

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/05/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29414-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-leg>

Autore: Lazzini Sonia

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

Tar Lazio, Roma, 02.04.2010 n. 5621

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.

a differenza dei casi di autoannullamento degli atti di gara per motivi di legittimità, 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 ricorso introduttivo e con i relativi motivi aggiunti, la parte ricorrente, quale mandante di una costituenda ATI che aveva preso parte al procedimento, 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.

Agendo in qualità di titolare di una quota di competenza all'interno del raggruppamento, chiede anche, in calce al ricorso, il risarcimento dei danni subiti (sotto il profilo sia del danno emergente che del lucro cessante), cagionati dall'antigiuridicità dell'azione amministrativa, dalla colpa grave, dall'esistenza di un danno ingiusto e dalla sussistenza di un chiaro nesso di causalità.

Con i motivi aggiunti la ricorrente ha esteso l'impugnativa anche agli atti presupposti del provvedimento di revoca e, con i primi due motivi ha ripreso ed ulteriormente sviluppato le censure già dedotte, aggiungendo la violazione dell'art. 97 della Costituzione, mentre con il terzo, ha dedotto la violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, e degli obblighi di condotta imposti dal rispetto della buona fede nelle trattative negoziali, chiedendo la conseguente condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale. Con il quarto motivo infine ha dedotto la violazione degli artt. 1341 e 1229 c.c. con riferimento alla ritenuta clausola vessatoria di esclusione della responsabilità, che l'amministrazione ha richiamato nell'atto di revoca.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

il partecipante ad una gara d'appalto è titolare di un interesse a che l'attività amministrativa avvenga secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, e che il provvedimento amministrativo diretto ad interrompere, per ragioni di opportunità, lo svolgimento della procedura di gara avviata, seppure non ancora giunta neanche all'aggiudicazione provvisoria, non può qualificarsi come un mero ritiro, in quanto la relativa determinazione priva il concorrente anche solo della possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

La presenza di un'aspettativa qualificata comporta, quindi, 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" o del ristoro del danno per l'impegno economico profuso ai fini della partecipazione.

E ciò vale a maggior ragione quando la P.A. non si limita a richiedere un prezzo, ma pone in essere procedure particolarmente onerose per i concorrenti.

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 del concorrente alla conclusione del procedimento e quindi alla potenziale aggiudicazione della gara.

La ricorrente è dunque titolare di una posizione soggettiva che la legittima a proporre ricorso, ma che, sempre ad avviso della sezione, non ha un rilievo tale da imporne, come si specificherà in seguito, il coinvolgimento nei procedimenti diretti ad interrompere lo svolgimento della gara a causa di un complessivo ripensamento delle modalità atte a meglio soddisfare l'interesse comune all'ottimale sfruttamento di un bene pubblico.

Come è stato già chiarito dalla sezione in un caso riguardante la medesima gara, 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 m², e 205.000 m³), 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.

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.

Sempre sul piano formale non può essere condivisa l'affermazione per cui il procedimento di revoca imponga in ogni caso l'obbligo di comunicarne l'avvio, in special modo laddove si tratti 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.

Tali considerazioni valgono a maggior ragione quando, come nel caso in esame, la revoca sia stata determinata da valutazioni tutte interne a distinte amministrazioni, alcune delle quali subentrando nell'apportare esigenze pubbliche di coordinamento di interventi complessi, implicanti relazioni e bilanciamenti tra interessi che travalicano quello posto a base della gara in corso, determinando una situazione in ordine alla quale nessun reale apporto conoscitivo può essere offerto dalle parti private (cfr. T.A.R. Lazio Latina, 26 gennaio 2006, n. 86).

Per altro verso la revoca della gara in corso non esclude che, nel rinnovamento delle procedure, l'amministrazione possa decidere di avvalersi dei progetti predisposti dalle ditte partecipanti, ove ritenuti compatibili seppure in parte con i nuovi assetti.

In altre parole, a differenza dei casi di autoannullamento degli atti di gara per motivi di legittimità, 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.

Ciò non si pone in contraddizione con quanto in precedenza affermato in merito alla legittimazione a ricorrere, essendo ormai pacifico che le due posizioni soggettive, quella tesa alla partecipazione nell'ambito del procedimento e quella di cui si è titolari nei confronti di un provvedimento ritenuto lesivo e suscettibile di impugnazione si pongono su piani non necessariamente coincidenti e sono tutelati con differenziate gradualità dallo stesso legislatore.

Non appare fondata neanche la 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 pur dovendosi qualificare come vessatoria, non sarebbe stata specificamente sottoscritta e di cui si chiede la disapplicazione.

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 questo motivo va dunque disatteso.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 5621 del 2 aprile 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

N. 05621/2010 REG.SEN.
N. 08440/2009 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 8440 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Soc “Ingegnere Antonio Ricorrente Srl”, in persona del legale rappresentante p.t,
amministratore unico ing. Antonio Ricorrente (in qualità di impresa mandante di
una costituenda A.T.I. con capogruppo mandataria la società “Ricorrente due
Salvatore Impresa di costruzioni s.r.l.”) rappresentata e difesa dagli avv.ti Felice
Laudario e Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi in
Roma, via Alessandro III, 6;

contro

Ministero Per i Beni e Le Attività Culturali, in persona del Ministro in carica, e con
i motivi aggiunti Ministero per lo Sviluppo economico, rappresentati e difesi ex
lege dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati presso gli Uffici della stessa in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

con i motivi aggiunti La “Fondazione Valore Italia” in persona del legale rappresentante, non costituita

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del decreto del 9.6.2009 con il quale il Direttore Generale per i beni Librari e gli Istituti Culturali ha disposto la revoca del D.P.S. del 19.5.2007, nonché la revoca della gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale, funzionale, impiantistico e allestimento locali relativi al Museo dell'Audiovisivo, pubblicato in data 7.11.2007 nella GURI Ed Speciale n. 130;

nonchè con atto di motivi aggiunti depositati in data 11 dicembre 2009 della nota del Ministero per i Beni e le Attività Culturali prot. 5882 del 22.6.2009 di comunicazione del provvedimento, del protocollo d'intesa sottoscritto in data 28.5.2009 tra il Ministero per i Beni e le Attività Culturali ed il Ministero per lo sviluppo Economico, della nota del Ministero per i Beni e Attività Culturali prot. 0023593 dell'11.12.2008;

per l'accertamento del 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;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2010 il dott. Lucia Tosti 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, quale mandante di una costituenda ATI che aveva preso parte al procedimento, 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.

Agendo in qualità di titolare di una quota di competenza all'interno del raggruppamento, chiede anche, in calce al ricorso, il risarcimento dei danni subiti (sotto il profilo sia del danno emergente che del lucro cessante), cagionati dall'antigiuridicità dell'azione amministrativa, dalla colpa grave , dall'esistenza di un danno ingiusto e dalla sussistenza di un chiaro nesso di causalità.

Il ricorso introduttivo è affidato a tre motivi, articolati in varie censure , riassumibili nella violazione degli articoli 4, 7, 21 quinquies e 21 nonies della legge 241/1990 e successive modificazioni e nella prospettazione di figure sintomatiche dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà tra atti, sviamento, nonché per violazione dei principi che regolano il potere di autotutela.

Con i motivi aggiunti la ricorrente ha esteso l'impugnativa anche agli atti presupposti del provvedimento di revoca e, con i primi due motivi ha ripreso ed ulteriormente sviluppato le censure già dedotte, aggiungendo la violazione dell'art. 97 della Costituzione, mentre con il terzo, ha dedotto la violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, e degli obblighi di condotta imposti dal rispetto della buona fede nelle trattative negoziali, chiedendo la conseguente condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale. Con il quarto motivo infine ha dedotto la violazione degli artt. 1341 e 1229 c.c. con riferimento alla ritenuta clausola vessatoria di

esclusione della responsabilità, che l'amministrazione ha richiamato nell'atto di revoca.

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 della "Discoteca di Stato e Museo dell'audiovisivo", museo previsto dalla legge 12 luglio 1999 n.237, cui ha partecipato la mandataria della ricorrente, ditta "Ricorrente due Salvatore Impresa di costruzioni s.r.l." è motivata:

-- con il riferimento ad una rivalutazione dell'interesse pubblico perseguito, la cui opportunità 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 opportunità " di procedere con una comune operatività, in alcune fasi anche progettuali, volta alla ottimizzazione delle risorse pubbliche", ovvero alla gestione ed organizzazione unitaria degli spazi del Palazzo, nel rispetto del suo valore storico e patrimoniale , alle condizioni riportate in uno schema di convenzione, allegato al protocollo di intesa medesimo, intesa diretta a realizzare la completa e complessiva funzionalità del museo , da attuarsi in occasione del 150° anniversario dell'Unità d'Italia attraverso l'attività della "Fondazione Valore

Italia”appositamente costituita per la progettazione e gestione dell’ Esposizione permanente del made in Italy e del design italiano;

-- alla ritenuta inidoneità della procedura di gara bandita del 2007 per la realizzazione del “Museo dell’audiovisivo” rispetto al fine perseguito della piena utilizzabilità del complesso monumentale mediante una gestione comune da parte del Museo e della Fondazione;

-- 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”.

Va premesso che, anche secondo questa Sezione, il partecipante ad una gara d’appalto è titolare di un interesse a che l’attività amministrativa avvenga secondo i canoni dell’imparzialità e del buon andamento, e che il provvedimento amministrativo diretto ad interrompere, per ragioni di opportunità, lo svolgimento della procedura di gara avviata, seppure non ancora giunta neanche all’aggiudicazione provvisoria, non può qualificarsi come un mero ritiro, in quanto la relativa determinazione priva il concorrente anche solo della possibilità di conseguire l’aggiudicazione.

La presenza di un’ aspettativa qualificata comporta, quindi, 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”o del ristoro del danno per l’impegno economico profuso ai fini della partecipazione.

E ciò vale a maggior ragione quando la P.A. non si limita a richiedere un prezzo, ma pone in essere procedure particolarmente onerose per i concorrenti.

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 del concorrente alla conclusione del procedimento e quindi alla potenziale aggiudicazione della gara.

La ricorrente è dunque titolare di una posizione soggettiva che la legittima a proporre ricorso, ma che, sempre ad avviso della sezione, non ha un rilievo tale da imporne, come si specificherà in seguito, il coinvolgimento nei procedimenti diretti ad interrompere lo svolgimento della gara a causa di un complessivo ripensamento delle modalità atte a meglio soddisfare l'interesse comune all'ottimale sfruttamento di un bene pubblico.

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 censura indicati nell'atto introduttivo e nell'atto di motivi aggiunti.

Con i tre motivi del ricorso principale e con i motivi aggiunti depositati dopo aver conosciuto gli atti del procedimento, la ricorrente dopo aver affermato che il provvedimento rappresenterebbe, nella sostanza, il risultato dell'esercizio del potere di autotutela, si duole:

- del mancato rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale conseguente all'omessa comunicazione dell'avviso di cui all'articolo 7 della legge 241/90 e alla mancanza di un'adeguata istruttoria da svolgere con il contributo delle partecipanti, facendo presente che già in passato la gara era stata sospesa per consentire la predisposizione, poi avvenuta, di nuove prescrizioni tecniche da parte del Ministero ;

- del mancato rispetto dell'obbligo, in caso di effettiva revoca, di procedere all'indennizzo;
- dell'inesistenza di concrete ragioni di pubblico interesse alla rimozione dell'atto in un tempo ragionevole e della mancata valutazione previa degli interessi dei destinatari dell'atto di autotutela, tanto più necessaria in quanto si era richiesta nella specie per partecipare alla gara la predisposizione di un progetto esecutivo;
- della mancanza di ogni valutazione seria sull'interesse pubblico relativamente, sia alla nuova dislocazione del "Museo dell'Audiovisivo", sia ad altra gara o affidamento ritenuti più idonei, sia alla copertura finanziaria ;
- della 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, con violazione degli artt. 1341 e 1229 c.c.;
- della 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.

In ogni caso quelle dedotte non potrebbero considerarsi circostanze sopravvenute.

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 chiedere il risarcimento, espone analiticamente in tutte le sue voci, per un totale di 87.356,24 euro.

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.

Come è stato già chiarito dalla sezione in un caso riguardante la medesima gara, 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 m², e 205.000 m³), 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.

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.

Sempre sul piano formale non può essere condivisa l'affermazione per cui il procedimento di revoca imponga in ogni caso l'obbligo di comunicarne l'avvio, in special modo laddove si tratti 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.

Tali considerazioni valgono a maggior ragione quando, come nel caso in esame, la revoca sia stata determinata da valutazioni tutte interne a distinte amministrazioni, alcune delle quali subentrate nell'apportare esigenze pubbliche di coordinamento di interventi complessi, implicanti relazioni e bilanciamenti tra interessi che travalicano quello posto a base della gara in corso, determinando una situazione in ordine alla quale nessun reale apporto conoscitivo può essere offerto dalle parti private (cfr. T.A.R. Lazio Latina, 26 gennaio 2006, n. 86).

Per altro verso la revoca della gara in corso non esclude che, nel rinnovamento delle procedure, l'amministrazione possa decidere di avvalersi dei progetti predisposti dalle ditte partecipanti, ove ritenuti compatibili seppure in parte con i nuovi assetti.

In altre parole, a differenza dei casi di autoannullamento degli atti di gara per motivi di legittimità, 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.

Ciò non si pone in contraddizione con quanto in precedenza affermato in merito alla legittimazione a ricorrere, essendo ormai pacifico che le due posizioni soggettive, quella tesa alla partecipazione nell'ambito del procedimento e quella di cui si è titolari nei confronti di un provvedimento ritenuto lesivo e suscettibile di impugnazione si pongono su piani non necessariamente coincidenti e sono tutelati con differenziate gradualità dallo stesso legislatore.

Non appare fondata neanche la 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 pur dovendosi qualificare come vessatoria, non sarebbe stata specificamente sottoscritta e di cui si chiede la disapplicazione.

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 questo motivo va dunque disatteso.

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.

La ritenuta legittimità della revoca non esaurisce affatto la presente controversia in quanto residua la censura con cui si chiede il risarcimento del danno, svolta in calce al ricorso principale e ripresa con ampie argomentazioni nei motivi aggiunti.

Come è 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 non ancora conclusa da parte dell'Amministrazione, seppure formalmente legittima, può ritenersi tuttavia configurabile quando il fine pubblico è 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 seppure 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 culpa 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 alla relativa 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, che ha determinato uno sfasamento tra azioni dirette alla gestione dello stesso bene;

- alla mancata comunicazione agli interessati della possibilità, in via di maturazione, di una diversa realizzazione di interessi pubblici in parte interferenti con l'oggetto della gara, 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 del nuovo assetto degli interessi in via di maturazione idoneo a legittimare una futura 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 il 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 che, nei limiti e negli esaminati profili, è fondato.

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 € 87.356,24, 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.

Nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti, il ricorso introduttivo ed i relativi motivi aggiunti vanno quindi 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.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio- Sezione Seconda Quater, rigetta il ricorso ed i relativi motivi aggiunti nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti. Accoglie in parte l'istanza di risarcimento dei danni nei sensi, nei modi e nella misura di cui in motivazione.

Condanna il Ministero resistente al pagamento delle spese ed onorari 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, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

Floriana Rizzetto, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/04/2010

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

IL SEGRETARIO