

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29554-le-argomentazioni-svolte-dalla-difesa-istante-non-possono-essere-condivise-in-quanto-la-determinazione-di-non-procedere-all-aggiudicazione-definitiva-e-quindi-di-annullare-l-intera-procedura-di-g>

Autore: Lazzini Sonia

**Le argomentazioni svolte dalla difesa istante non possono essere condivise, in quanto la determinazione di non procedere all'aggiudicazione definitiva e quindi di annullare l'intera procedura di gara è stata assunta correttamente, nel rispetto dei princip**

**Tar Veneto, Venezia, 20.04.2010 n. 1453**

***Le argomentazioni svolte dalla difesa istante non possono essere condivise, in quanto la determinazione di non procedere all'aggiudicazione definitiva e quindi di annullare l'intera procedura di gara è stata assunta correttamente, nel rispetto dei principi vigenti in materia di revoca degli atti amministrativi.***

E' necessario osservare preliminarmente come l'aggiudicazione provvisoria costituisca un atto endoprocedimentale, a carattere non definitivo, che non impegna l'amministrazione che da bandito la gara, la quale è comunque tenuta ad effettuare un'ulteriore valutazione di opportunità e convenienza a concludere il procedimento di gara ed affidare la gestione dei lavori di realizzazione delle opere programmate (in questo caso all'ATI ricorrente).

Al momento di procedere all'approvazione definitiva dell'aggiudicazione, l'amministrazione deve pertanto non solo attestare la regolarità della procedura, ma deve effettuare anche un'attività di verifica circa la persistenza dell'opportunità e della convenienza, nel quadro dell'interesse pubblico, alla definizione della procedura con l'aggiudicazione finale della gara. Viene quindi operata un'ulteriore valutazione, con la quale sono svolte nuove ed autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria, a fronte delle quali il soggetto aggiudicatario, soltanto in via provvisoria, ha una posizione non ancora consolidata, che può essere sacrificata al fine del perseguimento dell'interesse pubblico. Sulla scorta del dettato normativo, così come introdotto a seguito della modifica apportata alla legge n. 241/90 dalla legge n. 15/2005, le condizioni per il legittimo esercizio del potere di autotutela non sono quindi più limitate alla sola ipotesi in cui siano sopravvenuti nuovi motivi di interesse pubblico o mutamenti della situazione di fatto, potendo tale potere essere legittimamente esercitato anche nell'eventualità di una rinnovata e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario.

Alla luce dei richiamati principi generali, nel caso di specie, le valutazioni operate dall'amministrazione comunale a sostegno della decisione di non aggiudicare in via definitiva la gara e di revocare tutti gli atti ad essa correlati, appaiono del tutto idonee ed adeguate a supportare la deliberazione assunta.

Appare opportuno richiamare le argomentazioni dedotte dall'amministrazione comunale nella delibera con la quale è stato dato avvio al procedimento per la revoca della procedura di project financing (delibera G.C. n. 17 del 14.10.2006), argomentazioni successivamente confermate in occasione della delibera conclusiva del procedimento (delibera G.C. n. 13 del 17.2.2007).

Già nella prima delibera l'amministrazione aveva evidenziato il punto nodale della questione, ossia l'entità del costo finale da applicare ai loculi, il quale nell'arco della durata trentennale della concessione avrebbe raggiunto valori eccessivi per i cittadini che ne avessero fatto richiesta.

A tale riguardo è stato puntualmente evidenziato come l'attuale costo dei loculi costruiti dal Comune è pari ad € 1265,32 cadauno, mentre in base a quanto risulta dal progetto di finanza "...il prezzo medio di vendita dei loculi sarà pari ad € 2750,00 sin dalla fase iniziale e lo stesso viene incrementato nel corso degli anni e sino al termine della concessione, raggiungendo un prezzo finale nell'ultimo anno (30°) pari ad € 4827,90 con una spesa eccessivamente gravosa a carico della comunità".

A questa oggettiva considerazione si è poi aggiunta l'ulteriore valutazione di convenienza della convenzione con riferimento a quanto previsto all'art. 22 della stessa, che in ordine ai termini del finanziamento prevede una serie di meccanismi di aggiustamento finalizzati a garantire gli introiti finali del concessionario (in caso di riduzione superiore al 10%, il Comune si impegna a versare al concessionario una somma pari alla differenza tra il 90% dei ricavi previsti nel corso dell'anno e i ricavi effettivamente verificatisi).

A tale riguardo le obiezioni sollevate dal Comune in merito alla convenienza economica dell'affidamento in concessione sono state puntualmente esternate dalla Giunta, la quale ha evidenziato come "Questa disposizione se da un lato garantisce introiti del Concessionario, dall'altro pone a carico del Comune comunque degli oneri che nel corso degli anni potrebbero risultare non solo

eccessivamente onerosi per i bilanci del Comune, ma soprattutto perché tali oneri da determinarsi annualmente fine esercizio, costituirebbero debiti fuori bilancio...”.

Le considerazioni così anticipate nella delibera di avvio del procedimento sono poi state ribadite nella delibera finale, nella quale la Giunta ha ulteriormente motivato la propria scelta di revocare la procedura con riferimento al perseguimento di un diverso disegno organizzativo che, rivedendo tutta l'impostazione relativa alle opere da realizzare, prevede un ridimensionamento dell'importo complessivo dell'opera e la modifica della forma di finanziamento da adottare per la sua realizzazione (da coprire con mutuo, anziché con capitali privati).

Tali considerazioni si giustificano quindi con la volontà di contenere il costo dei loculi a favore della collettività, la cui gestione rimane quindi in mano allo stesso Comune, così evitando l'eventuale sopportazione di ulteriori oneri per le casse comunali.

Orbene, non può non essere rilevata la coerenza e la correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione a sostegno della decisione di revocare l'aggiudicazione e di non dare corso al progetto di finanziamento, così come presentato, soprattutto in termini economici nell'arco del trentennio della concessione, dall'ATI ricorrente.

Simili valutazioni ben si raccordano con i presupposti indicati dall'art. 21 quinquies per procedere legittimamente alla revoca dei provvedimenti amministrativi, essendo stato diversamente valutato l'interesse pubblico originario.

A seguito di una rinnovata valutazione dello stesso, l'amministrazione ha ritenuto per un verso di dover contenere il prezzo di vendita dei loculi ai cittadini, soprattutto nel corso degli anni, evitando l'incremento dello stesso così come previsto in convenzione, per altro verso ha ritenuto di poter rivedere l'intero progetto, contenendo gli oneri a carico del bilancio comunale sia in termini di possibile formazione di debiti fuori bilancio derivanti da aggravii dovuti alla necessità di compensare la riduzione di introiti del concessionario, sia in termini più generali di ridimensionamento degli interventi da realizzare e la gestione diretta da parte dell'amministrazione comunale, attraverso il finanziamento derivante dall'accensione di un mutuo.

Tali considerazioni sono idonee e sufficienti a reggere la decisione di revoca, né può essere condiviso l'assunto difensivo di parte ricorrente che, facendo riferimento al contenuto articolato della proposta di progetto, ha evidenziato come l'amministrazione non abbia tenuto in debito conto le alternative proposte proprio a correttivo degli eventuali oneri (modifica del cronoprogramma e proroga della concessione).

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1453 del 20 aprile 2010 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

**N. 01453/2010 REG.SEN.  
N. 00935/2007 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 Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 935 del 2007, proposto da:  
Ricorrente Costruzioni di Ricorrente Silvia e Panetto Fabio Snc in proprio e quale  
capogruppo e mandataria dell'ATI tra la stessa società ed i signori \*\*\*\*\*

***contro***

Comune di Boara Pisani - (Pd), rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Ballo, con  
domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione ai sensi dell'art. 35 del R.D.  
26.6.1924, n. 1054;

***per l'annullamento***

della deliberazione di Giunta n. 17. del 14.10.2006, avente ad oggetto "avvio del  
procedimento per l'emanazione del provvedimento di non approvazione  
dell'aggiudicazione definitiva del progetto di finanza per l'affidamento dei lavori di  
completamento loculi ed ossari, nonché sistemazione viabilità interna e gestione  
concessioni del cimitero comunale" e relativa nota di comunicazione; della  
deliberazione di Giunta n. 13 del 17.2.2007, di conclusione del procedimento;  
ovvero, in via subordinata, per l'accertamento del diritto all'indennizzo ex art. 21  
quinquies L. n. 241/90, nonché della responsabilità precontrattuale in capo  
all'Amministrazione ex art. 1337 c.c. e del conseguente diritto dell'ATI al  
risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Boara Pisani - (Pd);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2010 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi l'avv.to Pellicani per la parte ricorrente e l'avv.to Ballo per il Comune di Boara Pisani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Nell'ambito dell'attuazione del programma triennale delle opere pubbliche da realizzare, così come adottato con delibera di Giunta n. 59 del 21.10.2004, successivamente approvato con delibera consiliare n. 9 del 18.2.2005, il Comune di Boara Pisani includeva l'intervento consistente nel "completamento loculi ed ossari, nonché sistemazione viabilità interna e gestione del cimitero comunale".

Per dare corso alla realizzazione dell'opera pubblica così programmata, l'amministrazione comunale procedeva alla pubblicazione dell'avviso indicativo di project financing, avente come obiettivo la ricerca di soggetti privati promotori di proposte per la sua realizzazione.

La proposta dei soggetti promotori avrebbe dovuto contemplare la "realizzazione di nuovi loculi e nuovi ossari necessari ad attivare il corretto ciclo di rotazione delle salme (media decessi pari a 25/anno), ristrutturazione di loculi ed ossari esistenti, realizzazione di opere di adeguamento degli impianti tecnologici alla normative vigenti, realizzazione di opere di pavimentazione ed arredo interno-esterno, gestione tecnica, manutentiva ed amministrativa del cimitero con esclusione della gestione lampade votive e cappelle gentilizie".

La ricorrente ATI, all'epoca ancora in fase di costituzione, presentava al Comune una proposta di project financing, la quale veniva successivamente ritenuta funzionale ed idonea sotto il profilo qualitativo, così da essere dichiarata di pubblica utilità.

Veniva quindi avviata la licitazione privata ex art. 37 quater della legge n. 109/94, al fine di individuare i soggetti da ammettere alla successiva procedura negoziata.

La gara tuttavia andava deserta, per cui l'amministrazione comunale si determinava, ai sensi dell'art. 155, secondo comma del D.lgs. n. 163/06, al fine di procedere all'aggiudicazione di concessione a favore del proponente.

Seguiva l'aggiudicazione provvisoria, di cui alla determinazione dirigenziale n. 47 del 3.8.2006, a favore dell'ATI ricorrente.

Tuttavia, con successiva deliberazione della Giunta Comunale n. 17 del 14.10.2006, l'amministrazione dava avvio al procedimento per il diniego dell'approvazione dell'aggiudicazione definitiva, stante l'esorbitanza dei costi del servizio a carico della collettività e dell'ente comunale, sospendendo tutti i procedimenti appropriativi e revocando tutti i precedenti atti.

La decisione così assunta veniva quindi comunicata all'ATI il successivo 23 ottobre 2006.

Infine, l'amministrazione provvedeva con deliberazione di Giunta n. 13 del 17 febbraio 2007 a formalizzare il diniego di aggiudicazione definitiva, con revoca ed annullamento di tutto il procedimento di gara, del relativo atto di aggiudicazione provvisoria del progetto di finanza e di ogni altro atto connesso.

Contro gli atti così posti in essere dal Comune di Boara Pisani è quindi insorto l'ATI ricorrente con il presente gravame, mediante il quale sono state formulate le seguenti richieste, poste in rapporto subordinato/alternativo fra di loro:

A) annullamento in quanto illegittimo, per i motivi denunciati, del provvedimento di revoca adottato dall'amministrazione comunale, con conseguente obbligo per la resistente di rideterminarsi, ove possibile, o di risarcire il danno patito per equivalente;

B) riconoscimento del diritto alla corresponsione dell'indennizzo ex art. 21 quinquies della L. n. 241/90, nell'ipotesi in cui venisse riconosciuta la legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e dell'intero procedimento;

C) riconoscimento, in aggiunta alla corresponsione dell'indennizzo, del diritto al risarcimento dei danni subiti per responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ex art. 1337 c.c.

A sostegno della denunciata illegittimità del provvedimento di revoca del project financing, parte istante ha dedotto i seguenti vizi di legittimità:

Eccesso di potere, in quanto il provvedimento di revoca risulta fondato su falsi presupposti ed è privo di idonea motivazione.

Violazione dell'art. 21-quinquies l. n. 241/90, in quanto, trattandosi di provvedimento di secondo grado, volto a rimuovere ogni effetto di quello in precedenza posto in essere dall'amministrazione, avrebbero dovuto essere ponderati tutti i contenuti del provvedimento revocato in contrapposizione a tutti gli opposti interessi in gioco, bilanciando adeguatamente i fattori che risultavano favorevoli alla conservazione dell'atto e quelli invece favorevoli al suo ritiro.

Incompetenza; violazione dell'art. 42 del D.lgs. n. 267/2000; violazione dell'art. 10 dello Statuto comunale; difetto di motivazione.

La nuova amministrazione comunale, recentemente insediatasi, ha stravolto le precedenti determinazioni assunte dalla passata amministrazione, ritenendo di procedere al ridimensionamento dell'opera e di ricorrere al finanziamento della stessa mediante accensione di un mutuo, anziché ricorrere a capitali privati.

Detto nuovo orientamento ha completamente stravolto le scelte di bilancio assunte dal Consiglio Comunale, con ciò prevaricando competenze spettanti all'organo consiliare.

Con riferimento alla richiesta, in via subordinata, di corresponsione dell'indennizzo ex art. 21-quinquies, nonché del risarcimento dei danni ex art. 1337 c.c., la difesa

istante ritiene che per il primo profilo il Comune dovrà essere condannato a versare una somma corrispondente a quella dichiarata dall'ATI nella proposta di project financing, già formalmente accettata dall'amministrazione ex art. 37 della L. n. 109/94.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, parte ricorrente evidenzia il comportamento tenuto dall'amministrazione, che ha ingenerato l'affidamento del ricorrente nel buon fine dell'operazione, portandolo a sopportare i costi per l'elaborazione del progetto ed a rinunciare ad altre opportunità di affidamenti, pur sapendo di non avere intenzione di giungere alla definizione della procedura.

L'amministrazione intimata si costituiva in giudizio, contestando tutte le argomentazioni difensive di parte ricorrente.

In modo particolare, il Comune ribadiva la legittimità della scelta di revocare l'aggiudicazione provvisoria, a fronte della diversa valutazione della situazione di fatto e delle diverse soluzioni individuate, revoca del tutto legittima e conforme al dettato normativo di cui all'art. 21quinquies, in base al quale, trattandosi di revoca di un atto non definitivo e quindi non ad efficacia durevole, quale è l'aggiudicazione provvisoria, non sussistono i presupposti per la corresponsione dell'indennizzo, preteso in via subordinata dalla ricorrente.

Né è possibile rilevare una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, essendosi questa tempestivamente attivata, comunicando l'intenzione di procedere alla revoca e quindi della volontà di non aggiudicare la gara all'ATI in via definitiva, esternando adeguate e sufficienti motivazioni in merito alla decisione presa.

Peraltro, sottolinea la difesa del Comune, era stata comunque offerta alla ricorrente la possibilità di conseguire una somma a ristoro delle spese sostenute per l'elaborazione del progetto, offerta che tuttavia non è stata accettata dalla ricorrente, che ha preferito adire le vie giudiziarie.



All'udienza del 18 febbraio 2010, udite le conclusioni dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Con il ricorso in esame e per i motivi in esso dedotti parte istante denuncia l'illegittimità della deliberazione con la quale la Giunta Comunale di Boara Pisani ha ritenuto di procedere alla revoca ed all'annullamento di tutto il procedimento di gara e relativa aggiudicazione provvisoria del progetto di finanza presentato dall'ATI ricorrente per la realizzazione di una serie articolata di interventi all'interno del cimitero comunale e relativa gestione.

Seguendo l'impostazione del ricorso, il Collegio valuterà, in primo luogo, la fondatezza della richiesta di annullamento della delibera impugnata, con tutte le conseguenze a ciò connesse in termini di risarcimento del danno subito, per procedere in via subordinata alla valutazione della fondatezza della richiesta di corresponsione di indennizzo ex art. 21-quinquies, nell'ipotesi in cui la revoca dovesse essere considerata legittima, nonché dell'eventuale spettanza del risarcimento del danno patito per il comportamento tenuto dall'amministrazione nella fase precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Ciò premesso, il Collegio ritiene il ricorso infondato per quanto riguarda la dedotta illegittimità del provvedimento di revoca, illegittimità denunciata sotto diversi profili dalla difesa istante, la quale ha mirato ad evidenziare l'insufficienza delle valutazioni operate dall'amministrazione comunale a sostegno del diverso orientamento che l'ha indotta a non proseguire nella direzione inizialmente intrapresa (quella del progetto di finanza), preferendo assumere la gestione diretta degli interventi da realizzare, ridimensionando il progetto iniziale e ricorrendo al finanziamento mediante mutuo e non attraverso l'apporto di capitali privati.

In particolare, parte istante ritiene che le ragioni addotte a sostegno della revoca si siano fondate su presupposti errati, non avendo l'amministrazione ben ponderato

la proposta presentata dall'ATI e le soluzioni alternative da questo formulate proprio in ordine all'onere economico del progetto.

Le argomentazioni svolte dalla difesa istante non possono essere condivise, in quanto la determinazione di non procedere all'aggiudicazione definitiva e quindi di annullare l'intera procedura di gara è stata assunta correttamente, nel rispetto dei principi vigenti in materia di revoca degli atti amministrativi.

E' necessario osservare preliminarmente come l'aggiudicazione provvisoria costituisca un atto endoprocedimentale, a carattere non definitivo, che non impegna l'amministrazione che ha bandito la gara, la quale è comunque tenuta ad effettuare un'ulteriore valutazione di opportunità e convenienza a concludere il procedimento di gara ed affidare la gestione dei lavori di realizzazione delle opere programmate (in questo caso all'ATI ricorrente).

Al momento di procedere all'approvazione definitiva dell'aggiudicazione, l'amministrazione deve pertanto non solo attestare la regolarità della procedura, ma deve effettuare anche un'attività di verifica circa la persistenza dell'opportunità e della convenienza, nel quadro dell'interesse pubblico, alla definizione della procedura con l'aggiudicazione finale della gara.

Viene quindi operata un'ulteriore valutazione, con la quale sono svolte nuove ed autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria, a fronte delle quali il soggetto aggiudicatario, soltanto in via provvisoria, ha una posizione non ancora consolidata, che può essere sacrificata al fine del perseguimento dell'interesse pubblico.

Sulla scorta del dettato normativo, così come introdotto a seguito della modifica apportata alla legge n. 241/90 dalla legge n. 15/2005, le condizioni per il legittimo esercizio del potere di autotutela non sono quindi più limitate alla sola ipotesi in cui siano sopravvenuti nuovi motivi di interesse pubblico o mutamenti della situazione di fatto, potendo tale potere essere legittimamente esercitato anche

nell'eventualità di una rinnovata e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario.

Alla luce dei richiamati principi generali, nel caso di specie, le valutazioni operate dall'amministrazione comunale a sostegno della decisione di non aggiudicare in via definitiva la gara e di revocare tutti gli atti ad essa correlati, appaiono del tutto idonee ed adeguate a supportare la deliberazione assunta.

Appare opportuno richiamare le argomentazioni dedotte dall'amministrazione comunale nella delibera con la quale è stato dato avvio al procedimento per la revoca della procedura di project financing (delibera G.C. n. 17 del 14.10.2006), argomentazioni successivamente confermate in occasione della delibera conclusiva del procedimento (delibera G.C. n. 13 del 17.2.2007).

Già nella prima delibera l'amministrazione aveva evidenziato il punto nodale della questione, ossia l'entità del costo finale da applicare ai loculi, il quale nell'arco della durata trentennale della concessione avrebbe raggiunto valori eccessivi per i cittadini che ne avessero fatto richiesta.

A tale riguardo è stato puntualmente evidenziato come l'attuale costo dei loculi costruiti dal Comune è pari ad € 1265,32 cadauno, mentre in base a quanto risulta dal progetto di finanza "...il prezzo medio di vendita dei loculi sarà pari ad € 2750,00 sin dalla fase iniziale e lo stesso viene incrementato nel corso degli anni e sino al termine della concessione, raggiungendo un prezzo finale nell'ultimo anno (30°) pari ad € 4827,90 con una spesa eccessivamente gravosa a carico della comunità".

A questa oggettiva considerazione si è poi aggiunta l'ulteriore valutazione di convenienza della convenzione con riferimento a quanto previsto all'art. 22 della stessa, che in ordine ai termini del finanziamento prevede una serie di meccanismi di aggiustamento finalizzati a garantire gli introiti finali del concessionario (in caso di riduzione superiore al 10%, il Comune si impegna a versare al concessionario

una somma pari alla differenza tra il 90% dei ricavi previsti nel corso dell'anno e i ricavi effettivamente verificatisi).

A tale riguardo le obiezioni sollevate dal Comune in merito alla convenienza economica dell'affidamento in concessione sono state puntualmente esternate dalla Giunta, la quale ha evidenziato come "Questa disposizione se da un lato garantisce introiti del Concessionario, dall'altro pone a carico del Comune comunque degli oneri che nel corso degli anni potrebbero risultare non solo eccessivamente onerosi per i bilanci del Comune, ma soprattutto perché tali oneri da determinarsi annualmente fine esercizio, costituirebbero debiti fuori bilancio...".

Le considerazioni così anticipate nella delibera di avvio del procedimento sono poi state ribadite nella delibera finale, nella quale la Giunta ha ulteriormente motivato la propria scelta di revocare la procedura con riferimento al perseguimento di un diverso disegno organizzativo che, rivedendo tutta l'impostazione relativa alle opere da realizzare, prevede un ridimensionamento dell'importo complessivo dell'opera e la modifica della forma di finanziamento da adottare per la sua realizzazione (da coprire con mutuo, anziché con capitali privati).

Tali considerazioni si giustificano quindi con la volontà di contenere il costo dei loculi a favore della collettività, la cui gestione rimane quindi in mano allo stesso Comune, così evitando l'eventuale sopportazione di ulteriori oneri per le casse comunali.

Orbene, non può non essere rilevata la coerenza e la correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione a sostegno della decisione di revocare l'aggiudicazione e di non dare corso al progetto di finanziamento, così come presentato, soprattutto in termini economici nell'arco del trentennio della concessione, dall'ATI ricorrente.

Simili valutazioni ben si raccordano con i presupposti indicati dall'art. 21 quinquies per procedere legittimamente alla revoca dei provvedimenti amministrativi, essendo stato diversamente valutato l'interesse pubblico originario.

A seguito di una rinnovata valutazione dello stesso, l'amministrazione ha ritenuto per un verso di dover contenere il prezzo di vendita dei loculi ai cittadini, soprattutto nel corso degli anni, evitando l'incremento dello stesso così come previsto in convenzione, per altro verso ha ritenuto di poter rivedere l'intero progetto, contenendo gli oneri a carico del bilancio comunale sia in termini di possibile formazione di debiti fuori bilancio derivanti da aggravii dovuti alla necessità di compensare la riduzione di introiti del concessionario, sia in termini più generali di ridimensionamento degli interventi da realizzare e la gestione diretta da parte dell'amministrazione comunale, attraverso il finanziamento derivante dall'accensione di un mutuo.

Tali considerazioni sono idonee e sufficienti a reggere la decisione di revoca, né può essere condiviso l'assunto difensivo di parte ricorrente che, facendo riferimento al contenuto articolato della proposta di progetto, ha evidenziato come l'amministrazione non abbia tenuto in debito conto le alternative proposte proprio a correttivo degli eventuali oneri (modifica del cronoprogramma e proroga della concessione).

A tale riguardo basti osservare come la decisione assunta dal Comune e le motivazioni ad essa sottese superino in toto la proposta progettuale dell'ATI ricorrente, perseguendo un disegno organizzativo (con le relative implicazioni economiche) che di per sé, per propria impostazione, esclude la soluzione della finanza di progetto e dell'affidamento in concessione a terzi, affidando l'intera gestione degli interventi all'interno del cimitero e della vendita dei loculi alla stessa amministrazione, grazie alla diversa forma di finanziamento prescelta.

Va quindi respinta la prima richiesta di parte ricorrente di annullamento degli atti impugnati e contestuale risarcimento del danno, fondata sulla dedotta illegittimità del provvedimento di revoca.

Resta quindi da valutare la fondatezza delle richieste formulate in via subordinata, laddove fosse stata ritenuta la legittimità della revoca, al fine dell'accertamento del diritto alla corresponsione dell'indennizzo, ai sensi dell'art. 21 quinquies, nonché del risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. Ritiene il Collegio che entrambe le richieste non possano trovare accoglimento.

Quanto alla corresponsione dell'indennizzo, a tale richiesta si oppone la natura di atto non durevole dell'atto revocato, quale è l'aggiudicazione provvisoria.

Come in precedenza osservato, l'aggiudicazione provvisoria è impegnativa solo nei confronti dell'aggiudicatario, non anche nei confronti dell'amministrazione che ha bandito la gara, la quale è tenuta a svolgere un'ulteriore valutazione di opportunità e convenienza, nel quadro dell'interesse pubblico, alla conferma delle risultanze della gara.

L'aggiudicazione provvisoria è quindi “un atto ad effetti instabili, del tutto interinali, a fronte del quale non possono configurarsi posizioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario. In attesa dell'aggiudicazione definitiva e del concreto inizio del servizio non vi è alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente che possa postulare il riferimento in sede di revoca dell'aggiudicazione ad un interesse pubblico giustificativo del sacrificio del privato e l'Amministrazione ha altresì il potere di provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione” (T.A.R. Lazio, Roma, II, n. 10991/2009; T.A.R. Campania, Napoli, n. 10735/2008).

Poiché, quindi, l'indennizzo, in caso di revoca di atti legittimi, può essere corrisposto soltanto in caso di ritiro di provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole e non anche nell'ipotesi di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali,

quale è l'aggiudicazione provvisoria, la richiesta in tale senso formulata dalla ricorrente non può trovare accoglimento (cfr. ex multis, T.A.R. Sardegna, Cagliari, I, n. 976/2009; T.A.R. Lazio, Roma, II, n. 3479/2009; T.A.R. Valle d'Aosta, n. 174/2007).

Infine, va esaminata la richiesta di risarcimento danni presentata da parte ricorrente con riguardo all'affidamento ingenerato dall'amministrazione nella positiva conclusione del procedimento e quindi dell'affidamento della concessione, comportamento che darebbe luogo alla responsabilità precontrattuale del Comune ai sensi dell'art. 1337 c.c., per mancata osservanza delle regole di correttezza e buona fede nelle trattative.

La pretesa avanzata dalla ricorrente non appare meritevole di accoglimento, tenuto conto delle ragioni in base alle quali è stata assunta la decisione di revoca nonché del comportamento tenuto dall'amministrazione.

Depongono in tal senso una serie di considerazioni.

In primo luogo, tra l'aggiudicazione provvisoria e la sua successiva revoca non è intercorso un considerevole lasso di tempo, tale da far maturare nel ricorrente un consolidato affidamento nella conferma dell'affidamento della concessione.

A tale riguardo infatti, dopo l'aggiudicazione provvisoria, intervenuta nell'agosto del 2006, già nel mese di ottobre dello stesso anno (quindi a soli due mesi di distanza), l'amministrazione aveva provveduto a dare comunicazione di avvio del procedimento, esternando sin da tale momento le ragioni della volontà di annullare tutto il procedimento e di revocare l'aggiudicazione provvisoria.

Nelle more dell'adozione della delibera definitiva (assunta il successivo mese di febbraio 2007) l'amministrazione non risulta aver assunto comportamenti contraddittori, mentre, come già ampiamente osservato, risultavano già adeguatamente esternate nella delibera dell'ottobre 2006 le ragioni poste a

fondamento della volontà di revoca, basate su una diversa valutazione dell'interesse pubblico originario e non su di un'erronea valutazione dello stesso.

Non sono ravvisabili quindi profili di colpevolezza nel comportamento tenuto dall'amministrazione comunale, neppure con riferimento alla denunciata assunzione della definitiva decisione di non dare corso all'espletata procedura di project financing, risalente al 23 ottobre 2006, ovvero alla determinazione di dare avvio al procedimento per l'affidamento dei lavori per l'esecuzione degli interventi (approvazione del progetto definitivo-esecutivo risalente al 7 febbraio 2007), prima della delibera impugnata, portante la data del 17 febbraio 2007.

Tali deliberazioni, in realtà, sono state assunte successivamente alla decisione di dare avvio al procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, riconducibile alla delibera del 14 ottobre 2006, debitamente comunicata all'interessata il successivo 23 ottobre.

In ogni caso, vale la pena di sottolineare come, proprio in merito al comportamento tenuto dall'amministrazione nella fase precontrattuale, anche secondo i principi normalmente applicabili in ambito strettamente civilistico, rientri nell'ambito dei reciproci rapporti fra futuri possibili contraenti addivenire ad un accordo definitivo solo in presenza delle condizioni di reciproca convenienza, circostanza che, come ampiamente argomentato in precedenza, nel caso in esame non si è verificata.

E' quindi da escludere, sia sotto il profilo del dolo che della colpa, ogni responsabilità a carico dell'amministrazione per la mancata aggiudicazione, non potendosi alla stessa addebitare i costi sostenuti per la predisposizione del progetto e/o la perdita di altre occasioni di guadagno (peraltro circostanza non comprovata da parte istante), in quanto trattasi di normale fase prodromica alla futura nonché eventuale conclusione dell'accordo, durante la quale non vi è alcuna certezza nella positiva conclusione delle trattative.



In conclusione, alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, il ricorso va respinto.

La particolarità della fattispecie induce a disporre in ogni caso l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Prima Sezione, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, lo respinge.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Fulvio Rocco, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2010

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

IL SEGRETARIO