



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1489 del 2011, proposto da Arfega s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego Vaiano e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

***contro***

Ministero per i beni e le attività culturali in persona del Ministro in carica, Soprintendenza per i beni Archeologici di Napoli e Pompei in persona del Soprintendente in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 25901/2010, resa tra le parti, concernente revoca della aggiudicazione dei lavori di restauro conservativo, consolidamento e sistemazione del verde della piscina Mirabile in Bacoli.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimiate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2012 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti l'avvocato Vaiano e l'avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La società Arfega a r.l. chiede la riforma della sentenza con cui il Tribunale amministrativo della Campania ha respinto il ricorso proposto avverso il decreto n. 47/2010, con il quale la Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Provincia ha disposto la revoca dell'aggiudicazione dei lavori di restauro conservativo, consolidamento e sistemazione del verde della Piscina Mirabile in Bacoli, e per il risarcimento dei danni patiti per effetto del provvedimento impugnato.

L'aggiudicazione dei lavori è stata comunicata alla società ricorrente in esito alla gara esperita in data 13 gennaio 2005; in data 11 febbraio 2005 venivano stipulati gli atti di cottimo fiduciario per l'esecuzione dei lavori, atti nei

quali si specificava la facoltà dell'Amministrazione di "risolvere in qualunque momento...il contratto riconoscendo all'impresa il diritto al pagamento..dei lavori già eseguiti e del valore dei materiali esistenti in cantiere...oltre al decimo dell'ammontare delle opere non eseguite".

Subito dopo la stipula di tali atti di cottimo, la Soprintendenza, secondo quanto si legge nel provvedimento impugnato in primo grado, si è resa conto che le tecniche di intervento previste alla data del 25 ottobre 2004, nella quale erano state redatte le perizie di spesa poste a base della scelta del contraente, erano ormai inadeguate a garantire la salvaguardia del monumento, ormai sempre più imprevedibilmente interessato da un ineluttabile degrado: per tale motivo, i lavori non venivano consegnati alla ricorrente, che non ne ha mai reclamato la consegna.

A seguito di un sopralluogo tecnico scientifico del 2008 e di studi del Centro interdisciplinare di ingegneria per i beni culturali dell'Università Federico II, presentato nel 2008, è poi emersa la necessità di modificare sostanzialmente sia le categorie di lavoro sia i costi rispetto a quelli originariamente previsti, e così di riconsiderare tutti gli interventi già affidati alla ricorrente, anche perché, nel frattempo, le murature perimetrali del monumento erano state interessate da dissesto statico, con rischio di crollo sulla pubblica via. I lavori divenuti necessari sono stati oggetto di perizie di variante approvate dalla Soprintendenza nell'ottobre 2009, e l'aggiudicazione originaria è stata revocata con il provvedimento del 7 settembre 2010, oggetto del giudizio.

I) La revoca dell'aggiudicazione, già disposta a favore della ricorrente, è stata quindi motivata dalla sopravvenuta rilevata inadeguatezza delle tecniche di intervento previste negli atti di affidamento a garantire la salvaguardia del monumento in questione per l'imprevedibile fenomeno di ineluttabile degrado delle strutture e per il sopravvenuto dissesto statico delle murature perimetrali, con conseguenti modifiche sostanziali delle categorie dei lavori e degli importi assegnati.

In base a tali considerazioni, riassumibili nella sopravvenuta rivalutazione degli interventi necessari per la sistemazione della piscina, l'Amministrazione ha ravvisato motivi di pubblico interesse tali da imporre la revoca dell'aggiudicazione.

Il Tar, con la sentenza impugnata, premesso che il diverso disegno organizzativo perseguito dall'Amministrazione e la conseguente inopportunità di procedere ad un parziale e settoriale affidamento dell'intervento in questione, rappresentava un grave motivo di pubblico interesse che legittimava l'Amministrazione a non dar ulteriore corso all'affidamento dell'appalto, ha escluso la fondatezza della pretesa risarcitoria nell'ambito della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 del codice civile, per non avere la ricorrente sufficientemente allegato e dimostrato gli effettivi nocumenti subiti a causa della violazione dell'affidamento riposto nella positiva conclusione del procedimento.

I primi giudici hanno, invece, ritenuto applicabile la complementare tutela di tipo indennitario prevista dall'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge n. 15 del 2005, quale forma di ristoro patrimoniale conseguente al legittimo esercizio del potere di revoca nell'esclusivo riferimento ivi contenuto al danno emergente, e quindi nella misura di 2000 euro, in considerazione sia delle spese vive sostenute per conseguire l'aggiudicazione (partecipazione alla gara informale e stipulazione, a seguito di sottoscrizione della cauzione definitiva mediante fidejussione bancaria, del conseguente contratto), sia dei costi connessi all'approntamento dei mezzi necessari all'esecuzione della prestazione, alla luce delle avvenute lavorazioni preliminari e delle concordate perizie di variante.

II) Avverso tale sentenza la società ricorrente ribadisce le censure già avanzate in primo grado, sostenendo che il provvedimento impugnato costituisce un recesso ad nutum ex art. 134 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (con conseguente proprio diritto al risarcimento), ovvero, in subordine, una violazione degli obblighi di correttezza sanzionati dall'art. 1337 cod. civ. (da risarcire nella misura del 10% dell'importo contrattuale), ovvero, ancora in

via graduata, una ipotesi di revoca ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990 (con conseguente insufficienza dell'importo liquidato dal Tar a titolo di indennizzo).

III) Va innanzitutto escluso che la fattispecie in esame debba essere inquadrata nella fattispecie regolata dall'art. 134 d.lgs.: il diritto di recesso previsto da tale norma, il cui testo è stato riprodotto negli atti di cottimo fiduciario intervenuti tra le parti, presuppone l'avvio dell'esecuzione del contratto, mentre, nella fattispecie in esame, l'Amministrazione non ha mai provveduto alla consegna dei lavori, né la società ricorrente ha mai chiesto tale consegna.

IV) L'inquadramento della controversia deve, quindi, essere condotta alla stregua dell'art. 1337 cod. civ. ovvero ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990.

A tal fine, giova premettere qualche considerazione che valga a distinguere la fattispecie risarcitoria ex art. 1337 cod. civ. da quella che, ai sensi dell'art. 21 quinquies citato, è fonte di indennizzo a favore del soggetto inciso dal provvedimento di revoca.

Secondo la nozione ampia accolta da quest'ultima norma, la legittimità della revoca è ancorata a tre presupposti tra loro alternativi (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13 aprile 2011, n. 2291 e sez. V, 5 luglio 2011, n. 4028): a) la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse; b) il mutamento della situazione di fatto; c) una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Il mutamento della situazione da regolare, determinato dallo scorrere del tempo e dalla connessa nuova valutazione dell'interesse pubblico originario o sopravvenuto, è quindi elemento che l'Amministrazione può motivatamente e legittimamente prendere in considerazione per addivenire ad una nuova determinazione con effetti anche su atti negoziali, rispetto ai quali le conseguenze sono di carattere meramente indennitario, secondo le regole poste dalla norma citata e nei limiti del solo danno emergente.

Rispetto alla fattispecie così regolata, che concreta una ipotesi di responsabilità per atto lecito, l'art. 1337 cod. civ., applicabile in quanto compatibile anche ai rapporti negoziali della pubblica Amministrazione, postula l'esistenza di affidamenti suscitati dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi in violazione del principio di correttezza e buona fede (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 5 settembre 2005, n. 6; sez. VI, 5 settembre 2011, n. 2011), come avviene nel caso in cui, a fronte dell'avvenuta aggiudicazione definitiva, l'amministrazione intimata abbia tenuto un comportamento palesemente inerte ed omissivo ovvero non compatibile con il generale obbligo di realizzazione degli adempimenti necessari per la validità, l'efficacia o l'utilità del rapporto negoziale (per tutte, Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012 n. 2239).

Nella fattispecie in esame, il provvedimento impugnato, emesso a distanza di cinque anni dall'aggiudicazione dell'appalto e determinato dalla opportunità di una riconsiderazione generale dell'intervento, ormai insufficiente nella sua portata originaria, non può considerarsi integrare una ipotesi di responsabilità ex art. 1337 cod. civ. (che assume la colpa quale elemento fondante), ma si qualifica come revoca ai sensi dell'art. 21 quinquies, poiché sia la nuova riconsiderazione dell'interesse pubblico al restauro completo del complesso archeologico, sia il mutamento della situazione di fatto evidenziano la legittimità della riconsiderazione dell'interesse pubblico ad evitare una spesa di risorse pubbliche inutili a risolvere i problemi nel frattempo emersi.

Quanto poi alle vicende sopravvenute, riferite nella memoria depositata dall'appellante in prossimità dell'odierna udienza e relative all'indizione di una successiva gara per il restauro del medesimo monumento (gara alla quale essa ha partecipato), le vicende oggetto dell'appello in esame possono, eventualmente, rifluire sulla legittimità dei nuovi provvedimenti, ma questi non possono, a loro volta, costituire parametro di (il)legittimità degli atti ora in esame: ciò, a prescindere dalla considerazione che l'oggetto del nuovo appalto (consolidamento e restauro del prospetto nord-est e diserbo in copertura) appare più limitato rispetto ai primi lavori messi in gara, relativi al

restauro conservativo, consolidamento e sistemazione del verde del complesso archeologico.

La riconsiderazione dell'interesse pubblico, operata dall'Amministrazione in relazione a diverse e sopravvenute esigenze connesse al progetto dell'opera appaltata, rende, in conclusione, legittima la revoca, a nulla rilevando, contrariamente a quanto ha dedotto l'appellante, che dette esigenze siano il frutto anche di una inesatta valutazione dell'interesse pubblico e della incongruenza del progetto originario da parte dell'Amministrazione appaltante (in termini, Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662).

Ne deriva che erroneamente la società appellante deduce la violazione dell'affidamento per effetto della revoca impugnata, poiché, come si è detto, tale posizione soggettiva, e la tutela che vi è connessa, attengono al diverso ambito della responsabilità per colpa precontrattuale, presidiata dall'art. 1337 cod. civ., e non al campo dei poteri che l'ordinamento attribuisce alla pubblica Amministrazione nel perseguire l'attualità dell'interesse pubblico, mediante il ritiro di atti anche incidenti su perduranti assetti negoziali.

Per lo stesso motivo non può essere valorizzata, contrariamente a quanto ha dedotto l'appellante, la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, anch'essi rilevanti quali presupposti della fattispecie risarcitoria, e non invece quali presupposti della revoca ex art. 21 quinquies.

Simmetrico errore, peraltro, affligge la sentenza impugnata, laddove imputa alla ricorrente "l'insufficiente allegazione e dimostrazione in ordine agli effettivi nocuenti subiti", dimostrazione che rileverebbe laddove la fattispecie rientrasse nell'ambito del risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, danno che allora sarebbe da parametrare sia sul danno emergente, sia, ove provata, sulla perdita di ulteriori favorevoli occasioni contrattuali, sia sul danno curriculare, in caso di mancata stipulazione del contratto a fronte di aggiudicazione definitiva.

Trattandosi invece, come si è detto, non di responsabilità ex art. 1337 cod. civ., ma di revoca ai sensi dell'art. 21 quinquies, la conseguenza a carico dell'Amministrazione non va inquadrata nell'ambito del risarcimento del danno, ma dell'indennizzo per atto legittimo.

Tale indennizzo deve essere commisurato, secondo l'art. 21 quinquies citato, al solo danno emergente: vengono così in evidenza i costi sostenuti dall'appellante fino al momento della revoca, sia per la partecipazione alla gara, sia per le lavorazioni preliminari effettuate in accordo con la Soprintendenza.

Trattandosi di indennizzo, l'importo non deve, peraltro, coincidere con l'effettivo esborso sopportato, ma può essere equitativamente liquidato.

Tuttavia, la quantificazione operata dai primo giudici nella misura di 2.000 euro appare effettivamente eccessivamente esigua, come sostiene il terzo motivo d'appello (tenuto conto dell'importo dei lavori originariamente concordato, nonché della statuizione delle spese sopportate per il giudizio, che il Tar ha compensato tra le parti, così non rendendo effettiva la tutela spettante alla parte risultata vincitrice della controversia).

V) La sentenza impugnata merita, pertanto, riforma sia nella parte qualificatoria della fattispecie, sia nella parte in cui quantifica l'indennizzo da corrispondere alla ricorrente, indennizzo che il Collegio ritiene equo determinare nella somma forfettaria di 7.000 (settemila) euro.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato n. 1489 del 2011, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, quantifica nella misura forfettaria di 7.000 (settemila) euro l'indennizzo dovuto alla società ricorrente, alla quale dovrà essere anche restituito l'importo del contributo unificato versato.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere alla società appellante le spese del doppio grado del giudizio, nella misura di 3.000 (tremila) euro, oltre IVA e CPA.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2012

IL SEGRETARIO

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