# Revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuta carenza di risorse: avviso di avvio del procedimento, indennizzo, responsabilità precontrattuale. (Nota a Tar Lazio, Roma, sentenza n. 2372 del 9 marzo 2009)

DI DANIELA GIANNUZZI

SOMMARIO: 1. La questione affrontata dal T.A.R. 2. L'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241: avviso di avvio del procedimento di revoca. In particolare, la revoca motivata da carenza di risorse finanziarie nelle procedure ad evidenza pubblica. 3. Revoca dell'aggiudicazione e indennizzo. 4. Revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale.

## 1. *La questione affrontata dal T.A.R.*

In una gara indetta per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria di sostituzione e ripristino delle barriere metalliche di sicurezza di un'autostrada, la stazione appaltante, dopo aver emesso il provvedimento di aggiudicazione definitiva ma prima della stipula del contratto, revoca in autotutela l'intera procedura.

La decisione viene motivata con il venir meno delle risorse finanziarie, originariamente stanziate, per far fronte agli impegni conseguenti all'affidamento.

L'impresa aggiudicataria ricorre avverso la revoca, lamentando l'illegittimità della motivazione addotta dalla P.A. a fondamento del provvedimento e la violazione degli obblighi di comunicazione dell'avvio del relativo procedimento; chiede, inoltre, il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata stipulazione del contratto.

Nel respingere il ricorso sia in relazione alla domanda di annullamento che in ordine a quella di risarcimento dei danni, il Tribunale esamina, preliminarmente, la fondatezza della censura relativa alla mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Sul punto, il Collegio richiama l'art 21 *octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

La norma, giova ricordarlo, prevede che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Pur facendo propria l'interpretazione della disposizione recentemente fornita dal Consiglio di Stato[1], ed affermando che l'ultima parte dell'art 21 *octies* si applica anche all'attività discrezionale della P.A., ove si dimostri che il contenuto del provvedimento, a seguito dell'intervento partecipato del privato, non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato, il Tribunale tuttavia ritiene infondata la pretesa dell'impresa.

Nel caso di specie, infatti, poiché la revoca è motivata dalla carenza delle risorse finanziarie necessarie a sostenere l'adozione degli impegni contrattuali, l'eventuale partecipazione procedimentale del privato viene ritenuta ininfluente.

In secondo luogo, il Collegio si pronuncia sulla motivazione della revoca e sull'eventuale indennizzo spettante al privato in conseguenza di essa, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990.

La norma, introdotta dalla legge n. 15/2005, stabilisce che, 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 possa essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge; tuttavia, ove la revoca abbia determinato pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione dovrà provvedere al loro indennizzo.

La misura dell'indennizzo, ove la revoca riguardi rapporti negoziali, dovrà essere commisurata al solo al danno emergente, tenendo conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità, da parte dei contraenti, della contrarietà all'interesse pubblico dell'atto amministrativo revocato, sia dell'eventuale concorso che i contraenti o altri soggetti abbiano avuto in ordine all'erronea valutazione circa la compatibilità tra l'atto, successivamente revocato, e le ragioni di pubblico interesse.

Valorizzando le circostanze del caso di specie e facendo leva su motivazioni di ordine processuale, il giudicante ritiene legittima la motivazione a base della revoca e non accoglibile la pretesa indennitaria.

Infine, il T.A.R. si occupa di verificare se, pur a fronte di una revoca legittima, la P.A. sia comunque responsabile verso il privato a titolo di responsabilità precontrattuale.

Il Collegio, richiamando l'elaborazione giurisprudenziale consolidata sul tema, giunge anche in questo caso ad una conclusione negativa, ed afferma che il comportamento tenuto dalla stazione appaltante non abbia ingenerato, nel privato, alcun legittimo affidamento.

*2. L'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241: avviso di avvio del procedimento di revoca. In particolare, la revoca motivata da carenza di risorse finanziarie nelle procedure ad evidenza pubblica.*

[1] Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 1588 del 14 aprile 2008.

Preliminarmente, è opportuno ricordare che la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo è disciplinata dagli articoli 7 e 8 della legge n. 24171990, e rientra tra quegli strumenti approntati dal legislatore per consentire ai privati l'esercizio dei diritti partecipativi di cui al successivo art. 10, consistenti, sostanzialmente, nel diritto di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie e documenti.

La *ratio* delle norme citate si rinviene nell'esigenza di improntare i rapporti tra P.A. e privati ai principi di trasparenza, di leale collaborazione e di rispetto del contraddittorio, allo scopo di realizzare il superiore principio del giusto procedimento, consentendo ai pubblici poteri di ponderare compiutamente gli interessi coinvolti nel procedimento, anche in una prospettiva di deflazione del contenzioso, ed ai privati di ricevere una tutela dei propri interessi in una fase anticipata rispetto all'adozione del provvedimento finale.

L'obbligo generalizzato di comunicare l'avvio del procedimento, con le modalità di cui agli artt. 7 e 8 della legge n.241/1990, incontra tuttavia alcune deroghe, individuate dalla legge ed elaborate dalla giurisprudenza amministrativa.

Tra le prime, rientrano i casi in cui sia necessario assicurare la particolare celerità del procedimento o quelli in cui il procedimento sia diretto all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, nonché i casi dei provvedimenti cautelari e del procedimento tributario[2].

Ulteriori deroghe sono state elaborate in sede pretoria e derivano dall'applicazione del principio di raggiungimento dello scopo[3] e della c.d. prova di resistenza: la giurisprudenza, conseguentemente, ritiene valido l'atto adottato senza previa comunicazione di avvio sia quando, per ragioni di economia dei mezzi giuridici, lo scopo della norma sia stato comunque raggiunto sia quando risulti che la partecipazione del privato al procedimento non avrebbe comunque influito sul contenuto del provvedimento finale, che non avrebbe potuto essere diverso la quello concretamente adottato.

Proprio in reazione alla prova di resistenza, che è poi l'aspetto che viene in rilievo nella pronuncia in esame, si sono registrati i maggiori contrasti.

Una parte della giurisprudenza ha, infatti, sostenuto che dalla comunicazione di avvio potrebbe sempre prescindersi quando la P.A. eserciti un'attività vincolata,

---

[2] Si tratta delle deroghe contenute nell'art. 7, commi 1 e 2, e nell'art. 13, commi 1 e 2, della legge n. 241/1990.

[3] Per il principio di raggiungimento dello scopo la giurisprudenza ritiene che la mancata comunicazione di avvio non vizi il provvedimento finale quante volte l'interessato abbia comunque avuto conoscenza del procedimento in atto, potendo quindi esercitare i diritti partecipativi, come avviene, ad esempio, per le ipotesi di procedimenti che seguono ad altri procedimenti amministrativi, già conosciuti dall'interessato o dei procedimenti ad istanza di parte (tuttavia l'introduzione della lettera c-ter all'art. 8 della legge n. 241/1990 ad opera della legge n. 15/2005, nel prevedere che la comunicazione di avvio contenga anche l'indicazione della data di presentazione dell'istanza, è considerata elemento a favore della tesi per cui anche nei procedimenti ad istanza di parte è necessaria la comunicazione di avvio.)

posto che, in tali ipotesi, la rigida predeterminazione legislativa in ordine all'esercizio dell'attività amministrativa azzererebbe gli spazi, a disposizione del privato, per influire sull'esito del procedimento.

Opinione prevalente è, tuttavia, quella che, ponendosi in una posizione intermedia tra la tesi citata e l'opzione interpretativa che ritiene sempre necessaria la comunicazione di avvio, a prescindere dal tipo di attività esercitata, osserva che l'obbligo di avvio verrebbe meno solo per quei provvedimenti che sono vincolati sia nei presupposti sia nel contenuto. Diversamente, invece, dovrebbe concludersi per quella tipologia di provvedimenti vincolati nei quali sia comunque necessario analizzare i presupposti di fatto su cui si fonda l'emanazione del provvedimento.

La pronuncia in commento mostra di condividere, invece, la tesi recentemente espressa dal Consiglio di Stato[4], che reputa irrilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 21 *octies*, la natura vincolata o discrezionale del provvedimento.

Come già accennato, l'art. 21 *octies* è stato introdotto dalla legge n. 15/2005 ed ha profondamente inciso il tema delle conseguenze dell'omessa comunicazione.

Anteriormente alla novella legislativa, la mancata comunicazione comportava l'invalidità del provvedimento finale per violazione di legge, azionabile dal soggetto nel cui interesse la comunicazione era prevista.

La legge n. 15/2005 ha, per un verso, modificato l'art. 8 della legge n. 241/1990, relativo al contenuto della comunicazione di avvio, e per l'altro, ai fini che occupano, introdotto l'art. 21 *octies,* il quale, al primo comma, individua i vizi di legittimità che comportano la annullabilità dell'atto e, al secondo comma, i c.d. vizi non invalidanti.

In particolare, la prima parte del comma 2 riguarda i vizi che derivano dalla violazione di norme sul procedimento o sulla forma dell'atto, non in grado di determinare l'annullabilità del provvedimento nel caso di provvedimenti di natura vincolata, quando sia palese che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato; la seconda parte del comma 2 dell'art. 21 *octies*, invece, stabilisce che "…*il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato*".

La norma, nel suo complesso, ha scatenato un acceso dibattito in giurisprudenza, relativo alla portata sistematica da attribuire alla disposizione e, in particolare, alla sua natura, sostanziale o meramente processuale; ai fini di specifico interesse, è tuttavia più interessante esaminare le osservazioni rese in ordine al secondo periodo del comma 2 della disposizione.

[4] Cfr. nota 1.

E' opinione diffusa che tale previsione presenti caratteristiche eccentriche rispetto a quanto stabilito con il primo periodo del medesimo comma; in primo luogo, perché all'omessa comunicazione è collegata una prova di resistenza meno rigorosa, nonostante questo costituisca uno dei vizi procedimentali di maggiore gravità.
Ma, soprattutto, perché nel secondo periodo del comma 2 dell'art. 21 *octies* scompare il riferimento ai provvedimenti di natura vincolata contenuto, invece, nel primo periodo della norma.
Ciò porta a concludere che la prova di resistenza sia consentita, in questo caso, anche per atti a natura discrezionale; in particolare, si può ritenere che il legislatore abbia inteso fare riferimento alle c.d. alternative di fatto, cioè alle opzioni fattuali verosimilmente percorribili a fronte di più opzioni giuridicamente sostenibili.
Ne è prova il particolare regime probatorio previsto, che fa gravare sulla P.A. l'onere di dimostrare che l'atto, pur avendo natura discrezionale, non avrebbe potuto avere, "*in concreto*", un diverso contenuto[5].
Stabilito quindi, alla luce di tutto quanto precede, che la seconda parte del secondo comma dell'art. 21 *octies* può applicarsi anche all'attività discrezionale della P.A., il T.A.R. osserva come, nel caso di specie, la revoca sia motivata dalla sopravvenuta carenza di risorse finanziarie e dalla conseguente impossibilità di assumere gli impegni contrattuali connessi all'aggiudicazione della gara e alla successiva stipulazione. A fronte di un tale stato di cose, è agevole concludere che qualsiasi osservazione resa dal privato in sede di partecipazione procedimentale non avrebbe, comunque, potuto condurre all'adozione di un procedimento diverso rispetto a quelle "in concreto" adottato.

3. *Revoca dell'aggiudicazione e indennizzo.*
La pronuncia in esame affronta poi un secondo profilo, quello relativo all'applicabilità, al caso di specie, dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, sotto un duplice aspetto: in primo luogo, in relazione alla legittimità della revoca operata dall'amministrazione ed, inoltre, in ordine alla possibilità che all'impresa venga corrisposto l'indennizzo che la disposizione riconosce, in ricorrenza di determinate condizioni.
L'art. 21 *quinquies*, rubricato "*Revoca del provvedimento*", consente alla P.A. di revocare il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole, quando ricorrano

[5] E' questa la tesi espressa dal Consiglio di Stato, nella citata pronuncia n. 1588/2008, ove infatti si afferma: "*….volendo ammettere che il provvedimento non avesse carattere vincolato, le amministrazioni appellate hanno ampiamente dimostrato in giudizio che a seguito del parere dell'Autorità dei lavori pubblici, dei rilievi anche successivi degli organi comunitari e dell'impossibilità di attingere ai finanziamenti in origine previsti, il provvedimento di rimodulazione delle risorse non avrebbe potuto essere che quello di eliminazione dal programma del progetto relativo alla strada "Sassari-Castelsardo-Santa Teresa*".

sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario; tuttavia, qualora la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamene interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

Il comma 1-*bis* della norma si occupa, in particolare, della revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea che incida su rapporti negoziali, prevedendo che, in tali ipotesi, l'indennizzo vada parametrato al solo danno emergente, tenuto 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.

Deve osservarsi che la disposizione ha avuto un *iter* assai travagliato, essendo stata più volte abrogata e reintrodotta, da ultimo, dalla legge n. 6 agosto 2008, n. 133[6].

In relazione al primo profilo, quello relativo alla motivazione addotta dalla stazione appaltante per revocare l'aggiudicazione, il Collegio non ha dubbi circa il fatto che si tratti di una motivazione legittima.

Sostiene, infatti, il T.A.R. che la legittimità del provvedimento di revoca debba essere vagliata alla luce del bilanciamento, effettuato dalla P.A., tra circostanze di fatto sopravvenute ed interessi pubblici coinvolti.

In tale ottica, non può dubitarsi che la decisione di non vincolarsi ad impegni di spesa, quando tali impegni non risultino più sostenibili, a causa della sopravvenuta riduzione delle risorse finanziarie, sia rispondente all'interesse pubblico.

Il Collegio, tuttavia si spinge oltre ed afferma che, ove pure la carenza delle risorse non fosse stata imputabile ad eventi sopravvenuti, e la stazione appaltante avesse indetto una gara *ab origine* non coperta dalle necessarie risorse, o avesse esaurito in altro modo i fondi originariamente disponibili, la sua condotta non sarebbe stata censurabile, dovendosi ritenere in ogni caso conforme all'interesse pubblico.

Quanto, invece, all'indennizzo, il Collegio si limita a chiarire che, nel caso di specie, la relativa domanda non è stata proposta e che, quindi, l'indennizzo non può essere riconosciuto; la domanda con cui l'indennizzo viene richiesto deve, infatti, considerarsi nuova rispetto a quelle di annullamento e di risarcimento, e va proposta con motivi aggiunti.

Aggiunge, poi, il T.A.R. che la circostanza che la stipulazione contrattuale non sia ancora intervenuta impedisce di ritenere operante la previsione di cui al comma 1-

---

[6] In realtà, la legge n. 133/2008 ha introdotto un comma 1-*ter*, di contenuto identico a quello del comma 1-*bis.* Il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* è stato per la prima volta introdotto dall'art. 12, comma 4, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7; successivamente soppresso dalla legge n. 40/2007, di conversione del citato decreto, è stato poi reintrodotto dall'art. 13, comma 8-*duodevicies* dello stesso decreto legge, aggiunto dalla citata legge di conversione. Il comma in questione è stato, poi, abrogato con il decreto legge 25 luglio 2008, n. 112 e reintrodotto dall'art. 12, comma 1 bis, inserito con la legge 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del citato decreto.

*bis* dell'art. 21 *quinquies*; in mancanza di un contratto, non può infatti affermarsi che la revoca incida su "*rapporti negoziali*".
A parere di chi scrive, le considerazioni rese dal giudicante sul punto non appaiono pienamente condivisibili.
In primo luogo, può osservarsi che l'indennizzo, di cui all'art. 21 *quinquies*, prescinde dalla illegittimità del provvedimento di revoca, che è invece elemento che rileva per la configurabilità della responsabilità precontrattuale, come si vedrà meglio più oltre.
La norma collega, infatti, la spettanza della pretesa indennitaria esclusivamente alla circostanza che il provvedimento, pur legittimo, di revoca, abbia prodotto un danno in capo al suo destinatario.
Nella specie, non è dubitabile che l'intervenuta aggiudicazione produca, nell'impresa, un legittimo affidamento circa la futura stipulazione.
Ove tale affidamento debba essere sacrificato per superiori ragioni di pubblico interesse, il privato potrà tuttavia chiedere di essere indennizzato.
La decisione del Collegio, in effetti, sembra fondarsi più su motivazioni processuali (mancata proposizione della domanda) che su ragioni sostanziali.

4. *Revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale.*
Resta, ora, da esaminare, la questione relativa alla configurabilità, nel caso di specie, di una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A., in conseguenza dell'intervenuta revoca dell'aggiudicazione.
Sul punto, il Collegio richiama le conclusioni raggiunte dalla nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 5 settembre 2005, n. 6, da ultimo ribadite dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3380 del 7 luglio 2008, ed afferma che la responsabilità precontrattuale va riconosciuta quante volte la P.A. violi gli obblighi di buona fede prima della stipulazione del contratto, ovvero tenga un comportamento non conforme alle regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., sempre che tale comportamento abbia ingenerato un danno, del quale, appunto, viene chiesto il ristoro.
Quanto alla misura di tale voce di danno, il giudicante precisa che il danno per la responsabilità precontrattuale va limitato al cd. interesse negativo, cioè alle spese inutilmente sostenute in vista della conclusione del contratto ed alle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, nel periodo tra l'aggiudicazione e la revoca. Non è invece risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, spettando questa solo nel caso di revoca illegittima.
Nella specie, la decisione del Collegio di non riconoscere alcun risarcimento all'impresa si fonda sulla considerazione che, al di là dalla tesi accolta in ordine alla natura contrattuale o aquiliana della responsabilità precontrattuale, essa tuttavia

richiede che, nella condotta dell'amministrazione, siano ravvisabili gli estremi della colpa.

Nella fattispecie esaminata, essendo la revoca della gara dovuta ad una diminuzione delle risorse finanziarie dell'ente appaltante a seguito di una legge finanziaria, tale colpa non potrebbe configurarsi, posto che la P.A., non appena avuta notizia dell'approvazione di tale legge, aveva disposto la sospensione della stipula del contratto, con ciò impedendo che si formasse il legittimo affidamento della società aggiudicataria in ordine alla futura stipulazione.

Le conclusioni cui il Collegio giunge, sul punto, non si discostano da quanto affermato dalla prevalente giurisprudenza.

Generalmente, infatti, viene operata una differenziazione tra responsabilità precontrattuale in senso proprio, limitata all'interesse negativo, e responsabilità precontrattuale in senso improprio.

Nel primo caso, la lesione può essere originata sia da un provvedimento legittimo che, tuttavia, viene adottato dalla P.A. con modalità tali da ledere l'affidamento ingenerato nel privato, sia da un provvedimento illegittimo.

In ambedue le ipotesi, tuttavia, presupposto di fondo è che l'impresa non rivendichi, o non sia in grado di dimostrare, la spettanza del bene della vita, cioè del contratto non concluso, limitando piuttosto la sua pretesa alla lesione della propria libertà negoziale ingenerata dal comportamento non corretto della P.A.

Si parla, invece, di responsabilità precontrattuale in senso improprio quando la doglianza del privato sia connessa alla mancata stipulazione del contratto; in tale caso, oggetto della pretesa risarcitoria sarà l'interesse al conseguimento del bene della vita in termini di certezza o di *chance.*

Alla luce di quanto premesso, se è vero che il Collegio afferma la legittimità della revoca operata dalla stazione appaltante nel caso di specie, è vero pure che la richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato riconosce la configurabilità della responsabilità precontrattuale anche a fronte di atti di autotutela pienamente legittimi, che tuttavia siano idonei a generare un danno paramentrabile alle spese sopportate ed alle occasioni negoziali perdute.

Sembra, in conclusione, che anche in questo caso il T.A.R. si sia determinato a ritenere non accoglibile la pretesa dell'impresa ricorrente non tanto a motivo della sua astratta non configurabilità quanto, piuttosto, a causa della mancata prova, fornita dall'impresa, delle richieste voci di danno.