



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6851 del 2010, proposto da:

Concetta Zampa, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Pascazi, Angelo Casile, Gregorio Arena, con domicilio eletto presso Gregorio Arena in Roma, via Cicerone, 44;

***contro***

Istituto Professionale di Stato per i Servizi Commerciali e Turistici "Luigi Enaudi", Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Usr - Ufficio Scolastico Regionale Per Lazio, in persona dei Legali Rappresentanti p.r., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n.12;

***per l'annullamento***

della Delibera n. 397 del 28/4/2010 con la quale è stato dichiarato nullo il Bando prot. 3666 del 30/4/09 per gara pubblica di appalto del servizio bar in sede fissa e distributori automatici presso le sedi centrali e la succursale dell'istituto P.S.S.C.T. L. Enaudi nonché per il risarcimento dei danni subiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Professionale di Stato Per i Servizi Commerciali e Turistici "Luigi Enaudi" e di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Usr - Ufficio Scolastico Regionale Per Lazio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2013 la dott.ssa Ines Simona Immacolata Pisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato, deducendone l'illegittimità sotto vari profili, la Delibera n. 397 del 28/4/2010, con la quale è stato dichiarato nullo il Bando prot. 3666 del 30/4/09 -avente ad oggetto la gara pubblica di appalto del servizio bar in sede fissa e distributori automatici presso le sedi centrali e la succursale dell'istituto P.S.S.C.T. L. "Enaudi"- chiedendo nel contempo il risarcimento dei danni subiti.

La ricorrente era infatti concessionaria del servizio di somministrazione alimenti e bevande e in quanto tale gestiva

un bar allocato all'interno dell'Istituto "L.Einaudi", in virtù di contratto prot.5382/003 dell'8.09.2008 (avente validità annuale e non tacitamente rinnovabile).

Successivamente, l'amministrazione decideva di indire una gara per l'affidamento del relativo servizio (che si sarebbe dovuto svolgere a mezzo di distributori automatici, all'interno sia della sede centrale che della succursale, per un periodo di tre anni, a decorrere dal settembre 2009), da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa.

In data 28.05.2009 la ricorrente presentava la propria offerta, restando in attesa degli esiti della gara fino a quando, dopo una serie di contatti informali ed una successiva formale diffida stragiudiziale in data 14.04.2010, le veniva comunicato che in data 28.04.2010 il Consiglio di Istituto, con delibera n.397, aveva provveduto a dichiarare nullo il Bando indetto dal Dirigente Scolastico in data 30 aprile 2009, a causa della asserita inagibilità dei locali, riservandosi di indire un nuovo bando per il prossimo anno scolastico.

Pertanto, ha chiesto l'annullamento dell'atto di ritiro del Bando e contestualmente il risarcimento dei danni subiti per la mancata conclusione della procedura, nella misura corrispondente all'assenza di reddito per l'anno 2009/2010, quantificato in euro 10.000,00 ovvero, in caso di ritenuta legittimità del provvedimento di annullamento/revoca del bando di gara, il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale della P.A., nella misura complessiva di euro 2.000,00, pari ai costi sostenuti in previsione dell'attivazione del servizio (spese per stigliature, scorte etc.).

L'USR - Ufficio scolastico regionale per il Lazio, l'Istituto Professionale di Stato per i Servizi Commerciali e Turistici "LUIGI EINAUDI" e Il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca si sono costituiti in giudizio per avversare il ricorso.

Con ordinanza cautelare n.4281/10 del 30.09.2010 il Collegio ha respinto l'istanza di sospensione cautelare.

Con successiva ordinanza collegiale n.6508/12 del 17/07/2012, "vista la memoria del 16/05/12 prot.llo 38779 e avuto riguardo anche alla giurisprudenza relativa agli atti di autotutela in ambito di gare pubbliche (cfr.T.A.R. Roma Lazio sez. I, 04 gennaio 2012, n. 70)", la Sezione ha richiesto all'amministrazione documentati chiarimenti "riguardo alla situazione di fatto preesistente rispetto all'indizione del Bando di cui trattasi, nonché rispetto all'esistenza di un ulteriore soggetto, rispetto alla ricorrente, che ad avviso dell'amministrazione avrebbe partecipato alla medesima gara".

L'amministrazione ha depositato i chiarimenti richiesti e nella udienza pubblica del 24 gennaio 2013, vista la memoria difensiva depositata dalla ricorrente, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

In via preliminare, va evidenziato che l'interesse della ricorrente alla decisione del presente ricorso deve ritenersi residuare ai meri fini risarcitori di cui all'art.34, comma 3 D.Lgs. 2-7-2010 n. 104 (che, in quanto norma processuale, si applica anche ai ricorsi proposti prima della sua entrata in vigore).

Ed infatti, atteso che il Bando di cui trattasi aveva ad oggetto l'erogazione del servizio di somministrazione alimenti e bevande limitatamente al triennio settembre 2009/settembre 2012, anche in caso di eventuale annullamento dell'atto di ritiro, il provvedimento presupposto, in mancanza dell'intervenuta aggiudicazione della gara, non potrebbe esplicare ulteriori effetti.

Ciò posto, è necessario precisare che l'atto di ritiro del predetto Bando, impugnato con il presente ricorso, al di là del nomen juris deve intendersi quale "revoca" del medesimo atto.

Ed invero attraverso tale istituto, ancor prima dell'emanazione dell'art.21 quinquies della legge 241/90, l'amministrazione esercitava il potere di ritiro dei propri provvedimenti per sopravvenuti motivi di pubblico interesse nonché per successivi mutamenti della situazione di fatto.

Con l'entrata in vigore dell'art. 21 quinquies della l. n. 241/1990, il legislatore ha accolto una nozione ampia di revoca del provvedimento amministrativo, prevedendo tre presupposti alternativi che ne legittimano l'adozione: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi). La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, oggi consentita non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 25-01-2012, n. 139).

Specificatamente, nel caso in esame, le ragioni del ritiro del Bando di gara risiedono non nella presenza di vizi di legittimità originari del medesimo, bensì nella valutazione della inagibilità dei locali in cui il servizio avrebbe dovuto svolgersi (cfr sopralluoghi del Responsabile del Servizio di Sicurezza e Prevenzione del 12.03.2009 e dell'11.09.2009 e successivo provvedimento del Dirigente Scolastico prot.6123/013 del 17.09.2009).

Va premesso che al Giudice Amministrativo non è consentito sindacare, nel merito, la valutazione di inagibilità dei locali, effettuata dall'amministrazione scolastica a seguito dei sopralluoghi effettuati dal RSSP.

Ciò posto, a fronte di tale presupposto di fatto, ad avviso del Collegio al fine del legittimo esercizio del potere di revoca, ai sensi dell'art.21 quinquies della legge n.241/90 è irrilevante che essa fosse eventualmente nota all'amministrazione già prima dell'emanazione del Bando (datato 30.04.2009): in tal caso, infatti, l'amministrazione avrebbe comunque potuto procedere alla revoca del Bando "per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario", anziché "per mutamento della situazione di fatto". In entrambi i casi, infatti, la norma consente all'amministrazione di esercitare il diritto di ripensamento, specie quando, come nel caso in esame, ci si trovi in fasi non avanzate della procedura di gara, e l'interesse alla prosecuzione della medesima si scontri con la necessità di valutare e ponderare ulteriori interessi in gioco (in proposito, non può non rilevarsi come uno dei profili di criticità dei locali da adibire al servizio in oggetto, riscontrati dal RSSP, era quello relativo all'assenza di vie di fuga da utilizzare dagli studenti e dai docenti e, quindi, alla stessa sicurezza dei locali, ai sensi del Dlgs 81/08).

In realtà, nel caso specifico, la revoca del Bando risiede proprio in un mutamento delle circostanze di fatto: dalle argomentazioni esplicitate nella memoria depositata in giudizio dall'amministrazione in data 20.09.2012, prot.3720, emerge infatti come presupposto della gara fosse la possibilità di individuare all'interno della Scuola ulteriori locali, rispetto a quelli dove il bar era originariamente allocato (già ab origine valutati come "inagibili"), in cui il servizio potesse essere allocato. Tuttavia, a seguito di un nuovo sopralluogo disposto dalla nuova Dirigente Scolastica in data 11.09.2009, successiva all'emanazione del Bando, l'amministrazione – a seguito di infiltrazioni di acqua nelle pareti e della chiusura di altre aree- prendeva atto dell'indisponibilità di ulteriori spazi utilizzabili a tale fine, pertanto, decideva di soprassedere.

Tale decisione, ad avviso del Collegio, appare del tutto logica e coerente rispetto ai presupposti di fatto emersi dal verbale in questione – ovvero, la mancanza di spazi "agibili" – e a nulla potrebbe rilevare da un lato l'eventuale incompetenza del Dirigente Scolastico ad adottare il provvedimento dichiarativo dell'inagibilità ex art.54 D.lgs.267/00 - venendo tale presupposto in rilievo quale circostanza descrittiva di una situazione di fatto atta a determinare la necessità di soprassedere sulla gara, in attesa di una risistemazione dei locali- dall'altro l'ispezione con esito favorevole della ASL RM. Stante la legittimità del provvedimento di revoca, pertanto, deve ritenersi insussistente il presupposto oggettivo per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno connessa.

In ogni caso, non può non evidenziarsi che l'accoglimento della domanda risarcitoria presuppone, inoltre, che sia accertata l'esistenza anche degli ulteriori presupposti di configurazione del danno risarcibile e, in primo luogo, dell'elemento soggettivo della fattispecie, che nel caso specifico pare da escludersi. Infatti, la scelta dell'amministrazione appare tutt'altro che improvvisa, estemporanea ed ingiustificata, essendo stata determinata dai

ripetuti sopralluoghi che attestavano condizioni relative allo stato dei luoghi tali da evidenziare profili rilevanti al fine della sicurezza degli studenti e dei docenti e, quindi, da costituire un sufficiente presupposto per la revoca del bando (Cons. Stato Sez. V, 14-09-2012, n. 4894).

Analogamente, con riferimento all'ulteriore domanda di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, ex art. 1337 c.c. (vpag.12 ricorso introduttivo), pur ammissibile in astratto (Cons. Stato Sez. IV, 07-02-2012, n. 662, in parziale riforma della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, sez. III, n. 1392/2011), il Collegio ritiene che nel caso specifico anch'essa vada respinta.

Ed invero, costituisce *ius receptum* il principio secondo cui anche l'eventuale legittimità dell'atto di revoca dell'aggiudicazione di una gara, non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento della P.A., con riguardo al rispetto dei canoni di buona fede e correttezza in senso oggettivo nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto di appalto.

La responsabilità precontrattuale per la revoca della gara è infatti sempre configurabile, qualora il fine pubblico venga attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà, sicché, anche dalla revoca legittima degli atti di gara, può scaturire l'obbligo di risarcire il danno, nel caso di affidamento suscitato nell'impresa. In particolare, l'accertamento della responsabilità precontrattuale della P.A. non è escluso dalla dichiarata legittimità del provvedimento di annullamento o di revoca assunto in via di autotutela, posto che la revoca dell'aggiudicazione pone al riparo l'interesse pubblico, ma non quello privato. Permane infatti il legittimo affidamento suscitato nel privato dagli atti della procedura di evidenza pubblica, poi rimossi dalla P.A., quando la ricorrente non poteva non confidare, con correttezza e buona fede, durante il procedimento di evidenza pubblica, sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto (Cons. Stato Sez. IV, 07-02-2012, n. 662; T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 19-10-2011, n. 1552).

Orbene, se è vero che nel caso in esame, anche ad accedere alla tesi dell'amministrazione (cfr.punto 4 del verbale n.101 del 19.06.2009, pubblicato sull'albo scolastico, in cui si dà atto che "al bando....hanno risposto due ditte"), la ricorrente aveva quantomeno il 50% delle chances di aggiudicazione della gara, ciò non può ritenersi sufficiente per determinare l'accoglimento della relativa pretesa. Ed invero, nelle gare di appalto – a cui la presente può assimilarsi- il risarcimento danni derivanti da responsabilità precontrattuale riguarda il solo interesse negativo, ossia le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata. In linea con l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana, la prova di tali danni spetta alla parte lesa (T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, 03-10-2012, n. 4017; T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, 29-03-2012, n. 198; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 02-03-2012, n. 289; T.A.R. Veneto Venezia Sez. II, 08-09-2011, n. 1372; Cass. civ. Sez. III, 29-07-2011, n. 16735).Orbene, nel caso in esame la ricorrente non ha dimostrato la perdita di ulteriori occasioni favorevoli, né l'ammontare effettivo delle spese sostenute per partecipare alla gara.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto, unitamente alle domande di risarcimento del danno proposte.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Paolo Restaino, Consigliere

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2013

IL SEGRETARIO

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