

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/05/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29558-se-la-legittimit-della-revoca-esclude-il-risarcimento-da-atto-illegittimo-deve-per-affermarsi-il-diritto-al-risarcimento-per-responsabilit-precontrattuale>

Autore: Lazzini Sonia

**Se la legittimità della revoca esclude il risarcimento da atto illegittimo, deve però affermarsi il diritto al risarcimento per responsabilità precontrattuale**

Tar Lazio, Roma, 20.04.2010 n. 7651\_BIS

***Se la legittimità della revoca esclude il risarcimento da atto illegittimo, deve però affermarsi il diritto al risarcimento per responsabilità precontrattuale.***

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.

La ritenuta legittimità della revoca non esaurisce affatto la presente controversia in quanto deve, a questo punto, essere disattesa anche la richiesta di indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n° 241 del 1990 (introdotto dalla legge n. 15 del 2005). Come è noto, la predetta disposizione prevede che il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole possa, previo indennizzo, essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto; o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Il bando di gara, però, non rientra “tra i provvedimenti amministrativi a efficacia durevole”, per i quali l'art. 21-quinquies, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241, prevede l'obbligo di provvedere all'indennizzo dei soggetti direttamente interessati quale ristoro dei pregiudizi provocati dalla revoca (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 24 marzo 2009, n. 3063). L'indennità non è quindi mai dovuta quando il provvedimento di revoca sia adottato prima della stipula del contratto (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 09 marzo 2009, n. 2372).

Quanto alla richiesta risarcitoria concernente nella specie gli oneri di partecipazione e la progettazione, si osserva quanto segue. 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 danno 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. 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. 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 il complesso delle circostanze dimostri il mancato rispetto dei generali canoni di correttezza “in contraendo”.

In definitiva, quando la P.A. revoca una gara di appalto antecedentemente alla fase dell'aggiudicazione provvisoria per motivi attinenti ad una diversa valutazione del pubblico interesse, devono ricorrere comportamenti contrari al principio dell'affidamento.

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 particolare gravosità per le imprese partecipanti, degli oneri della gara, che nel caso in esame concernevano l'integrale progettazione esecutiva;

-- 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;

-- 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. .

L'inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e di buona amministrazione 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 causato un danno ingiusto del quale appunto viene chiesto il ristoro con il terzo motivo.

In definitiva sul punto, se la legittimità della revoca esclude il risarcimento da atto illegittimo, deve però affermarsi il diritto al risarcimento per responsabilità precontrattuale.

Ciò posto, la ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno subito per le spese di partecipazione alla procedura 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.

\_\_\_ 5.§. Nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti e di indennizzo ex art.21 quinquies L. n.241/1990, il ricorso introduttivo va disatteso, mentre la richiesta risarcitoria deve essere accolta nei limiti di cui al punto che precede.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 7651 del 20 aprile 2010, pronunciata dal Tar Lazio, Roma

**N. 07651/2010 REG.SEN.**

**N. 07707/2009 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 7707 del 2009, proposto da Soc Ricorrente Restauri Srl in Ati, con la Soc Ricorrente due Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Giuseppe Abbamonte, Ezio Maria Zuppari, con domicilio eletto presso Studio Legale Titomanlio - Abbamonte in Roma, via Terenzio, 7;

***contro***

-- Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

-- Ministero dello Sviluppo Economico;

***nei confronti di***

Fondazione Controinteressata Italia;

*per l'annullamento*

--del decreto del Direttore Generale per i Beni Librari, gli Istituti Culturali del 9.6.09 con il quale è stata disposta la revoca del precedente D.D.G. del 19.5.07 nonchè la revoca della gara bandita per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale, funzionale, impiantistico e allestimento dei locali relativi al Museo dell'Audiovisivo pubblicato in data 7.11.07 sul GURI ed Speciale n. 130;;

-- 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;

--della nota prot. 0023593 dell'11.12.08,;

-- del bando di gara art. 18 lett. q) ; e della lettera di invito, art. 15 lett. w”:

-- nonchè

per il risarcimento

nel danno patito dalla ricorrente a causa delle illegittimità compiute per appaltante da liquidarsi con i criteri, termine modalità di cui all’articolo 35 del decreto legislativo 80/98 e dell’indennizzo di cui all’articolo 21 quinquies della legge 241/1990;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

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 presente gravame, la parte ricorrente, in primo luogo, chiede l'annullamento del provvedimento della Direzione Generale per i Beni Librari, gli Istituti Culturali di Diritto d'Autore, di revoca della gara d'appalto bandita per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale, funzionale, impiantistico e allestimento dei locali relativi al Museo dell'Audiovisivo pubblicato sul GURI Ed. Speciale n. 130 in data 7.11.07.

Pone altresì due differenti domande di risarcimento delle quali, una direttamente conseguente all'asserita illegittimità della predetta revoca; e l'altra a titolo di indennizzo ai sensi dell'articolo 21 quinquies della legge 241/90.

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

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 Controinteressata 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.§. 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 unitariamente esaminate quelle relative alla dedotta illegittimità del provvedimento di revoca di cui alle prime cinque rubriche di gravame.

\_\_\_ 1.1. §. Con il primo motivo di gravame si lamenta l'illegittimità dell'inaspettata ed immotivata revoca che, in difetto del preavviso ai partecipanti alla gara di cui all'art. 7 e seguenti della legge n. 241/90, non avrebbe tenuto in alcun conto che la gara in questione non era stata indetta con il criterio dell'offerta al prezzo più basso, ma con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella quale i partecipanti si erano dovuti impegnare in un'elaborata, e dispendiosa, fase di progettazione dell'intervento da realizzare che sarebbe stata del

tutto vanificata dal provvedimento. La tempestiva mancata comunicazione dell'avvio del procedimento avrebbe impedito alla ricorrente di esercitare le proprie prerogative procedurali (presentando memorie, documenti e certificati, ecc.), che sono ancora più pregnanti in caso di provvedimenti di secondo grado. Inoltre la comunicazione avrebbe potuto arricchire il procedimento dei contributi tecnici delle partecipanti suggerendo anche eventuali soluzioni differenti.

La norma sulla revocabilità del bando non esentava l'amministrazione dallo svolgimento del giusto procedimento.

\_\_\_\_ 1.2. §. Con il secondo motivo si lamenta la violazione degli articoli 7 e 21-quinquies della legge n.241 in quanto la asserita sopravvenienza di accordi con altri enti non avrebbe necessariamente implicato il venir meno delle esperienze acquisite dei concorrenti nella predisposizione delle loro progettazioni di sistemazione del museo.

La decisione, seppur attinente alla discrezionalità tecnica, tuttavia:

- avrebbe violato le norme sul giusto procedimento e sulla formazione di volontà dell'amministrazione che non è fatta di solo autorità ma di partecipazione di tutti i soggetti che esprimono interessi implicati;
- avrebbe costituito una deficienza sostanziale contraria al principio del buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione, in quanto avrebbe privato il procedimento del contributo dei progettisti che avevano già operato sulla struttura;
- non avrebbe assicurato la partecipazione di coloro che già avevano operato alla progettazione (come avrebbe insegnato l'Adunanza Plenaria n.16/1989 del Consiglio di Stato e la Sesta Sezione con la sentenza n. 601/1999);
- la stessa amministrazione si sarebbe privata della possibilità di chiedere ai concorrenti le varianti dirette ad assicurare le esigenze che la P.A. asserisce essere sopravvenute.

\_\_\_\_\_ 1.3. §. Con il terzo motivo si lamenta che le sopravvenienze non avrebbero carattere oggettivo e non avrebbero delle ragionevoli giustificazioni dato che non si sarebbe trattato di elementi verificatesi nel divenire delle cose, ma di diversi apprezzamenti della stessa situazione, per cui non si comprenderebbe perché la p.a. non avrebbe richiesto una variante alla progettazione nell'ambito della stessa procedura concorsuale.

I rilevanti interessi delle imprese partecipanti allo svolgimento della gara sarebbero stati immotivatamente sacrificati, successivamente all'avvenuta verifica tecnica delle offerte, nonostante il rilevante tempo trascorso dalla indizione della gara. L'intesa tra i due Ministeri e la Fondazione, che avrebbe dato origine alla revoca avrebbe, a tutto voler concedere, potuto portare ad un ampliamento della superficie interessata dall'intervento, ma non avrebbe cambiato la natura dello stesso per cui avrebbe potuto costituire materia di un progetto integrativo da parte dell'amministrazione.

La parte ricorrente contesta quindi la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse in quanto si tratterebbe di variazioni solo quantitative della superficie dell'intervento. Le finalità originarie del progetto di realizzare un Museo Audiovisivo con l'aggiunta di una esposizione relativa al "Made in Italy" si sarebbero potute realizzare con una semplice variante, con conseguenti minori oneri per l'amministrazione.

\_\_\_\_\_ 1.4. §. Con il quarto motivo si lamenta la violazione dell'articolo 21 quinquies e l'eccesso di potere per difetto di motivazione, in quanto il Ministero avrebbe illegittimamente omesso ogni ricerca di una qualsiasi ragionevole soluzione per poter eliminare o attenuare il sacrificio dei destinatari della revoca. Vi sarebbe stata una violazione del principio di buona fede di cui al 1324 e 1366 del codice civile, non essendo la revoca collegata ad oggettive sopravvenienze ma a voluti mutamenti di indirizzo.

\_\_\_\_\_ 1.5. §. Con il quinto motivo si lamenta l'illegittimità delle disposizioni del bando di gara e della lettera di invito, di cui rispettivamente all'articolo 18, lettera "q" ed all'articolo 15 lettera "w", nella parte in cui limitano aprioristicamente le responsabilità per compensi, indennizzi, o danni a qualsiasi titolo ai partecipanti della gara della stazione appaltante, al fine di evitare ogni tipo di azione o di pretesa economica da parte dei concorrenti ancorché legittimamente spettanti.

Si tratterebbe di clausole che, in quanto stabilirebbero delle limitazioni della responsabilità a favore della parte che l'ha predisposta, sarebbero evidentemente vessatorie, da sottoscrivere con specifica approvazione ai sensi del secondo comma del 1341, il che non è stato. Inoltre le predette clausole sarebbero addirittura nulle per violazione del disposto del 1229, primo comma, del codice civile laddove si afferma in linea di principio la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

\_\_\_\_\_ 2. §. Tutti i predetti motivi vanno respinti.

\_\_\_\_\_ 2.1. §. 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.

Certamente il partecipante ad una gara d'appalto ha sempre interesse che l'attività amministrativa avvenga secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, in quanto il provvedimento amministrativo di revoca priva il concorrente anche solo della possibilità di conseguire l'aggiudicazione, ma la diretta ed immediata lesione della posizione soggettiva di potenziale aggiudicatario è comunque

giuridicamente tutelata dall'ordinamento come sarà meglio evidente anche in seguito.

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 sfera di giurisdizione le valutazioni dei Ministri circa l'interesse pubblico all'utilizzazione unitaria del Palazzo delle Civiltà dell'EUR ed all'attribuzione dell'esecuzione ad 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 controinteressata” 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 Controinteressata Italia”, non vi sono dubbi che la medesima debba essere qualificata come “stazione appaltante per l'affidamento” di tutti i servizi di progettazione per l'esecuzione dei lavori che ad essa sono delegati, sulla base della disciplina di cui al Dlgs. n. 163/2006.

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, addotte a giustificazione nell’Intesa tra i Gabinetti, e della presenza di indizi di un eccesso di potere, denunciate 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.

In conseguenza devono essere respinti il secondo ed il terzo ed il quarto motivo di ricorso.

\_\_\_\_ 2.2. §. A tal proposito, sul mero piano formale, deve peraltro escludersi il difetto di motivazione di cui al secondo profilo del primo motivo, in quanto il

provvedimento 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.

\_\_\_\_\_ 2.3. §. Sempre sul piano formale non si può condividere l'affermazione per cui il procedimento di revoca imporrebbe l'obbligo di comunicare l'avvio del relativo procedimento avente ad oggetto la 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 delle ipotesi 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.

Di qui l'infondatezza del primo profilo del primo motivo e del terzo capo di doglianza.

\_\_\_\_\_ 2.4. §. Né può condividersi la quinta 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 le stesse non sarebbero state specificamente sottoscritte.

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 fidejussoria -- 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 quinto motivo va dunque disatteso.

\_\_\_\_\_ 2.5. §. In conseguenza, nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti, il ricorso va respinto.

\_\_\_\_\_ 3 §. §. La ritenuta legittimità della revoca non esaurisce affatto la presente controversia in quanto deve, a questo punto, essere disattesa anche la richiesta di indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n° 241 del 1990 (introdotto dalla legge n. 15 del 2005).

Come è noto, la predetta disposizione prevede che il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole possa, previo indennizzo, essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto; o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Il bando di gara, però, non rientra “tra i provvedimenti amministrativi a efficacia durevole”, per i quali l'art. 21-quinquies, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241, prevede l'obbligo di provvedere all'indennizzo dei soggetti direttamente interessati quale ristoro dei pregiudizi provocati dalla revoca (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 24 marzo 2009, n. 3063).

L'indennità non è quindi mai dovuta quando il provvedimento di revoca sia adottato prima della stipula del contratto (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 09 marzo 2009, n. 2372).

Di qui l'infondatezza della pretesa. \_\_\_\_\_

4. §. Quanto alla richiesta risarcitoria concernente nella specie gli oneri di partecipazione e la progettazione, si osserva quanto segue.

\_\_\_\_\_ 4.1. §. 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 danno 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.

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.

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 il complesso delle circostanze dimostri il mancato rispetto dei generali canoni di correttezza “in contraendo”.

In definitiva, quando la P.A. revoca una gara di appalto antecedentemente alla fase dell'aggiudicazione provvisoria per motivi attinenti ad una diversa valutazione del pubblico interesse, devono ricorrere comportamenti contrari al principio dell'affidamento.

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 particolare gravosità per le imprese partecipanti, degli oneri della gara, che nel caso in esame concernevano l'integrale progettazione esecutiva;
- 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. .

L'inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e di buona amministrazione 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 causato un danno ingiusto del quale appunto viene chiesto il ristoro con il terzo motivo.

In definitiva sul punto, se la legittimità della revoca esclude il risarcimento da atto illegittimo, deve però affermarsi il diritto al risarcimento per responsabilità precontrattuale.

\_\_\_\_ 4.2. §. 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 chiesto il risarcimento del danno subito per le spese di partecipazione alla procedura 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.

\_\_\_\_ 5.§. Nella parte relativa alla richiesta di annullamento della revoca e degli atti presupposti e di indennizzo ex art.21 quinquies L. n.241/1990, il ricorso introduttivo va disatteso, 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 amministrativa regionale per il Lazio- II Quater:

1. Rigetta il ricorso 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 al pagamento delle spese processuali che sono liquidate in € 3.000,00 in favore della ricorrente.

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 20/04/2010

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

IL SEGRETARIO