

N. 00286/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00988/2010 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 staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 988 del 2010, proposto da Enel Sole S.r.l., in persona del dott. Giovanni Maria Pisani, procuratore speciale e della Snem Esco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rispettivamente mandataria e mandante di costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese, rappresentate e difese dagli avvocati Marco Feroci ed Angelo Tuzza, con domicilio eletto presso T.a.r. Lazio, sezione di Latina, ex lege in Latina, alla via A. Doria, n. 4;

contro

comune di Anagni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Lilli, con domicilio eletto in Latina, corso Giacomo Matteotti, n. 208 (presso Fabio Avv. Raponi);

per l'annullamento - previa sospensiva

- della comunicazione del Comune di Anagni prot. 7542/U.T. del 6 ottobre 2010 avente ad oggetto “Annullamento della procedura di gara per l'affidamento della progettazione, realizzazione e gestione degli impianti di pubblica illuminazione mediante project financing”;
- dell'Atto Dirigenziale n. 335 del 22 settembre 2010 con il quale è stato disposto l'annullamento in via di autotutela ai sensi dell'art. 21 nonies della legge 241/1990 e s.m.i. della procedura di gara di cui sopra;
- della deliberazione G.C. n. 244 del 23 settembre 2010 con la quale è stata annullata la delibera del Commissario straordinario con i poteri della Giunta Comunale n. 198/2008 con la quale era stato approvato il progetto preliminare ed impartita direttiva all'ufficio tecnico di indire la gara d'appalto del project financing di cui sopra;
- in via subordinata e per quanto occorrer possa, nei limiti specificati nell'atto, del bando di gara nella parte in cui prevede la possibilità per il Comune di annullare ad libitum la gara medesima;
- per l'aggiudicazione della gara alla ricorrente, per il risarcimento del danno emergente e del lucro cessante, per il risarcimento per violazione di principi di cui agli articoli 1337 e 1338 del codice civile, per il riconoscimento dell'indennizzo per la revoca del provvedimento ai sensi dell'articolo 21 quinquies della legge 241 del 1990.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di comune di Anagni.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2011 il dott. Santino Scudeller e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 Con atto spedito per la notifica il 5 novembre 2010, notificato l'8 novembre e depositato il successivo 17, la ricorrente espone: (a) di aver avanzato proposta di project financing per la progettazione, realizzazione e gestione degli impianti di pubblica illuminazione apprezzata dal comune di Anagni; (b) che, con delibera 189/2008 adottata dal commissario straordinario con i poteri della giunta, il comune approvava il progetto, disponeva di bandire apposita gara poi avviata con determina dirigenziale 392/2008 nella quale si prevedeva che, per il caso di gara deserta, il comune avrebbe aggiudicato al promotore; (c) che nel termine fissato non veniva presentata alcuna offerta; (d) che con nota del 29 maggio 2009, il responsabile dell'ufficio tecnico partecipava il mancato "appostamento" di un importo sufficiente a titolo di canone medio annuo da corrispondere per il servizio nonché l'assenza, sulla delibera commissariale del visto di regolarità contabile e di attestazione di copertura finanziaria; (e) che replicava a quanto

rappresentato, presentava istanze, anche d'accesso, nonché partecipava ad incontri presso la sede del comune dedicati alla vicenda.

2 Ciò posto agisce per l'annullamento dei provvedimenti e per il risarcimento dei danni quindi, in via subordinata, per la condanna del comune alla corresponsione dell'indennizzo, deducendo: violazione e falsa applicazione della legge 241/90 e s.m.i. con particolare riguardo agli artt. 21 quinquies, 21 octies e 21 nonies - violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Costituzione e del principio del giusto procedimento - violazione e falsa applicazione dell'art. 49 T.U. 267/2000 - violazione e falsa applicazione dei principi di programmazione delle opere pubbliche di cui al D. Lgs. 16372006 - violazione e falsa applicazione del bando di gara - violazione e falsa applicazione degli artt. 1337 e 1338 cod. civ. - violazione e falsa applicazione dei principi di correttezza e buona fede nelle trattative - eccesso di potere per violazione dell'autovincolo, per ingiustizia manifesta, perplessità e contraddittorietà - difetto di motivazione - sviamento.

3 Con atto depositato il 29 novembre 2010 si è costituito il comune di Anagni, che ha eccepito la tardività del gravame ed opposto l'infondatezza delle domande.

4 Le parti hanno quindi depositato memori rispettivamente in data 8 e 12 febbraio 2011.

5 Il ricorso è stato chiamato alla pubblica udienza del 24 febbraio 2011 ed è stato introdotto per la decisione.

DIRITTO

1 La ricorrente agisce per la caducazione: - della determina di annullamento ex articolo 21 - nonies legge 241/1990 del precedente (392/2008) avvio della procedura che poneva in gara il progetto presentato in veste di promotore in project financing; - della delibera di GM di “revoca” di quella - commissariale - recante l’approvazione del progetto preliminare nonché le direttive, al responsabile del competente servizio, per la predisposizione degli atti di gara e l’avvio della relativa procedura. Al richiesto annullamento segue, con graduazione delle relative istanze: - quella del risarcimento in forma specifica, con aggiudicazione della concessione; - quella del risarcimento per equivalente per gli importi riferiti al danno emergente ed al lucro cessante; - per il caso di non possibile conseguimento della tutela risarcitoria in forma specifica, quella del riconoscimento di una somma per la perdita di chance; - quella del risarcimento per violazione degli articoli 1337 e 1338 del codice civile; - infine quella tesa al riconoscimento dell’indennizzo ex articolo 21 - quinquies della legge 241 del 1990.

2 L’esame delle censure, presuppone la ricostruzione del contenuto degli atti impugnati.

2.1 Con nota prot. n. 7542 del 6 ottobre 2010, il responsabile del servizio del comune di Anagni ha comunicato che: - con atto n. 335

del 22 settembre 2009 è stato disposto l'annullamento, in via di autotutela, della gara, perché l'approvazione del progetto preliminare difettava del parere ex articolo 49 del T.U.E.L. e perché, "... l'Amministrazione Comunale si trova nell'impossibilità di assumere apposito impegno di spesa, in quanto l'importo medio annuo del canone di gestione offerto risulta ben superiore alle disponibilità finanziarie presenti in bilancio."; - con delibera di giunta n. 244 del 23 settembre 2009, è stata revocata la delibera commissariale n. 198/2008 "... con la quale era stato approvato il progetto preliminare ed impartita direttiva all'ufficio tecnico di indire la gara di appalto."

2.2 La determina n. 335 del 22 settembre 2009, dopo aver ripercorso le vicende presupposte nonché richiamato le predette evenienze, giustifica l'annullamento: - ritenendo "che, la mancanza di fondi, costituisca, alla luce dei principi generali di contabilità pubblica e di una giurisprudenza consolidata, circostanza oggettivamente impeditiva per la realizzazione dell'opera;"; - considerando "che, l'Amministrazione, prima di procedere alla stipula del contratto, ha la facoltà di deliberare l'annullamento, in autotutela, dell'intera procedura, precisando che la posizione del privato, nella fattispecie, è assimilabile ad una situazione di non definitività nella quale l'affidamento ingenerato nel soggetto non ha una consistenza significativa rispetto all'interesse pubblico sotteso alla menzionata decisione;".

2.3 La delibera di giunta infine reca identica presupposizione, ma diverge dalla citata determina solo perché nel proprio oggetto, nel testo e nella parte dispositiva, fa riferimento alla “revoca” della delibera commissariale 189/2008.

3 Dalla ricostruzione di cui sopra deriva che l’annullamento e la revoca sono accomunati dalla rilevata mancanza di fondi, evenienza presupposta quale elemento che costituisce “... alla luce dei principi generali di contabilità pubblica e di una giurisprudenza consolidata, circostanza oggettivamente impeditiva per la realizzazione dell’opera;”. Tale giustificazione deve ritenersi legittima in quanto conforme al costante orientamento per il quale, “questa circostanza costituisce una motivazione congrua ed esaustiva, poiché il corretto svolgimento dell’azione amministrativa ed un principio generale di contabilità pubblica risalente all’art. 81 della Costituzione esigono che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto se provvisti di adeguata copertura finanziaria.” (Consiglio di stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457). Gli atti, nel complesso, incidenti sull’attivata procedura devono quindi ritenersi legittimamente finalizzati “ ... a porre al riparo l’interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l’amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti.” (Consiglio di stato, Adunanza Plenaria 5 settembre 2005, n. 6; cfr. anche: T.a.r. Lazio, Roma, III, 22 giugno 2009, n. 5986; T.a.r. Sicilia, Palermo, I, 10 febbraio 2011, n. 210).

4 Le riprodotte indicazioni sono di per sé sufficienti ad escludere la fondatezza della domanda di annullamento all'accoglimento della quale non inducono neanche gli altri profili, tra i quali può restare sicuramente assorbito quello incentrato sulla inidoneità, ai fini de quibus, del richiamo alla mancanza del parere di cui all'articolo 49 del T.U.E.L.

4.1 Per i restanti profili, possono valere le seguenti conclusioni. Quanto alla rappresentata contraddittorietà tra comunicazione e determina, se ne deve rilevare l'inammissibilità perchè trattasi di censura coinvolgente il rapporto tra un atto privo di rilevanza provvedimentale, quale è la comunicazione del contenuto dell'annullamento e della revoca, ed un atto che invece ha detta connotazione, nel caso, la determina dirigenziale che definisce la vicenda.

4.2 La ricorrente ha poi dedotto contro detta determina, censure interessanti: - la mancata indicazione dei vizi di legittimità; - la mancata considerazione del tempo trascorso tra l'indizione della procedura e l'annullamento, aspetto questo nel quale rileverebbe, sempre in punto di illegittimità, la circostanza per la quale non sarebbero coinvolti profili di difficile accertamento e valutazione; - la mancata valutazione dell'interesse della ricorrente, alla quale non viene riconosciuta una posizione giuridica qualificata invece indubbiamente esistente anche in dipendenza degli esiti della gara, andata deserta; - l'apodittica affermazione della prevalenza

dell'interesse pubblico; - l'eccesso di potere che, con evidenza emergerebbe dall'inversione e confusione procedimentale di una soluzione comunque preordinata ad evitare l'affermazione di una responsabilità risarcitoria.

4.3 Agli stessi va opposto: (a) quanto all'argomento incentrato sulla violazione dell'articolo 21 - nonies della legge 241 del 1990, che lo stesso non è risolutivo ove si consideri che la determina accorda adeguato e motivato rilievo all'accertamento dell'incapienza finanziaria; (b) quanto al secondo profilo che non può non rilevare, che detta ultima evenienza giustifica lo jus poenitendi, almeno di non voler ritenere che in mancanza di fondi il solo decorso del tempo, comporti l'obbligo per il comune di impegnarsi in spese comunque non adeguatamente coperte; (c) quanto agli altri aspetti, che una tale presupposizione giustifica in sé la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello del privato, interesse quest'ultimo poi che nel caso non è rappresentabile in termini di sicuro affidamento della concessione per l'ovvia considerazione per la quale, pur in presenza di una gara deserta, tale circostanza non accresce di contenuti ulteriori lo status di promotore della proposta progettuale che per conseguire l'aggiudicazione deve anche dimostrare il possesso di requisiti ulteriori rispetto a quelli presupposti per l'assunzione di tale qualità, sempre che persista l'interesse pubblico; (d) quanto all'inversione procedimentale che, l'aspetto che rileva nella fattispecie non può esser solo quello di una rigida cronologia ai fini del

legittimo esercizio dell'autotutela, essendo nel caso implicate competenze di soggetti diversamente strutturati (dirigente - giunta) per la operatività dei quali rilevano particolari regole di funzionamento; da tanto allora la conclusione per la quale, attesa anche la prossimità (22 e 23 settembre 2009) tra gli atti, non può ravvisarsi la sussistenza di alcun eccesso di potere nei termini di cui alle argomentazioni poste dalla ricorrente, stante anche l'identità di presupposizione e di esito; (e) quanto infine agli ulteriori profili di eccesso di potere per sviamento che, alle già dette considerazioni, deve aggiungersi che l'assenza di ogni indicazione in esito all'indennizzo non rileva in termini di legittimità, trattandosi di pretesa suscettiva di accertamento in sede di giurisdizione esclusiva.

4.4 La ricorrente ha poi censurato anche la delibera di giunta per ragioni la cui infondatezza è da rapportare a quanto in tale sede statuito in esito alla sufficienza, di per sé sola, della motivazione che presuppone la mancanza di provvista ed alla irrilevanza, in termini di possibile illegittimità, della mancata previsione dell'indennizzo.

5 In conclusione la domanda di annullamento va respinta, il che esclude la necessità di statuire sulla eccezione sollevata dal resistente.

6 Siffatti esiti, pregiudicano anche quello della domanda risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, in quanto come detto il comune ha, nel caso, correttamente motivato e l'annullamento e la revoca della procedura.

7 Va ora affrontata la domanda di risarcimento per responsabilità

precontrattuale.

7.1 In generale tale richiesta, suscettiva di accertamento a prescindere dalla demolizione degli atti: (a) implica l'accertamento della violazione della regola di cui all'articolo 1337 del codice civile "che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali"; (b) può condurre, sussistendo tutte le altre condizioni richieste dall'articolo 2043 del codice civile, alla condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma da liquidare nei limiti dell'interesse negativo costituito dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative (danno emergente) e dalla perdita di ulteriori occasioni (lucro cessante), con esclusione delle utilità conseguibili in forza, nel caso dell'affidamento della concessione.

7.2 Ciò premesso la domanda va respinta. Ed, infatti, poiché la responsabilità precontrattuale costituisce, come detto, una species della responsabilità aquiliana ex articolo 2043 codice civile (Consiglio Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194), la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a carico del danneggiato il quale in forza del principio generale sancito dall'articolo 2697 del codice civile ne deve fornire la prova rigorosa (Consiglio Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20; T.a.r. Sardegna Cagliari, sez. I, 12 giugno 2009, n. 976). Il che non è dato rinvenire perché non può ritenersi all'uopo sufficiente la dichiarazione allegata sub 16 del ricorso, predisposta ai sensi dell'articolo 153 del codice dei contratti e non corredata da

idonea documentazione a supporto delle voci e dei relativi importi, elencati anche a pagina 25 dell'atto introduttivo.

8 In ultimo la ricorrente agisce per il riconoscimento dell'indennizzo.

8.1 L'articolo 21 - quinquies della legge 241 del 1990 prevede: "1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. 1 - bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico."

8.2 La domanda inizialmente ricondotta con generico riferimento alla norma de qua, è stata poi ulteriormente argomentata con memoria depositata il 12 febbraio 2011 con la quale la ricorrente ha

esplicitato la diversa prospettiva secondo la quale il primo comma, interesserebbe l'indennizzo dei "pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati", il secondo invece, quello connesso all'incidenza della revoca "su rapporti negoziali".

8.3 Anche detto capo va respinto. Ed, infatti, pur potendosi convenire con la prospettiva della ricorrente da ultimo richiamata, è tuttavia evidente come alla stessa sfugga che l'indennizzabilità in entrambe le ipotesi interessa una vicenda nella quale la revoca è comunque atto che incide sugli effetti di un "provvedimento amministrativo ad efficacia durevole", connotazione questa che non può di certo riferirsi agli atti di approvazione del progetto preliminare.

9 Il ricorso va pertanto respinto. La complessità delle questioni trattate, giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Santino Scudeller, Consigliere, Estensore

Davide Soricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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