

N. 00518/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01078/2013 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1078 del 2013, proposto dalla Lauretan International University of Fine Arts Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Di Giuseppe, con domicilio eletto in Salerno, c/o Segreteria Tar;

contro

Comune di Lauro in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Felice Laudadio, con domicilio eletto in Salerno, via Roma, 61 presso lo studio dell'avv. Lanocita;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determina n. 66 del 3/4/2013, emessa dal Comune di Lauro, a firma del Responsabile del Settore Area Tecnica, con la quale l'amministrazione ha deciso l'annullamento, in sede di autotutela, della determina n. 60 del 4/5/2012, relativa all'indizione di gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione e gestione del palazzo Rocchettine;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Lauro in persona del Sindaco p.t.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2014 la dott.ssa Anna Maria Verlengia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso, notificato al Comune di Lauro l'8 giugno 2013 e depositato il successivo 20 giugno, la società Lauretan

International University of Fine Arts Srl (da ora in poi I.I.U.F.A.) impugna la determinazione n. 66 del 3 aprile 2013 con la quale il Responsabile del Servizio – Area Tecnica del Comune di Lauro ha annullato in autotutela la determina n. 60 del 4/5/2012, con la quale era stata indetta gara per l'affidamento in concessione della progettazione, realizzazione lavori e gestione del Palazzo Rocchettine, e tutti gli atti della suddetta procedura, comprendenti l'aggiudicazione definitiva alla ricorrente, adottata il 22 agosto 2012.

Avverso il suddetto provvedimento di annullamento in autotutela degli atti della procedura di affidamento, la società ricorrente articola i seguenti motivi di gravame:

- 1) eccesso di potere per insussistenza/falsità del presupposto, sviamento, difetto ed erroneità della motivazione, difetto di istruttoria, violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 21 nonies l. 241/90, dell'art. 55 del dlgs 163/2006, violazione dell'obbligo di tutela dell'affidamento – responsabilità contrattuale, ritenendosi insussistenti i presupposti del gravato annullamento, rilevandosi che:
  - a) le condizioni di recupero delle spese dei canoni di locazione risultano evidenziate nella delibera n. 39 del 26/4/2012, di approvazione del progetto preliminare, menzionata nel bando;
  - b) il disciplinare di gara imponeva ai partecipanti l'onere di visionare gli atti progettuali e loro allegati,
  - c) le prescrizioni del disciplinare sarebbero conformi al bando e comunque tali da non generare incertezze o errate rappresentazioni con conseguente inutilità del disposto annullamento;
  - d) non sarebbero stati specificati quali elementi del bando, prescritti dall'art. 64, comma 4° del dlgs 163/2006, non sarebbero stati indicati ed, in ogni caso, l'art. 64, comma 4, non troverebbe applicazione per la concessione di beni pubblici da affidare in gestione;
  - e) non risulterebbe comprensibile l'illegittimità del bando imputata all'assenza di criteri di valutazione senza esplicitazione dei criteri motivazionali e priva di motivazione la necessità che la stipula del contratto preceda l'inizio dei lavori;
- 2) eccesso di potere per violazione del principio del contrarius actus, carenza di potere in concreto, per essere mancata l'attività di esame della Commissione;
- 3) violazione del ragionevole lasso di tempo;
- 4/5) atipicità, vizio di legalità, difetto di bilanciamento degli interessi, violazione dell'affidamento e del principio di conservazione degli atti, fase conclusiva della gara, illogicità ed irragionevolezza, sviamento, per essere mancato il doveroso bilanciamento degli interessi e la considerazione del principio di conservazione degli atti, oltre alla confusione, in violazione del principio di tipicità, tra revoca ed annullamento, anche alla luce della ormai intervenuta definizione del procedimento con la aggiudicazione definitiva.

In ordine alla domanda di risarcimento dei danni per violazione dell'art. 1337 c.c., del principio di corretto esercizio del pubblico potere nella fase precontrattuale, si chiede il ristoro delle spese inutilmente sopportate, degli investimenti non ammortizzati e della perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione di altri analoghi contratti, ravvisandosi, nel comportamento tenuto dall'amministrazione, gli estremi della colpa per non essersi quest'ultima attenuta ad un criterio di ordinaria prudenza.

A seguito della Camera di Consiglio dell'11 luglio 2013, il Tribunale, con ordinanza n. 395/2013, ha respinto la richiesta misura cautelare.

Il Comune si è costituito, con memoria di rito, solo in data 22 ottobre 2013,

Alla pubblica udienza del 13 febbraio 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Il Comune di Lauro, con la determina n. 66 del 3 aprile 2013, qui gravata, ha annullato tutti gli atti della procedura, iniziata con il bando del 4/5/2012, con il quale era stata indetta una gara per l'affidamento in concessione della progettazione, realizzazione di lavori e gestione del Palazzo Rocchettine, con inevitabile travolgimento della aggiudicazione definitiva alla ricorrente, avvenuta con determina n. 104 del 22/8/2012 e comunicata con nota del

5/9/2012.

L'atto di autotutela interviene, quindi, a distanza di 8 mesi dalla definizione del procedimento di evidenza pubblica, a seguito dei rilievi, contenuti nella nota del Segretario comunale del 20/2/2013, consistenti, tra gli altri, nella mancata predisposizione, in sede di redazione del bando e del disciplinare di gara, dello schema di contratto di concessione, nonché nella mancata indicazione, nel bando di gara, della previsione dello scomputo del canone fino a concorrenza della spesa affrontata per i lavori.

Quanto al primo profilo di illegittimità del bando, si tratta di un requisito la cui indispensabilità l'amministrazione evince dal combinato disposto del comma 3 bis dell'art. 144, dlgs 163/2006 e dell'art. 115 del DPR 207/2010.

Visto il contenuto dello schema di contratto di concessione, come configurato dall'art. 115 del regolamento di attuazione del Codice dei Contratti, e tenuto conto dell'oggetto misto dell'affidamento in concessione, la mancata allegazione del contratto, rende del tutto incerta la consistenza dell'esborso economico richiesto dal bando, con impossibilità, per gli operatori interessati, di valutare la convenienza e di formulare offerte congrue, ed, eventualmente, di "assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera", come prescrive il comma 3bis dell'art. 144 dlgs 263/2006, introdotto dal decreto legge n. 1/2012 convertito nella legge 27/2012.

Tale omissione, peraltro, appare strettamente connessa e adeguatamente valutabile solo insieme alla ulteriore lacuna del contenuto del bando, consistente nella mancata esplicitazione degli esatti termini dell'investimento economico richiesti dall'affidamento in esame.

Come esattamente rilevato dall'amministrazione, e contestato dalla ricorrente, il bando non fa alcuna esplicita menzione alla decurtazione del canone dovuto dal concessionario al Comune, risultando del tutto insufficiente la circostanza che tale previsione fosse contenuta nella deliberazione di G.C. 39 del 26/4/2012, a cui il bando rinvia.

Va, a tale proposito, precisato che il rinvio alla deliberazione 39/2012 non è fatta nelle disposizioni del bando che riguardano gli oneri a carico del concessionario, bensì con precipuo riguardo al progetto preliminare.

A ciò si aggiunga che è il bando la *lex specialis* di gara e per quanto riguarda il suo contenuto essenziale, ed in tale contenuto certamente rientrano i termini economici dell'impegno da assumere da parte dell'eventuale aggiudicatario, non è affatto idoneo e sufficiente avere fissato in precedenti delibere aspetti così rilevanti, senza averne dato idonea pubblicità alla platea dei potenziali concorrenti.

Fermo restando che, a fronte delle diverse e, sul punto, contrastanti previsioni del bando, in ordine alla totale assunzione dell'impegno finanziario a carico del concessionario, era comunque necessario specificare tale affatto irrilevante profilo.

Per replicare, poi, alla inapplicabilità delle norme sugli appalti, dedotta dalla difesa della ricorrente, si ricorda che anche la Corte di Giustizia ha precisato, con riferimento alla direttiva Cons. C.E.E. 14 giugno 1993 n. 37, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, (ora sostituita dalla direttiva 18/2004, rimasta immutata sul punto che interessa), che la "concessione di lavori pubblici" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle relative agli "appalti pubblici di lavori", ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera ovvero in tale diritto di gestione accompagnato da un prezzo, tenendo presente che l'art. 11 n. 3 (ora art. 58 dir. 18/2004) della stessa direttiva impone alle Amministrazioni aggiudicatrici, che intendano avvalersi della concessione di lavori pubblici, di rendere nota la loro intenzione con un bando di gara, che deve essere redatto conformemente al modello che figura nell'allegato V di tale direttiva (all. 13 della direttiva 18/2004) e deve fornire le informazioni ivi richieste, e ciò per il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza imposti in qualsiasi situazione alle amministrazioni aggiudicatrici" (cfr. CE 423 del 22 aprile 2010).

Fermo restando, quindi, che è il bando a dovere contenere, in base a quanto si legge nell'allegato IXB, al quale rinvia l'art. 144 del dlgs 163/2006, le informazioni di cui si tratta (si vedano i nn. 8, 9, 10 del richiamato allegato), e non il disciplinare, vi è da evidenziare che neanche quest'ultimo contiene una indicazione della clausola di scomputo dei canoni fino alla concorrenza della spesa affrontata per la realizzazione dei lavori.

Atteso che le evidenziate lacune del bando, e l'infondatezza delle censure miranti a smentirne la sussistenza e rilevanza giuridica, sono da sole sufficienti a giustificare il giudizio di invalidità, presupposto dell'annullamento in autotutela qui gravato, appare superfluo lo scrutinio delle censure che si appuntano sugli altri motivi di annullamento della procedura di affidamento, in quanto inidonee a recare alla ricorrente alcuna utilità.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce la violazione del principio del *contrarius actus*, per essere mancata l'attività di esame della Commissione.

La censura è infondata.

L'attività della Commissione è limitata alla istruttoria delle domande e non sono questi gli atti da annullare, bensì quelli posti in essere dal Responsabile del Servizio.

L'attività istruttoria della Commissione viene travolta per effetto dell'annullamento in autotutela del bando e su quest'ultimo la Commissione non aveva competenza alcuna.

Del pari infondati sono i motivi con i quali si deduce l'atipicità, il vizio di legalità, il difetto di bilanciamento degli interessi, la violazione dell'affidamento, l'illogicità ed irragionevolezza, lo sviamento, per essere mancato il doveroso bilanciamento degli interessi e la considerazione del principio di conservazione degli atti, oltre alla confusione, in violazione del principio di tipicità, tra revoca ed annullamento, anche alla luce della ormai intervenuta definizione del procedimento con la aggiudicazione definitiva.

Che si tratti di ipotesi di annullamento in autotutela appare evidente dalla analitica elencazione delle incongruenze e degli elementi di criticità imputabili ad un bando non conforme alle regole che disciplinano le procedure in oggetto.

La qualificazione dell'atto di autotutela, al di là del nomen juris impiegato, va desunta dal contenuto e dagli effetti dell'atto, con conseguente irrilevanza dell'utilizzo di definizioni diverse, e per effetto dell'ampia ed esaustiva motivazione del provvedimento, tali da non determinare alcuna incertezza.

Quanto all'asserito difetto di bilanciamento dei contrapposti interessi, il provvedimento contiene una puntuale e coerente esplicitazione della effettuata ponderazione degli interessi, finendo, con argomentazioni discrezionali, scovre da profili di illegittimità sindacabili in questa sede, per ritenere prevalente l'interesse alla rinnovazione del bando, per consentire una più ampia e concorrenziale partecipazione ed evitare contenziosi in corso d'opera, tenuto altresì conto che l'affidamento in concessione è previsto per una durata trentennale, e risulta più che conforme al principio di buon andamento, economicità ed efficienza, cui va improntata l'azione amministrativa, rimediare a gravi lacune del bando, rinnovandolo, piuttosto che affrontare costosi contenziosi che finirebbero per compromettere un progetto di riqualificazione e gestione di un immobile destinato a sede di una Accademia, dal quale possono, se ben gestito, derivare significativi ritorni anche in termini economici per l'amministrazione comunale.

In conclusione, per quanto sopra osservato, il gravame va respinto, perché infondato.

In ordine alla domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, il Collegio non ravvisa quella violazione del canone di buona fede e correttezza, idonea ad integrare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 1337 c.c., nel comportamento tenuto.

Non vi è certo dubbio che non basti la dichiarata legittimità del provvedimento di autotutela ad escludere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, come ha chiarito anche l'Adunanza Plenaria (dec. 5 settembre 2005 n. 6), atteso che, se l'annullamento ha realizzato l'interesse pubblico volta per volta individuabile, "permane tuttavia il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi.

L'Adunanza Plenaria ha però anche precisato che "occorre, naturalmente, che i comportamenti predetti - per porsi quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale - risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del c.c." (v. anche CdS, IV, 662/2012 e V, 7 settembre 2009 n. 5245).

E la giurisprudenza, dalla quale il Collegio non ha ragione di scostarsi, ha, tuttavia, escluso la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione allorché la stipulazione del contratto avverrebbe in violazione di norme imperative (Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 780).

L'art. 1337 c.c. mira, infatti, a tutelare, nella fase precontrattuale, il contraente di buona fede, ingannato o fuorviato da una situazione apparente, non conforme a quella vera, e, comunque, dall'ignoranza della causa di invalidità del contratto, che né doveva da egli essere conosciuta (come nel caso di violazione di norme imperative), né poteva essere conosciuta con l'ordinaria diligenza (Cass. Civ., sez. III, 8 luglio 2010 n. 16149; sez. I, 13 maggio 2009 n. 11135).

Nel caso in questione, volendo individuare il comportamento che si assume fonte di danno, non può che riferirsi alla redazione di un bando privo di taluni requisiti necessari e richiesti dalla legge, rilevabili anche dal partecipante alla gara, trattandosi, di regola, di operatori professionali che, proprio per la loro capacità tecnica e l'impegno economico richiesto, hanno le competenze per valutare la completezza ed affidabilità di un atto di indizione di una procedura di evidenza pubblica, con riguardo alla sua idoneità a disciplinare la procedura concorsuale fino alla sua completa definizione, nel rispetto dei principi che governano tale tipologia di procedimenti.

La mancata allegazione di uno schema di contratto e delle complessive condizioni economiche del rapporto concessorio

sono elementi di immediata percepibilità e, quindi, non certo tali da generare un affidamento meritevole di tutela per un operatore professionale.

Sotto altro profilo, la redazione di un bando relativamente complesso, quale quello in oggetto, da parte di un comune di circa 3.600 abitanti, con un apparato amministrativo-gestionale non certo sufficientemente specializzato, in ragione delle sue ridotte dimensioni, che sia stato annullato otto mesi dopo l'aggiudicazione, per mancanze quali quelle di cui si è detto, non sembra integrare, sotto nessun profilo, un comportamento connotato da mancanza di correttezza e buona fede.

A ciò deve aggiungersi che la stessa ricorrente non ha adempiuto all'obbligo di presentare la progettazione definitiva ed esecutiva nel termine di 60 dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva, con ciò, non solo violando un obbligo assunto con l'accettazione della aggiudicazione ma, soprattutto, dando indirettamente prova della mancanza di un danno derivante dalla esecuzione in buona fede dell'affidamento o, più precisamente, dall'inutile impiego di risorse, ove non fornendo un indizio della consapevolezza dei vizi della procedura fino a quel momento svolta.

Va, infine, evidenziato che il tempo trascorso dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (settembre 2012) e l'adozione del provvedimento in autotutela (aprile 2013) è un tempo relativamente contenuto, soprattutto in considerazione della prevista durata trentennale della concessione oggetto dell'affidamento.

Da quanto sopra osservato, pertanto, deve concludersi anche per il rigetto della domanda di risarcimento del danno.

La particolarità della vicenda e l'estremamente ridotta attività processuale del Comune giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), 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 Salerno nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Antonio Esposito, Presidente

Francesco Gaudieri, Consigliere

Anna Maria Verlengia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2014

IL SEGRETARIO

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