

Non indennizzabilità della revoca della procedura di gara a fronte di nuova valutazione sulla effettività della copertura finanziaria dell'opera in project

di Fulvio Ingaglio La Vecchia

Data di pubblicazione: 3-11-2016

1. È legittima la revoca di una procedura per l'aggiudicazione di un project financing per l'intervento di una rinnovata e motivata valutazione dell'interesse pubblico ricondotta al **difetto di copertura finanziaria**, validamente riconducibile allo jus poenitendi della P.A. .

2. L'atto della commissione di gara, disponente il ritiro della procedura, che applica una deliberazione del R.U.P., deve essere considerata comportamento meramente esecutivo di un provvedimento di un organo effettivamente dotato di competenza, legittimato da una previa deliberazione di Giunta Comunale ed integra **contrarius actus**.

3. Il rigetto della domanda di indennizzo deve essere reputata legittima laddove, per l'embrionalità del procedimento - il ricorrente non abbia ancora potuto maturare alcun legittimo affidamento in ordine all'assegnazione del servizio integrato.

4. La revoca legittima può determinare l'insorgenza di **danni risarcibili non meramente indennizzabili**, quando la loro causa si rinvenga non già direttamente nell'atto di revoca, ma in altre illegittime condotte della P.A. laddove sussistenti.

5. L'indennizzo ex art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990 non spetta in caso di revoca di **atti ad effetti instabili ed interinali**, ma solo in caso di **revoca** di atti **definitivamente attributivi di vantaggi**, a far data dall'introduzione nell'ordinamento del menzionato art. 21 quinquies.

6. Inesistenza di posizione giuridica definitiva – scelta dell'Amministrazione di dar luogo a successiva procedura di affidamento della concessione – ampia discrezionalità – legittimità. (4).

7. In difetto, in capo all'interessato, di una posizione giuridica definitiva, l'Amministrazione può legittimamente dar luogo (o meno) a successiva procedura di affidamento della concessione.

1. Cons. Stato, Sez., n. 2244/2010;

2. ante Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 7334 del 2010; sent. n. 266, 6 giugno 1969; Cass. SS. UU. 2 aprile 1959, n. 672.

3. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1/2012;

4. Cons. Stato, sent. n. 3237 del 26 giugno 2015; T.A.R. Lazio, Sez. II bis, n. 11098 del 2015, Cons. St., Sez. V, sent. n. 1692 del 2016.

Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento, ribaditi i confini dello *jus poenitendi* della P.A., il G.A. si confronta con il tema dei presupposti e delle condizioni di indennizzabilità di posizioni apparentemente riconducibili ad interesse legittimo.

La premessa fattuale è quella della revoca – *ab imis fundamentis* ed in corsa – di una procedura per l'aggiudicazione di un *project financing* per l'intervento di una rinnovata (e di segno diverso dalla precedente) valutazione dell'interesse pubblico, che il T.A.R. ha reputato legittima nella sussistenza di precise condizioni. Innanzitutto, in punto di **competenza** a provvedere il T.A.R. si è espresso nel senso che l'atto della commissione di gara, disponente il ritiro della procedura, non autonomo ed autofondante, ma in applicazione di una delibera del R.U.P., deve essere considerata comportamento meramente esecutivo di un provvedimento di un organo effettivamente dotato di competenza. Ciò tanto più che quel provvedimento ripeteva la propria forza da una deliberazione di Giunta Comunale, a sua volta ricognitiva di una disposizione di bando sull'ammissibilità del ritiro. Tale condotta deve quindi riportarsi nell'alveo dei principi del **contrarius actus**.

Peraltro, osserva il G.A., la revoca della procedura è validamente motivata, sotto il profilo della sussistenza dei presupposti di esercizio del potere laddove sussista una **nuova valutazione dell'interesse pubblico**, nel caso di specie ricondotta al **difetto di copertura finanziaria**; alla **partecipazione di un unico promoter** alla procedura indetta – in violazione delle regole della concorrenza; all'eccessivo protrarsi del vincolo, che avrebbe escluso l'Amministrazione, e dunque la collettività di riferimento, dal godimento, per un periodo estremamente lungo, di nuove tecnologie comportanti risparmi) che, **non palesandosi irragionevole**, appare piuttosto attenersi a **valutazioni insindacabili attratte a profili di opportunità**. Sicché l'esercizio del potere deve quindi validamente ricondursi al paradigma dello *jus poenitendi*, in riferimento al quale l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità.

Interessantissima considerazione viene poi rivolta la tema della indennizzabilità della posizione. Al riguardo il T.A.R. osserva come l'omessa valutazione della concedibilità di un indennizzo può comunque essere reputata legittima laddove, per l'embrionalità del procedimento - il ricorrente non abbia ancora potuto maturare alcun legittimo affidamento (anche in considerazione della valida presenza della clausola sulla libera revocabilità del

bando) in ordine all'assegnazione del servizio integrato, secondo il conforme orientamento della giurisprudenza secondo cui *“la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo”* (Cons. Stato, Sez., n. 2244/ 2010). Invero se la revoca legittima può determinare l'insorgenza di **danni risarcibili non meramente indennizzabili**, la scaturigine di essi deve ascriversi non già direttamente dall'atto di revoca, ma ad altre illegittimità (procedimentali o di altro tipo) commesse dall'Amministrazione, che, siccome non sussistenti nel caso di specie, non possono avere ingresso autonomo alla fattispecie.

Peraltro l'indennizzo ex art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990 non spetta in caso di revoca di **atti ad effetti instabili ed interinali**, ma solo in caso di **revoca** di atti **definitivamente attributivi di vantaggi**, a far data dall'introduzione nell'ordinamento del menzionato art. 21 quinquies (ex art. 14 l. 11 febbraio 2005, n.15, come integrato dal comma 1bis introdotto dall'art. 13 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito dalla l. 2 aprile 2007, n.40), con cui ha esordito nell'ordinamento la c.d. responsabilità della p.a. per atti legittimi. (per l'orientamento precedente, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 7334 del 2010; 6 giugno 1969, n. 266 nel senso di escludere qualsiasi indennizzo per il soggetto nei cui confronti intervenisse la legittima revoca di un precedente provvedimento amministrativo ampliativo o ammissivo a benefici economici, o, quanto alle statuizioni del Giudice della spettanza, Cass. SS. UU. 2 aprile 1959, n. 672), laddove, dopo l'introduzione del menzionato art. 21 quinquies (ex art. 14 l. 11 febbraio 2005, n.15, come integrato dal comma 1bis introdotto dall'art. 13 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito dalla l. 2 aprile 2007, n.40), ha fatto ingresso nell'ordinamento la c.d. responsabilità della p.a. per atti legittimi.

Dunque, in difetto, quindi, dell'esistenza, in capo all'interessato, di una posizione giuridica definitiva, l'Amministrazione può legittimamente dar luogo (o meno) a successiva procedura di affidamento della concessione (c.f.r Ad. Plen. N. 1/2012) senza produzione di conseguenze indennitarie. Né spetta altrimenti il rimborso di spese di gara, posto che esso è dovuto, nel *project financing*, a favore del promotore solo ove questo non risulti aggiudicatario della concessione, all'esito della conclusione della gara (cfr. Cons. Stato n. 3237 del 26 giugno 2015; cfr. in terminis, TAR Lazio, Sez. II bis, n. 11098 del 2015, confermata da Cons. St., Sez. V, con sent. n. 1692 del 2016).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 965 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Eurotel Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Susanna Corsini C.F. CRSSNN58D64F205V e Giovanna Condorelli C.F. CNDGNN59S58C351G, con domicilio eletto presso la seconda, in Palermo, via Torricelli N.3;

contro

Comune di Mazara del Vallo in Persona del Sindaco P.T., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Epifanio Giglio C.F. GGLPFN57S14F061Q, con domicilio eletto presso Giuseppe Alberti in Palermo, via Tunisi N.11;

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta Municipale di Città di Mazara del Vallo - Atto n. 22 del 3 marzo 2016 avente ad oggetto "Revoca della procedura di gara per l'appalto del servizio integrato inerente la gestione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria, straordinaria e programmata degli impianti di pubblica illuminazione, luminarie natalizie e degli impianti semaforici, ivi compresa la fornitura di energia elettrica, nonché la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento normativo, ristrutturazione, riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti (Project Financing) - C.U.P.: C93B1100028001 - Atto di indirizzo" - pubblicata all'Albo Pretorio on-line sul sito istituzionale del Comune "per quindici giorni consecutivi dal 05/03/2016 al 19/03/2016" - con cui "Vista la proposta di deliberazione in oggetto; Visti i pareri espressi ai sensi di legge" ha deliberato di "1) Approvare la proposta deliberazione in oggetto che qui si intende integralmente riportata e trascritta. 2) Dichiarare la presente deliberazione, con separata ed unanime votazione, urgente ed immediatamente eseguibile, ricorrendone i presupposti di legge";

- per quanto occorra, della nota 12 novembre 2014, prot. n. 69774 con la quale l'Arch. Alberto Ditta "presidente della Commissione di gara, di seguito a disposizione verbale del Dirigente del 30 Settore di soprassedere all'espletamento della gara, atteso che l'Amministrazione Comunale era orientata ad annullare la procedura di gara in quanto non più intenzionata a dare attuazione all'affidamento del servizio (..), richiede allo stesso dirigente formale direttiva con la quale si disponga l'annullamento della gara in argomento";

- ancora, per quanto occorra, della nota 25 gennaio 2016, prot. n. 4941 con la quale il Sindaco del Comune di Mazara del Vallo, con riferimento alle richieste del Presidente di gara ed alla diffida, nel frattempo pervenuta, della ditta Eurotel s.r.l. "comunica che l'Amministrazione comunale, dopo oggettive valutazioni, per motivi di opportunità e soprattutto per l'impossibilità finanziaria a garantire nei prossimi anni la copertura di spesa prevista in progetto, è giunta alla determinazione di non dare attuazione all'affidamento del servizio in questione, invitando a

proporre alla giunta Comunale il consequenziale atto di annullamento della gara";

- ed ancora, per quanto occorra, della determinazione a firma del Dirigente del III Settore Servizi alla Città ed alle Imprese n. 126 del 2 marzo 2016 avente ad oggetto "Nomina responsabile unico del procedimento per le fasi della progettazione, affidamento ed esecuzione dei lavori per la manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire sugli impianti semaforici di illuminazione pubblica. Incarico progettazione e direzione dei lavori";

- e di tutti gli atti e/o provvedimenti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, ancorché di estremi e tenore sconosciuti, che incidano sfavorevolmente nella sfera giuridica della Società ricorrente.

per l'accertamento e declaratoria

del diritto della impresa Eurotel alla prosecuzione e completamento della procedura di evidenza pubblica ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente monetario dei danni da essa subiti e subendi in conseguenza dell'illegittimità della deliberazione della Giunta Municipale - Atto n. 22 del 3 marzo 2016 impugnato in questa sede ovvero, in ulteriore subordine, al risarcimento per responsabilità precontrattuale ex articolo 1337 cod.civ. ovvero, in via residuale, a un equo indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

e per la conseguente condanna

del Comune di Mazara del Vallo al corrispondente risarcimento del danno cagionato alla S.r.l. Eurotel in forma specifica attraverso la riattivazione della procedura di gara ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di giudizio ovvero, in ulteriore subordine, nella denegata ipotesi di accertata legittimità della deliberazione della Giunta Municipale - Atto n. 22 del 3 marzo 2016, al risarcimento del danno subito a causa dell'esecuzione della medesima deliberazione nonché a causa del comportamento gravemente contrario ai generali principi di correttezza e buona fede posto in essere dal Comune di Mazara del Vallo nel corso della gestione della procedura ovvero nella fase precontrattuale ex articoli 1337 e 1338 cod.civ. e, in via residuale ed ulteriormente subordinata, al pagamento di un equo indennizzo ai sensi dell'articolo 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m.i. a ristoro del pregiudizio subito dall'impresa in conseguenza del suddetto provvedimento;

e con i motivi aggiunti depositati il 29 giugno 2016:

dell'atto n. 70 della G.M. della città di Mazzara del Vallo del 10 maggio 2016, avente ad oggetto la "Revoca/annullamento in autotutela della deliberazione di giunta Municipale n. 96 del 27/07/2012...";

e per quanto occorra della nota del Comune di Mazzara del Vallo prot. 33242 a firma del RUP, di trasmissione della predetta delibera e della nota del medesimo comune prot. 25805/2016 di incarico da parte del Sindaco per la presentazione della proposta del provvedimento in autotutela;

per quanto ancora occorra, della nota a firma del Presidente di gara in data 19 marzo 2016 prot. N. 18527;

e di tutti i provvedimenti presupposti preparatori, conseguenti e comunque connesso, ancorché di estremi sconosciuti;

e con i motivi aggiunti depositati il 6 settembre 2016:

della delibera di G.M. n. 76 del 13 maggio 2016 di annullamento della precedente del 3 marzo 2016, conosciuta solo a seguito della nota ANAC prot. 0103075, in data 4 luglio 2016;

per quanto occorra, della deliberazione della Giunta Municipale di Città di

Mazara del Vallo n. 73 del 10 maggio 2016;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Mazara del Vallo in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2016 la dott.ssa Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I - Con il ricorso indicato in epigrafe, la Società istante, premetteva che:

- con determinazione n. 344 del 14 giugno 2012, a firma del dirigente del III Settore Servizi alla Città ed al Territorio, il Comune di Mazara del Vallo - "Vista" la deliberazione consiliare n. 149 del 10 ottobre 2011 con cui era "stato approvato il bilancio di previsione dell'esercizio finanziario 2011, Bilancio Pluriennale 2011/2013 e Relazione Previsionale Programmatica 2011/2013" e "Vista" la deliberazione giuntale n. 158 del 21 novembre 2011 con cui era "stato approvato il P.E.G. per l'esercizio finanziario 2011", "al fine di economizzare i costi e di migliorare la qualità del servizio prestato dalle imprese aggiudicatarie" disponeva "l'esecuzione di uno studio preliminare relativo alla possibilità di poter affidare il servizio integrato inerente la gestione, l'esercizio, manutenzione ordinaria, straordinaria e

programmata degli impianti di pubblica illuminazione, luminare natalizie e degli impianti semaforici, ivi compresa la fornitura di energia elettrica, nonché la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento normativo, ristrutturazione, riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti mediante lo strumento della Finanza di Progetto (Project Financing) per come previsto dall'art. 153, commi 1 – 4 del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm.ii.", provvedeva alla nomina del Responsabile Unico del Procedimento per le fasi della progettazione, affidamento ed esecuzione del servizio integrato in questione nel contempo conferendogli, ai sensi dell'art.90 del d.lgs. n.163/2006 così come recepito in Sicilia dalla Legge Regionale 12 luglio 2011, n. 12, l'incarico della redazione dello studio di fattibilità del servizio integrato;

- con propria delibera 27 luglio 2012, n. 96, la Giunta Municipale aveva approvato lo studio di fattibilità del servizio integrato, dando mandato al dirigente del Servizio del III settore ed al R.U.P. di provvedere a tutti gli adempimenti successivi di competenza;

- con determinazione del Dirigente del III Settore Servizi alla Città ed al Territorio in data 18 novembre 2013, n. 783, l'Amministrazione comunale provvedeva, dunque, all'avvio del procedimento per la stipula del contratto, secondo lo studio di fattibilità approvato, alla determinazione per cui la scelta del contraente sarebbe avvenuta a mezzo di procedura aperta di cui all'art. 153 del d.lgs. n. 163/2006, all'approvazione del bando di gara unitamente al disciplinare di gara finanza di progetto completo di allegati e, quindi, ad "indire il pubblico incanto, ai fini del conferimento dell'appalto dei lavori da esperirsi con il sistema dell'aggiudicazione di cui all'art. 19, comma 1°, lettera b) della L.R. n. 12 del 12/07/2011 di recepimento del d.lgs. n.163/2006 e ss.mm.ii. e del d.P.R. n. 207/2010. L'aggiudicazione dell'appalto sarà effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con le modalità previste nel disciplinare di gara" dando espressamente atto che "il finanziamento della quota comunale è coperta con fondi comunali e i canoni annuali da imputare ai bilanci nei prossimi 30 (trenta) anni";

- con bando di gara e relativo disciplinare pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana in data 15 febbraio 2014, il Comune di Mazara del Vallo indicava, dunque, la "Procedura aperta di project financing per l'affidamento del servizio integrato inerente la gestione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria, straordinaria e programmata degli impianti di pubblica illuminazione e degli impianti semaforici, ivi compresa la fornitura di energia elettrica, nonché la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento normativo, ristrutturazione, riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti", ai sensi dell'art. 153, commi 1 - 14, del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., per l'importo complessivo, quale risultante dallo studio di fattibilità, pari ad euro 40.800.000,00, Iva esclusa, ovvero per il canone annuo spettante al concessionario pari ad euro 1.360.000,00, oltre Iva, per trenta anni, di cui 2.000.000,00, oltre Iva, per investimenti a totale carico del concessionario e relativi alla progettazione ed esecuzione degli interventi, di adeguamento normativo, ristrutturazione, riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti;

- che il disciplinare di gara, dopo aver previsto (agli articoli 8 e 9) che la concessione avrebbe avuto durata di anni trenta - con decorrenza dalla data di sottoscrizione della convenzione di concessione - e che il corrispettivo sarebbe consistito "unicamente nel diritto di gestire

funzionalmente e di sfruttare economicamente l'opera realizzata (...) facendo propri i proventi della gestione stessa", fissava quale termine di scadenza per la presentazione delle offerte la data del 5 maggio 2014.

Di tal ch , la Societ  ricorrente esponeva di aver presentato la propria offerta e che, di seguito con determinazione sindacale n. 96 del 16 maggio 2014, pubblicata sull'Albo pretorio on line, il Sindaco del Comune di Mazara del Vallo, tra l'altro, aveva nominato il Dirigente del III Settore quale Presidente della Commissione di gara stabilendo nel numero di due gli esperti esterni da nominare componenti della Commissione, mediante sorteggio da espletarsi da parte dell'Ufficio regionale per l'espletamento delle gare per l'appalto di lavori pubblici ("U.R.E.G.A.") di Trapani secondo le modalit  di cui all'art. 9 della l.reg. 12 luglio 2011, n. 12 nonch  all'art. 15 del d. del Presidente della Reg. Sicilia 31 gennaio 2012, n. 13.

Esponeva, poi, che, tuttavia, dalla data (del 5 maggio 2014) di scadenza della presentazione delle offerte la procedura selettiva risultava in una situazione di stallo, sicch  la ricorrente inoltrava al Comune di Mazara del Vallo, in persona del suo Sindaco, nonch  al Responsabile del procedimento una lettera-diffida con cui intimava la prosecuzione delle operazioni concorsuali sino allo spoglio delle offerte regolarmente pervenute e presentava all'Autorit  Nazionale Anticorruzione una segnalazione/esposto affinch , nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza previsti dall'art. 6 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 153, in attuazione dell'art. 3 e seg. del Reg. 9 dicembre 2014 in materia di attivit  di vigilanza e di accertamenti ispettivi, verificasse la sussistenza di profili di illegittimit  nella condotta tenuta dal Comune di Mazara del Vallo in relazione alla rilevata mancata prosecuzione delle operazioni di gara, senza che per  vi fosse alcun riscontro da parte dell'amministrazione comunale.

Con nota in data 10 marzo 2016 (prot. n. 0040087), l'ANAC - Area Vigilanza comunicava al Sindaco del Comune, al R.U.P. ed al legale rappresentante della societ  Eurotel l'avvio dell'istruttoria nei confronti dell'Amministrazione comunale di Mazara del Vallo.

Di seguito, in data 3 marzo 2016 il Comune di Mazara del Vallo adottava il provvedimento di revoca della procedura di gara, che la ricorrente impugna con il gravame in esame per il seguente articolato motivo: illegittimit  per violazione e falsa applicazione dell'articolo 21-quinquies della l. 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii., con particolare riguardo alla insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per disporre legittimamente della revoca del provvedimento amministrativo ovvero degli atti della gara. Illegittimit  dell'esercizio della funzione pubblica quale cristallizzato nel provvedimento di revoca. Illegittimit  per violazione e falsa applicazione dell'art. 2, dell'art. 11, commi 1, 2, 3, 4, e 9, e dell'art. 79, comma 5, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Illegittimit  per violazione dei generali principi di buon andamento, efficacia ed economicit  dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione ed all'art. 1 della legge n. 241/1990. Illegittimit  per violazione e falsa applicazione della legge concorsuale e, pi  segnatamente, del punto 22 del disciplinare di gara; eccesso di potere per vizio del procedimento, per travisamento dei fatti, sviamento, per incongrua e insufficiente motivazione, per mancanza di istruttoria, ingiustizia manifesta, nonch  per violazione dei canoni di imparzialit , ragionevolezza, logicit  e congruenza. Motivazione apparente; incompetenza della Commissione di gara e/o del presidente della Commissione di gara nel disporre ovvero adottare atti nell'ambito del procedimento preordinato al provvedimento di ritiro dell'intera

procedura di gara.

Pertanto, con il ricorso in esame la Società chiede l'annullamento, previa adozione della sospensione della relativa efficacia ovvero delle opportune misure cautelari, di tutti gli atti ed i provvedimenti impugnati e, segnatamente, della deliberazione della Giunta Municipale della Città di Mazara del Vallo n.22 del 3 marzo 2016 di revoca della intera procedura di evidenza pubblica; nonché, la condanna dell'amministrazione al risarcimento in forma specifica ovvero per equivalente monetario, del danno extracontrattuale e del danno da responsabilità precontrattuale, nonché, in via residuale e subordinata, il riconoscimento dell'indennizzo ex art. 21-quinquies della l. 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii., con conseguente condanna del Comune di Mazara del Vallo al pagamento in favore della medesima Eurotel S.r.l. i corrispondenti importi, per come verranno quantificati in corso di giudizio ovvero da liquidarsi mediante il ricorso ai criteri equitativi laddove ricorra l'impossibilità della dimostrazione dell'entità del pregiudizio sofferto, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data di introduzione del presente giudizio fino al dì dell'effettivo soddisfo.

Si costituiva l'Amministrazione per resistere al gravame, evidenziando la clausola del bando con cui l'Amministrazione medesima si riservava la facoltà di revocare la gara per motivi di pubblico interesse.

La trattazione dell'istanza cautelare era rinviata al merito, c fissato per il 29 giugno 2016; tuttavia, in tale data, su richiesta della parte ricorrente, ai fini della proposizione dei motivi aggiunti, la trattazione era nuovamente differita al 5 ottobre 2016.

Con ricorso per motivi aggiunti del 29 giugno 2016, la Società ricorrente ha impugnato anche la deliberazione della G.M. del 10 maggio 2016 n. 70 e la relativa comunicazione, nonché la proposta del Comune di Mazara del Vallo del precedente 19 aprile con cui il Sindaco dava incarico al RUP di curare l'istruttoria per l'azione dei provvedimenti in autotutela e la nota del Presidente di gara n. 18527, riproponendo istanza cautelare.

Deduceva a riguardo le seguenti censure:

I – violazione di legge e/o erronea applicazione con riguardo all'art. 2, d.lgs. n. 163 del 2006; nonché degli artt. 11 e 12, del medesimo decreto e degli artt 18, 60 e 61 dello statuto comunale approvato con delibera n. 8 del 1993 e degli artt. 3, 6, 7, 11, 24 e 26 del Reg. per l'ordinamento degli uffici e dei servizi, di cui alla delibera G.M. n. 182 del 2006 e ss.mm.ii.; ed ancora degli artt. 42 e 162, d.lgs. n. 267 del 2000; incompetenza della G.M. ad adottare l'atto di ritiro della procedura; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche; violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 l. gen. Sul procedimento e dell'art. 2 della medesima legge in relazione all'art. 92 dello Statuto comunale;

II – violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 10 e 11, d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 21 quinquies, l. n. 241 dle 1990 e ss.mm.ii., con particolare riferimento all'assenza dei presupposti di fatto e di diritto per disporre legittimamente la revoca; violazione degli artt. 2 e 11, commi 1, 2, 3, 4 e 9 e 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006; nonché dei principi generali di buon andamento, efficacia tempestività dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. ed

all'art. 1, l. gen. del procedimento amministrativo; ed inoltre eccesso di potere nelle varie figure sintomatiche; motivazione apparente ed incompetenza della Giunta

Con i successivi motivi aggiunti, la Società ricorrente ha dedotto l'illegittimità derivata, confermando tutte le svolte censure e l'incompleta comunicazione dell'atto di revoca, riproponendo i motivi già sopra evidenziati; reiterava, inoltre, la domanda risarcitoria.

L'Amministrazione ha riproposto le proprie difese, ponendo in luce i motivi dell'autotutela e la competenza della Giunta municipale.

All'udienza di discussione del 5 ottobre 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I – La questione di diritto che occupa la presente controversia, oggi all'esame di questo Collegio, attiene alla illegittimità della revoca (e/o annullamento d'ufficio), disposta dalla procedura in corso di espletamento in ragione di una diversa valutazione dell'interesse pubblico. La parte ricorrente ha in sostanza dedotto vizi del provvedimento con specifico riferimento al profilo motivazionale, in quanto le ragioni che avrebbero condotto la stazione appaltante ad assumere la diversa decisione, sarebbero, a suo dire, non supportate dai presupposti e dalle condizioni prescritte per disporre il ritiro degli atti di gara. Con i motivi aggiunti notificati il 17 giugno 2016, la Società istante deduceva l'illegittimità degli ulteriori provvedimenti impugnati, oltre che per i medesimi vizi di cui al ricorso introduttivo, per ulteriori profili di illegittimità per incompetenza della Giunta Municipale e per la violazione delle norme del procedimento, nonché per difetto di motivazione.

In particolare, contestava la circostanza che il Sindaco abbia avocato a sé talune attività riconducibili alla materia di pubblici affidamenti ovvero abbia adottato atti esorbitanti le proprie competenze e rientranti invece nell'ambito di quelle spettanti per legge e per Statuto (cfr., all. n. "21") al Consiglio comunale e/o al Dirigente del Settore-RUP.

In ogni caso, deduceva, ulteriormente, il difetto di competenza, non solo in capo al Sindaco ma anche della Giunta in quanto le determinazioni sarebbero collegate a ragioni di previsione finanziaria, rientranti nelle attribuzioni dell'organo consiliare cui compete l'indirizzo dell'azione politico-amministrativa del Comune, ivi compresa l'approvazione degli atti fondamentali quali i programmi annuali e pluriennali e le loro variazioni e assestamenti nonché il bilancio di previsione finanziario riferito ad almeno un triennio, comprendente le previsioni di competenza e di cassa del primo esercizio del periodo considerato e le previsioni di competenza degli esercizi successivi.

Nella specie, , evidenziava la ricorrente che non risulta che l'organo consiliare abbia deliberato variazioni alle previsioni finanziarie o al bilancio annuale dell'Ente negli esercizi (di cassa e di competenza) ricadenti nel periodo in considerazione, relativamente sia alle entrate e sia alle uscite, sì da fare ritenere che sia sopraggiunta una situazione di insufficienza di

risorse economiche per fare fronte all'intervento programmato quale sotteso alla specifica procedura oggetto di causa.

Nel merito della decisione operata in autotutela la ricorrente, ancora censura la tesi della eccessiva onerosità dell'intervento oggetto della procedura di project financing in considerazione del fatto che con la deliberazione di giunta n. 96 del 27 luglio 2012 di approvazione dello Studio di fattibilità (Documento preliminare alla Progettazione) era stato stabilito di stanziare sui bilanci degli anni 2012-2013.2014, con imputazione ai capitoli 4161 e 4162, e di prenotare sui bilanci finanziari annuali successivi "atteso che l'affidamento del servizio integrato avrà una durata trentennale" la somma annua di euro 1.360.000,00, corrispondente all'importo a base d'asta, il cui valore era stato stimato sulla base del costo storico registrato nel quinquennio antecedente.

Ed ancora, in ragione delle premesse della determinazione del Dirigente del III Settore – Servizi alla Città ed alle Imprese n. 95 del 16 febbraio 2016, in cui si faceva menzione della necessità delle opere oggetto di procedura ("ritenute indispensabili ed urgenti per il miglioramento della qualità della vita della città") e della utilizzazione per l'anno 2015 delle somme residue dei mutui a suo tempo contratti con la Cassa Depositi e Prestiti per il complessivo importo di euro 1.201.418,97.

Ancora, le valutazioni dell'amministrazione nell'esercizio dell'autotutela sarebbero contraddittorie con la spesa sostenuta dall'Ente per garantire la proroga del servizio e ciò senza assicurare la concorrenza nel servizio di fornitura di energia elettrica. A conforto di ciò la parte ricorrente ha invocato quanto espresso dall' ANAC – Area vigilanza - nella nota di comunicazione delle risultanze istruttorie Prot. 61 04/07 /2016 N. 0103075, prodotta in atti.

Infine, discuteva la logicità della diversa valutazione da parte dell'Amministrazione della circostanza che il protrarsi del vincolo per un periodo di trent'anni non avrebbe consentito di avvalersi di "tecniche innovative più economiche della gestione del servizio", come si evince dalla nota a firma del Sindaco in data 28 luglio 2016 prot. n. 50413, prodotta in sede di procedimento innanzi l'ANAC (di cui alla produzione documentale del Comune in allegato alla memoria depositata il 22 agosto 2016).

La ricorrente ha concluso, dunque, per la richiesta della condanna del Comune al risarcimento dei danni in forma specifica e dunque all'effetto ripristinatorio degli atti di gara, ivi compresa la riattivazione della conclusione della procedura concorsuale.

In subordine, la medesima ricorrente ha chiesto, a titolo di responsabilità extracontrattuale da atto amministrativo illegittimo, il risarcimento per equivalente di tutti danni patiti e patendi, per spese pari ad euro 140.270,30 e per mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata pari al 10% dell'importo offerto ovvero del valore stimato dell'appalto posto a base d'asta e cioè ad euro 4.080.000,00, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza sino all'effettivo soddisfo, con la conseguente condanna dell'Amministrazione comunale al pagamento del corrispondente importo.

Infine, censurava che il comportamento del Comune sarebbe stato perlomeno colposo e

comunque contrastante con i doveri di lealtà e di buona fede di cui all'articolo 1337 del codice civile, comportando una responsabilità precontrattuale anche in considerazione dell'affidamento suscitato.

Ancora in via subordinata, in ipotesi di accertata legittimità dell'atto di revoca, la ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni per spese per la partecipazione alla gara e per la redazione dell'offerta, ivi compresi i costi per i professionisti e le parcelle professionali nel complessivo importo di euro 140.270,30 (come documentato in atti), per mancato utile nella misura del 10% dell'importo dell'offerta/valore stimato posto a base d'asta tenuto conto che la propria offerta era l'unica ad essere presente in gara, nonché per la mancata annotazione in bilancio dell'utile contrattuale (pari al 10% dell'importo offerto ovvero del valore stimato dell'appalto posto a base d'asta, e cioè euro 4.080.000,00), per perdita di chance a causa della rinuncia ad ulteriori occasioni per la stipula di contratti e di fare valere il requisito economico legato alla esecuzione dei lavori nelle future gare pari al 3% dell'importo a base d'asta, oltre alla rivalutazione economica ed agli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza sino all'effettivo soddisfo, con conseguente condanna dell'Amministrazione comunale al pagamento del corrispondente importo. In via ulteriormente gradata, infine, la stessa ricorrente ha chiesto l'accertamento del proprio diritto ad un equo indennizzo ai sensi dell'articolo 21 quinquies della legge n. 241/1990 per la somma di euro 140.270,30 ovvero nella somma ritenuta di giustizia da liquidarsi anche in via equitativa ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, con la conseguente condanna dell'Amministrazione comunale al pagamento del corrispondente importo.

II – Osserva il Collegio che la causa può essere decisa esaminando le censure di cui al ricorso ed i successivi motivi aggiunti per gruppi, in ossequio ai principi di celerità e sinteticità di cui al c.p.a..

III - Con un primo gruppo di censure la parte ricorrente contesta la competenza della Commissione di gara a disporre in essere atti di ritiro della procedura. Pur dovendosi prendere atto delle conclusioni della commissione di vigilanza ANAC in ordine alla complessità del procedimento adottato dall'Amministrazione, in vero l' assunto risulta smentito per tabulas. Infatti, il comportamento della Commissione costituisce mera attuazione dell'avvio del procedimento da parte del RUP (proprio in ragione della competenza dirigenziale) e di quanto deliberato dalla Giunta con l'atto gravato con i m.a.. Per quanto attiene alla censura della mancanza della deliberazione consiliare, va rilevato che lo stesso bando, che di questa era attuazione, aveva previsto la possibilità di una revoca per difformi valutazioni da parte dell'Amministrazione. Risulta, dunque, rispettato il principio del *contrarius actus*.

IV – Con un ulteriore gruppo di censure, la parte istante si duole della mancanza dei presupposti per esercitare il potere di revoca con riguardo all'assenza di ragioni di pubblico interesse, alla omessa valutazione dell'affidamento della ricorrente medesima e della violazione dei principi del procedimento.

Essa ha certamente interesse a dimostrare l'illegittimità del potere di autotutela esercitato dall'amministrazione per ottenere il pieno risarcimento dei danni. Infatti la parte ricorrente chiede la condanna dell'Amministrazione alla reintegra della posizione compromessa e, in via

subordinata, il risarcimento dei danni patiti. Il gravame è, dunque, teso a contestare la legittimità del potere di revoca esercitato al fine di ottenere il risarcimento dei danni, quanto meno a titolo di danno emergente o dell'Indennizzo.

V - Passando, dunque, all'esame della fattispecie, nel caso che occupa, la Giunta ha revocato con la delibera oggetto di esame la procedura di gara di cui si verte.

Nella delibera di Giunta sono evidenziati alcuni profili inerenti una nuova valutazione dell'interesse pubblico (inerenti la mancanza della copertura finanziaria, la partecipazione di un unico 'promoter' alla procedura indetta – questo sì in violazione delle regole della concorrenza - e l'eccessivo protrarsi del vincolo – 30 anni – che non consentirebbe di avvalersi, per un periodo così lungo, delle nuove tecnologie che comporterebbero risparmi per l'Amministrazione e dunque per la collettività di riferimento, i cui profili di merito sfuggono dal sindacato di questo giudice non appalesando – contrariamente a quanto sostenuto da parte istante - profili di manifesta irrazionalità).

Tale motivazione rende prevalenti le ragioni di opportunità della nuova scelta, con conseguente conferma della qualificazione del provvedimento in termini di revoca. Nel caso di specie, la già citata motivazione del provvedimento di revoca è costituita appunto da una nuova valutazione dell'interesse pubblico. Tenuto che nell'esercizio del c.d. jus poenitendi l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità, deve ritenersi che la motivazione posta a fondamento della revoca non sia affetta da vizi di legittimità.

Nella specie, peraltro, l'Amministrazione non ha espressamente valutato la spettanza di un qualche indennizzo.

Tuttavia, va rilevato, che specie nel caso che occupa si era unicamente svolta la fase della presentazione delle offerte – come espressamente valutato dall'Amministrazione – sicché la ricorrente non aveva ancora maturato alcuna affidamento (anche in considerazione della prescritta clausola del bando sopra citata) in ordine all'assegnazione del servizio integrato.

Peraltro, la giurisprudenza, ancora, ha precisato che “la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo” (Cons. Stato, Sez., n. 2244 del 2010).

VI – Orbene, nel caso di legittimità del provvedimento di autotutela viene meno il presupposto su cui è stata fondata la domanda risarcitoria, costituito appunto dall'illegittimità provvedimentale.

Va precisato che anche in caso di revoca legittima si può ipotizzare che al privato derivino danni risarcibili, e non meramente indennizzabili, ma ciò discende dal fatto che tali danni conseguono non già direttamente dall'atto di revoca, ma da altre illegittimità (procedimentali o di altro tipo) commesse dall'Amministrazione.

Nella specie, devono essere respinte le ulteriori censure mosse dalla parte ricorrente in ordine ai profili partecipativi e procedimentali. Infatti, è evidente come l'eventuale partecipazione

della ricorrente non avrebbe in alcun modo potuto incidere sulla decisione dell'Amministrazione che si appalesa di carattere eminentemente discrezionale.

Del resto, come evidenziato dalla difesa dell'Amministrazione, e contrariamente a quanto assunto dall'Eurotel, questa era stata formalmente informata della volontà dell'Amministrazione comunale di revocare e annullare in autotutela tutti gli atti prodromici alla gara e, dunque, la gara stessa non ancora definitasi. La nota del 19 aprile 2016 prot. n. 25805/2016, pure impugnata con i motivi aggiunti rispondeva proprio ai principi partecipativi evocati.

rispondeva, infatti, alla finalità del rispetto del principio della

Ma va ricordato che già ancora prima l'Amministrazione aveva manifestato le perplessità a portare avanti la gara tramite un incontro svoltosi tra il Sindaco ed i rappresentanti legali dell'impresa (al quale la stessa ricorrente fa cenno in atti).

VII – Deve rilevarsi che il Consiglio di Stato (cfr. sentenza n. 7334 del 2010) ha avuto modo di precisare che nell'ordinamento precedente all'introduzione dell'art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990, l'orientamento prevalente era nel senso di escludere qualsiasi indennizzo per il soggetto nei cui confronti intervenisse la revoca in modo legittimo di un precedente provvedimento amministrativo vantaggioso per il privato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 1969, n. 266) o per lo meno un indennizzo veniva ammesso solo in casi particolari (Cass. S. U. 2 aprile 1959, n. 672).

Dopo l'introduzione del menzionato art. 21 quinquies nella legge generale del procedimento amministrativo, ad opera dell'art. 14 l. 11 febbraio 2005, n.15, come integrato dal comma 1bis introdotto dall'art. 13 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, (convertito dalla l. 2 aprile 2007, n.40), ha fatto ingresso la c.d. responsabilità della p.a. per atti legittimi).

Nel caso che occupa, dunque, respinta per i motivi sopra esposti la domanda risarcitoria, deve procedersi a valutare la domanda di indennizzo.

Tuttavia, a riguardo va rilevato che l'indennizzo ex art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990 non spetta in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, ma solo in caso di revoca di atti definitivamente attributivi di vantaggi. Deve quindi escludersi che spetti un indennizzo, ex art. 21 quinquies cit., nel caso in esame, non risultando in capo all'interessato una posizione giuridica definitiva, ben potendo l'Amministrazione dar luogo o meno a successiva procedura di affidamento della concessione o non dare corso affatto alle proposte che pure abbia ritenuto di pubblico interesse (Ad. Plen. N. 1/12). Né spetta il rimborso spese di gara, che risulta dovuto nel project financing a favore del promotore solo ove questo non risulti aggiudicatario della concessione quando la gara stessa si sia peraltro conclusa (cfr. Cons. Stato n. 3237 del 26 giugno 2015; cfr. in terminis, TAR Lazio, Sez. II bis, n. 11098 del 2015, confermata dal Cons. St., Sez. V, con sent. n. 1692 del 2016)

VII - Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso ed i successivi motivi aggiunti devono essere respinti.

Le spese di lite possono essere compensate in relazione alla complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente, Estensore

Nicola Maisano, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere