasi valutazione sull'affidamento della parte privata destinataria del provvedimento, nonostante che l'amministrazione avesse indetto una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 83 del D. Lgs. n. 163/2006 imponendo quindi ai concorrenti di elaborare un progetto esecutivo di particolare importanza ed onerosità;

-- alla mancanza di ogni valutazione seria sull'interesse pubblico relativamente alla nuova dislocazione del "Museo dell'Audiovisivo".

\_\_\_ 2.2. §. Con il secondo motivo si lamenta l'illegittimità del richiamo operato, nella revoca impugnata, alle clausole contenute nel bando all'articolo 18, lettera q) per cui l'amministrazione si riservava "... a suo insindacabile giudizio di non

aggiudicare la gara, di annullarla, revocarla ...” senza dover corrispondere compensi, indennizzi a qualsiasi titolo ai partecipanti.

\_\_\_ 2.3. §. Con il terzo motivo poi specificato con la quarta rubrica si lamenta la violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e dell’obbligo di buona fede, secondo il modello della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante di cui alle disposizioni dell’articolo 1337 c.c. e dell’art. 1338 c.c., relativo all’obbligo di buona fede nella conduzione delle trattative (peraltro più volte affermato anche dalla giurisprudenza: Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2009, n. e 5245, idem A.P. 6/2005) in relazione alla circostanza che, al momento di indizione della gara, il 7 novembre 2007, il Ministero avrebbe già dovuto essere in grado di verificare che il palazzo delle civiltà sarebbe stato destinato a sede dell’esposizione del “Made in Italy”, per cui il 27 novembre 2008, data della comunicazione del Ministero dello Sviluppo Economico al MIBAC appaltante, il procedimento di gara avrebbe dovuto essere sospeso.

Il ministero ha invece portato avanti la gara senza porsi il problema degli affidamenti creati nei concorrenti che finivano per essere gravati di notevoli costi di progettazione per una gara che non avrebbe comunque avuto alcun buon fine, costi che la ricorrente nel punto IV espone analiticamente in tutte le sue voci, per un totale di 267.074,78 euro.

\_\_\_ .3. §. Con l’atto per motivi aggiunti la ricorrente censura gli atti del procedimento, conosciuti solo in seguito al deposito in giudizio degli stessi da parte dell’amministrazione. In particolare la corrispondenza, intercorsa tra i rispettivi Ministri, dimostrerebbe che i contatti tra il titolare del dicastero dello Sviluppo Economico ed il MIBAC risalirebbero al 27 novembre del 2008, per cui fin da quella data si sarebbe potuto sospendere la gara in attesa di ogni definitiva decisione al riguardo. Inoltre in nessun documento sarebbe stato evidenziato quale fosse il “progetto comune” e soprattutto quale elemento dello stesso avrebbe

potuto evidenziare una incompatibilità con quello posto a base della gara di cui si tratta.

\_\_\_ 4.§. Nell'ordine logico delle numerose questioni poste dalla parte ricorrente – e che necessitano di una risposta, partitamente articolata tra la richiesta impugnatoria e l'autonoma domanda risarcitoria, devono essere in primo luogo esaminate quelle relative alla dedotta illegittimità del provvedimento di revoca.

\_\_\_4.1. §. In linea di principio, la possibilità che in materia di appalti la Pubblica Amministrazione possa mutare avviso in funzione del pubblico interesse, deve essere ricondotta all'ordinarietà dell'esercizio stesso del potere. Si deve al riguardo condividere l'antico principio generale per cui le stazioni appaltanti hanno il potere di ritirare gli atti di gara, attraverso gli strumenti della revoca per ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito e dell'annullamento per vizi di legittimità, anche dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente.

La revoca della gara pubblica può dunque ritenersi legittimamente disposta dalla stazione appaltante in presenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882), che siano opportunamente e debitamente esplicitate, che rendano evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa (cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, 30 luglio 2009, n. 228).

E ciò anche quando, in assenza di eventi sopravvenuti, la revoca sopravviene ad una rinnovata e differente successiva valutazione dei medesimi presupposti.

Ritiene al riguardo il Collegio che, in quanto questione strettamente attinente il merito amministrativo, esulino dalla sua opera di giurisdizione, le valutazioni dei Ministri circa l'interesse pubblico all'utilizzazione unitaria del Palazzo delle Civiltà dell'EUR ed all'utilizzo di un ente strumentale.

In tale direzione, anche sul piano della logica e della razionalità delle scelte, il predetto obiettivo strategico – seppure sembri presentare elementi di criticità nelle

sue modalità temporali, organizzative e attuative -non può dirsi facente capo ad un'esigenza oggettivamente del tutto inesistente: il palazzo, emblema di quel neoclassicismo semplificato che evoca l'architettura metafisica, costituisce una costruzione che si sviluppa su ben 8 piani (per un'altezza di 50 metri che arriva a mt. 68 con il basamento) e per un'area estremamente estesa (pari a 8.400 m<sup>2</sup>, e 205.000 m<sup>3</sup>), per cui un intervento unitario potrebbe rivelarsi in linea astratta più coerente rispetto al progetto esteso fino al secondo piano, oggetto della presente revoca.

Analogamente la valutazione circa la necessità, o meno, di mutare la destinazione delle singole parti dell'edificio e circa la eventuale possibilità di salvaguardare, o meno, il progetto in corso, appare un giudizio "di valore" strettamente attinente al merito dell'attività politico-amministrativa.

Pertanto, in relazione alle proporzioni dell'intervento revocato rispetto al totale dell'intervento, non può ritenersi rilevante e decisiva, ai fini della prognosi sulla legittimità della revoca, la eventuale possibilità di variare il progetto dell'intervento in corso, estendendo poi con procedura negoziata l'appalto revocato anche ai lotti successivi (seppure tale possibilità fosse espressamente prevista a pag. 4, sesta alinea della lettera di invito).

Al riguardo, qualunque siano state le reali ragioni dell'Intesa tra Ministri, e della conseguente delegazione di funzioni amministrative alla "Fondazione Valore Italia", non vi sono dubbi che, in un secondo periodo, la medesima sia una stazione appaltante per l'affidamento di tutti i servizi di progettazione per l'esecuzione dei lavori che ad essa sono delegati.

In definitiva, sul piano della valutazione della possibile esistenza degli elementi sintomatici di un vizio funzionale, al di là di ogni suggestione insinuatoria connessa, le censure di difetto di motivazione, dell'impossibilità di realizzare tale mole di lavori per i 150 anni dall'Unità d'Italia, nonché quelle prospettanti

l'inesistenza delle ragioni di interesse pubblico, asserite nell'Intesa tra i Gabinetti, e la presenza di indizi di un eccesso di potere, denunciati dalla parte ricorrente, non pare possano raggiungere quella "massa critica" tale da far ritenere la revoca impugnata viziata da mende tali da giustificare il suo annullamento.

\_\_\_\_ 4.2. §. A tal proposito, sul mero piano formale, deve peraltro escludersi il difetto di motivazione del provvedimento, che contiene l'esauriente elencazione dei precedenti e una puntuale ricognizione delle ragioni di opportunità e di necessità del rispetto delle intese con altri organi ed enti poste a fondamento dell'atto.

\_\_\_\_ 4.3. §. Sempre sul piano formale non può condividere l'affermazione per cui il procedimento di revoca implichi l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di revoca di una gara d'appalto ancora in corso di svolgimento in quanto, in questo caso, nessuno dei partecipanti ha acquisito, in relazione allo stato della procedura, una posizione di vantaggio concreta, e comunque tale da far sorgere, nel contesto del procedimento amministrativo in corso, un interesse qualificato e differenziato e quindi meritevole di tutela attraverso detta comunicazione.

E ciò specie quando, come nel caso in esame, la revoca sia stata determinata da valutazioni tutte interne all'amministrazione, in ordine alle quali nessun reale apporto conoscitivo può essere offerto dalle parti private (cfr. T.A.R. Lazio Latina, 26 gennaio 2006, n. 86).

In altre parole, a differenza dei casi di autoannullamento degli atti di gara per motivi di legittimità degli stessi, nel caso in cui si discute dell'opportunità amministrativa della revoca, i partecipanti alla gara non sono né cointeressati e né controinteressati necessari, per cui per la legittimità del procedimento non è necessario alcun contraddittorio.

\_\_\_\_\_ 4.4. §. Né può condividersi la seconda censura relativa alla dedotta illegittimità – in linea di principio -- delle clausole del bando e della lettera di invito con cui l'amministrazione si riservava "... a suo insindacabile giudizio" la possibilità di adottare atti di ritiro" senza dover corrispondere compensi, indennizzi a qualsiasi titolo ai partecipanti, perché non sarebbe stata specificamente sottoscritta.

Se, infatti, la finalità del procedimento di gara è ordinariamente quella di fornire un pubblico servizio è evidente come il venir meno, ovvero il mutare dell'interesse originariamente perseguito, consente alla stazione appaltante di annullare o revocare i procedimenti di gara.

Per questo, a prescindere dalla questione generale che non appare superata nemmeno dopo l'art. 2, comma 4 del Codice dei Contratti circa l'improprietà o meno dell'utilizzazione di categorie relative al contenuto negoziale in un contesto, quale il procedimento di gara che è minutamente e specialmente disciplinato, si deve concludere che nella specie non si tratta di una previsione riconducibile all'art. 1229 c.c. Tale previsione appare, infatti, estranea al profilo in esame perché il divieto sancito di stipulare patti preventivi di irresponsabilità nei confronti dei terzi danneggiati, trova la sua "ratio" nell'esigenza di non consentire – nel corso dell'esecuzione della prestazione -- la indiretta acquiescenza alla violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico fondamentali per la convivenza sociale.

In altre parole il richiamo a tale clausola di per sé non inficia il provvedimento di revoca ma, come si vedrà meglio anche in seguito, la sua efficacia è limitata alla stipula del contratto o alla scadenza del termine – che coincide con la scadenza della polizza fidjussoria -- che la stessa stazione appaltante si è autoassegnata per concludere il procedimento. Successivamente a tali momenti la causa di esclusione dell'indennizzo deve ritenersi automaticamente decaduta. In conseguenza la

clausola è legittima ma il suo richiamo in sede di revoca “*vitiatur sed non vitiat*” per cui se non vale ad inficiare il provvedimento medesimo, non ha comunque effetti preclusivi delle pretese risarcitorie dei concorrenti.

Anche il secondo motivo va dunque disatteso.

\_\_\_\_\_ 4.5. §. In conseguenza, nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti, il ricorso introduttivo, ed i relativi motivi aggiunti, vanno respinti.

\_\_\_\_\_ 5. §. La ritenuta legittimità della revoca non esaurisce affatto la presente controversia in quanto residua la terza censura.

\_\_\_\_\_ 5.1. §. Come noto, la giurisdizione risarcitoria del Giudice amministrativo sulla responsabilità precontrattuale (così come configurata dal Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6; e poi Cass. Civ., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656) è stata affermata nell'ipotesi in cui l'esercizio del *jus poenitendi* di autoannullamento concerne l'aggiudicazione della procedura di gara.

La responsabilità per la revoca della gara da parte dell'Amministrazione, seppure oggettivamente legittima, si costituisce quando il fine pubblico è tuttavia attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà. In tale scia anche la revoca legittima degli atti della procedura di gara può infatti integrare una responsabilità della pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale nel caso di affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 08 ottobre 2008, n. 4947).

Tale orientamento in sostanza ha operato una scissione fra la legittima determinazione di revocare l'aggiudicazione della gara ed il complessivo tenore del comportamento tenuto dalla medesima Amministrazione nella sua veste di controparte negoziale, non informato alle generali regole di correttezza e buona fede che devono essere osservate dall'Amministrazione anche nella fase

precontrattuale (in tal senso: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6 cit.; Cons. Stato Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; id., Sez. V, 14 marzo 2007, n. 1248).

Le medesime categorie giuridiche ben possono essere estese anche al caso della procedura di gara revocata per motivi di opportunità amministrativa in una fase antecedente alla aggiudicazione provvisoria.

Sulla scia della giurisprudenza più avvertita, il Collegio ritiene infatti che possa configurarsi una responsabilità di carattere precontrattuale in capo all'Amministrazione nelle ipotesi (quale quella oggetto della presente controversia) in cui nel complesso delle circostanze si possa obiettivamente riscontrare il mancato rispetto dei generali canoni di correttezza in contraendo.

In particolare, nel caso in esame, dunque la responsabilità aquiliana ed il danno per colpa in contraendo conseguenti alla mancata conclusione del procedimento ad evidenza pubblica devono essere ricollegati:

-- alla colpevole coeva adozione di scelte oggettivamente contraddittorie da parte del Ministero appaltante, che si sostanziano in intese operative, in spregio sia dei più elementari oneri di programmazione annuale e pluriennale dell'Amministrazione, che delle esigenze di una coerenza e continuità dell'azione amministrativa;

-- agli ingiustificati ritardi di conduzione del procedimento stesso: al bando del 2007 era seguita una stasi durata fino al 3.6.2008, data della comunicazione della ripresa dei termini per la presentazione delle offerte;

– al fatto che la revoca è stata adottata e comunicata ben molto oltre il termine dei 180 giorni che (forse ottimisticamente in relazione alle relative complessità dell'intervento) era previsto al punto g) della lettera di invito quale termine per la scadenza della cauzione provvisoria e quindi per la stipula del contratto;

-- alla evidente mancanza del necessario ed indispensabile flusso di comunicazione tra le strutture di immediata collaborazione ed i vertici dell'amministrazione che avevano in gestione il procedimento;

-- alla mancata comunicazione agli interessati di sopravvenute decisioni, ecc. anche solo al fine di consentire loro di riadeguare le proprie strategie aziendali al possibile esito infruttuoso del procedimento. Come è stato affermato in un caso analogo costituisce una violazione del canone di correttezza, la circostanza che l'amministrazione, non appena venuta a conoscenza della nuova circostanza che può legittimare la revoca, non si sia posta il problema degli affidamenti creati nei concorrenti e non abbia proceduto quanto meno alla immediata motivata sospensione degli atti di gara, in attesa di ogni definitiva decisione al riguardo, soprattutto nel caso in cui i concorrenti abbiano affrontato notevoli spese ed eventualmente perso altre possibilità di guadagno (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6405).

Tutti i predetti elementi integrano un comportamento colposo dell'Amministrazione e fanno concludere che la pur legittima revoca della procedura di gara, è stata attuata in un quadro d'azione i cui dati oggettivi inducono ad una valutazione complessiva contrastante con il dovere di lealtà e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. .

In conclusione, l'inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e di affidamento ha cagionato l'ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle ditte partecipanti alla gara, poi legittimamente revocata, ed ha comportato dunque una responsabilità a titolo precontrattuale in quanto non vi sono dubbi che abbia ingenerato un danno ingiusto del quale appunto viene chiesto il ristoro con il terzo motivo che, nei limiti e negli esaminati profili, è fondato.

\_\_\_\_ 5.2.§. Quanto alla sua quantificazione si deve ricordare, come è noto, che se, in diritto comune, in caso di ordinaria responsabilità precontrattuale ai sensi

dell'art. 1337 cod. civ., il danno deve essere risarcito nei limiti dell'interesse negativo e della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti, nel caso di revoca della procedura non possa farsi un meccanicistico richiamo al predetto principio.

Ciò posto, la ricorrente ha quantificato il danno subito per spese di partecipazione alla procedura in € 267.074,78 oltre alla richiesta di rivalutazione economica ed interessi; mentre nulla ha evidenziato con riferimento alla voce relativa alla perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti.

Per quanto riguarda le spese di partecipazione, il Collegio, considera che la mancata aggiudicazione di una gara d'appalto rappresenta un'evenienza del tutto ordinaria e che rientra nel campo del rischio d'impresa, per cui per il suo ristoro si ritiene di dover ricorrere alla valutazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. .

In ragione di ciò, il Collegio stima equo liquidare alla ricorrente la somma di € 60.000,00, a cui vanno aggiunti gli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza fino all'effettivo soddisfo.

\_\_\_\_ 6.§. Nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti, il ricorso introduttivo ed i relativi motivi aggiunti vanno disattesi mentre la richiesta risarcitoria deve essere accolta nei limiti di cui al punto che precede.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in € 3.000,00 a carico del Ministero. Possono essere compensate con EUR S.p.A. .

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio- Sezione Seconda Quater:

\_\_\_\_ 1. Rigetta il ricorso ed i relativi motivi aggiunti nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti.

\_\_\_\_\_ 2. Accoglie in parte l'istanza di risarcimento dei danni nei sensi, nei modi e nella misura di cui in motivazione.

\_\_\_\_\_ 3. Condanna il Ministero resistente al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate in € 3.000,00, di cui € 1.000,00 per spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Lucia Tosti, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Floriana Rizzetto, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2010

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

IL SEGRETARIO