

N. 00206/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00138/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 138 del 2009, proposto da:
Costruzione Gestione Reti Tranviarie - C.G.R.T. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Manieri, con domicilio eletto presso Massimo Avv.
Manieri in L'Aquila, Via Avezzano, 11/C;

contro

Comune di L'Aquila, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Domenico De
Nardis, domiciliato in L'Aquila, Via G. Pastorelli N.18/C;

per l'annullamento,

- della deliberazione di Giunta comunale 7 gennaio 2009, n. 1, con la quale il Comune dell'Aquila
ha disposto l'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, delle
deliberazioni di Giunta comunale n.798/2002 e 804/2002 con le quali era approvata la concessione
di costruzione e gestione della rete tranviaria su gomma in favore della C.G.R.T. sottoscritta in data
2 dicembre 2002;

-della deliberazione 7 gennaio 2009, n. 2 della Giunta comunale;

- della determinazione dirigenziale 8 gennaio 2009, n.2 del settore opere pubbliche, che ha disposto
l'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, delle deliberazioni di
Giunta comunale n.798/2002 e 804/2002;

per la condanna del Comune dell'Aquila al risarcimento del danno o alla corresponsione
dell'indennizzo;

16

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2015 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con deliberazione di Giunta comunale 7 gennaio 2009, n. 1, il Comune dell'Aquila ha disposto l'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, delle deliberazioni di Giunta comunale n.798/2002 e 804/2002 con le quali era approvata la concessione di costruzione e gestione della rete tranviaria su gomma in favore della C.G.R.T. sottoscritta in data 2 dicembre 2002, demandando al Dirigente del settore opere pubbliche l'adozione degli atti conseguenti.

2.- Con deliberazione 7 gennaio 2009, n. 2, la Giunta comunale trasmetteva al Consiglio comunale la proposta di deliberazione concernente la presa d'atto della delibera di Giunta comunale n.1/2009 recante l'annullamento in autotutela della concessione di costruzione e gestione della linea tranviaria.

3.- Con determinazione dirigenziale 8 gennaio 2009, n.2 del settore opere pubbliche, vista anche la deliberazione di Giunta comunale 7 gennaio 2009, n. 1, richiamando e facendo propri i medesimi presupposti di fatto e diritto della citata deliberazione di giunta comunale, ha disposto l'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, delle deliberazioni di Giunta comunale n.798/2002 e 804/2002 con le quali era approvata la concessione di costruzione e gestione della rete tranviaria su gomma in favore della C.G.R.T. sottoscritta in data 2 dicembre 2002.

Il Comune fonda l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sui seguenti presupposti:

a) sulla sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2008 che ha ritenuto contraria al diritto comunitario la procedura indetta dal Comune dell'Aquila, il quale ha aggiudicato con il meccanismo del project financing una concessione di lavori pubblici, che, stante le modalità di gestione del servizio di trasporto contenute nella convenzione, avrebbe dovuto essere qualificata come appalto di lavori, non essendo ravvisabile l'accollo del rischio di impresa e la remunerazione del costo dei lavori tramite la gestione del servizio; la remunerazione dei lavori era infatti costituita dal corrispettivo erogato dall'Amministrazione, senza alcun rischio di impresa, con il conseguente accertamento della violazione da parte della Repubblica italiana degli obblighi derivanti dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, in materia di coordinamento di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici;

b) sulle note 2 dicembre 2008, n.13444 e 16 dicembre 2008, n.13916, con le quali la rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione Europea intimava al Comune di L'Aquila che, entro il 13

gennaio 2009, avrebbero dovuto comunicare alla Commissione europea i provvedimenti adottati o in procinto di adottare per l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia, preannunciando l'avvio della procedura ex art. 228 del Trattato UE, in caso di mancata esecuzione della sentenza;

c) sulla sussistenza di vizi di legittimità per violazione del diritto comunitario definitivamente accertati dalla Corte di Giustizia;

d) sulla base di altre considerazioni in relazione sia al ritardo nell'esecuzione dei lavori da parte della concessionaria con conseguente lievitazione degli oneri per l'Amministrazione sia alla impossibilità concreta di realizzare alcune parti del tracciato della linea tranviaria a causa dei pareri negativi del Ministero per i beni e le attività culturali, anche alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 5939/2008 sia dalla volontà della concessionaria di non proseguire i lavori sia infine dal mancato pagamento della fornitura di treni da parte della concessionaria;

e) sull'obbligo del Comune di farsi carico delle conseguenze dell'accertato inadempimento dello Stato alla normativa comunitaria ai sensi dell'art. 1, commi 1213 e 1216, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

4.-Con ricorso notificato in data 13 marzo 2009 e depositato il successivo 27 marzo 2009 la Costruzione gestione reti tranviarie C.G.R.T. s.r.l. (d'ora in avanti: C.G.R.T.) ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti individuati ai precedenti paragrafi recanti l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e della concessione, oltre al risarcimento dei danni e alla liquidazione di un indennizzo.

5.- Per resistere al ricorso si è costituito il Comune di L'Aquila, eccependo l'infondatezza del ricorso nel merito, nonché il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in merito alla liquidazione dell'indennizzo richiesto.

6.- All'udienza pubblica del 25 febbraio 2015 parte ricorrente ha manifestato di non avere più interesse alla domanda impugnatoria. Dopo la discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

7.- In via preliminare, va disattesa l'istanza istruttoria depositata in data 5 gennaio 2015 con la quale parte ricorrente ha chiesto l'acquisizione del parere del Prof. Avv. Vincenzo Cerulli Irelli e dell'ing. Donato Carlea, documenti che il responsabile unico del procedimento avrebbe acquisito in forza di deliberazione di Giunta comunale 24 maggio 2013, n.260.

L'art. 46, comma 2, c.p.a. impone all'Amministrazione di depositare in giudizio il provvedimento impugnato, "nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio".

Dall'esame della deliberazione n.260/2013 emerge che la Giunta comunale, preso atto che la C.G.R.T. citava in giudizio il Comune dinanzi al Tribunale ordinario di L'Aquila per la condanna al pagamento della somma di Euro 3.700.000,00, che il Tribunale rigettava la domanda e che, in pendenza del giudizio d'appello, la CGRT con nota 25 febbraio 2012 manifestava la volontà di addivenire ad una transazione diretta alla definizione di ogni controversia, formulava espresso indirizzo al Dirigente del settore ricostruzione pubblica di definire la controversia mediante accordo transattivo, autorizzando il responsabile unico del procedimento ad avvalersi della consulenza "di soggetti dotati di alta professionalità".

I pareri che la ricorrente afferma essere stati acquisiti dal Comune in forza della citata delibera non costituiscono atti del procedimento che ha portato all'adozione dell'impugnato provvedimento di

annullamento d'ufficio della concessione, ma mirano ad orientare la condotta (anche processuale) dell'ente ai fini di una composizione transattiva delle lite pendente e pertanto l'Amministrazione non aveva alcun obbligo di depositarli in giudizio a norma dell'art. 46, comma 2, c.p.a..

Va infatti osservato che allorquando l'Amministrazione chieda un parere legale ad un professionista esterno, allo scopo di definire la propria strategia difensiva in relazione ad una controversia, tale consulenza mira non già a sfociare, quale atto endoprocedimentale in un provvedimento, bensì a fornire all'ente tutti gli elementi necessari alla tutela dei suoi interessi, onde essa resta caratterizzata dalla riservatezza ed è sottratta all'accesso, perché serve a delineare la futura condotta processuale o comunque la condotta più conveniente per la pubblica amministrazione, anche nell'eventualità di una composizione transattiva delle liti.

8.- Nel merito, il Collegio prende atto della dichiarazione di sopravvenuto difetto di interesse alla domanda di annullamento degli atti impugnati.

L'esame dei motivi di illegittimità denunciati è dunque finalizzata a verificare la fondatezza della domanda risarcitoria o di indennizzo, queste ultime proposte in via alternativa in relazione alla qualificazione giuridica data agli atti impugnati (annullamento d'ufficio o revoca).

8.1.-Con una prima censura parte ricorrente deduce l'incompetenza del responsabile unico del procedimento e del dirigente del settore opere pubbliche ad avviare il procedimento di riesame, in assenza di alcuna deliberazione di Giunta comunale.

La censura non merita accoglimento.

L'art. 10 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 impone alle Amministrazioni aggiudicatrici di nominare un responsabile del procedimento "per ogni intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico" il quale è l'unico responsabile "per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione".

Dalla norma sopra richiamata si desume la obbligatorietà della nomina di un responsabile del procedimento unico per ogni intervento da realizzarsi tramite contratto pubblico e l'ampiezza delle sue funzioni, che comprendono tutte le fasi nelle quali ciascun intervento si articola. Il responsabile del procedimento è, peraltro, tenuto ad informare l'Amministrazione aggiudicatrice di ogni anomalia concernente il contratto, ivi compresa l'opportunità di procedere al riesame, in autotutela della procedura di affidamento e alla caducazione dei contratti stipulati.

Il responsabile del procedimento non opera, quindi, su impulso dell'organo di indirizzo politico, ma è l'organo che da solo è dotato di poteri di impulso e guida di tutte le fasi inerenti la realizzazione di un intervento mediante contratto pubblico, il quale, oltre ad ampi poteri di organizzazione e direzione dell'istruttoria è deputato alla verifica e al controllo della correttezza e della legittimità delle procedure ed eventualmente, in caso di accertata illegittimità di tali procedure, a dare avvio, come avvenuto nella specie, ad un procedimento di annullamento d'ufficio della procedura di affidamento.

Giova peraltro evidenziare che, se è vero che nei Comuni sia la Giunta che i dirigenti sono organi cui la legge attribuisce funzioni "lato sensu" esecutive dell'indirizzo politico è altrettanto vero che il "discrimen" tra le due competenze è da individuare nella diversa natura dei due organi e nel principio di separazione tra attività politica e attività gestionale, nel senso che la Giunta è un organo di governo dell'Ente locale e pertanto svolge una funzione di attuazione politica delle scelte fondamentali operate dal Consiglio, mentre ai dirigenti compete l'attività di gestione tecnica-

finanziaria-contabile e l'assunzione di tutti i provvedimenti amministrativi (o atti di diritto privato) necessari per conseguire gli obiettivi stabiliti dagli organi di indirizzo.

L'adozione degli atti amministrativi relativi alla procedura di affidamento di un contratto pubblico, ivi compresa l'adozione della determinazione a contrattare e le modalità di scelta del contraente, così come l'adozione degli atti del procedimento di riesame di tale procedura, sono, quindi, di competenza dell'organo dirigenziale dell'ente, il quale, peraltro, è direttamente responsabile, in via esclusiva, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione (art. 192 e art. 107, commi 2 e 6 del d.lgs. n. 267 del 2000).

Non risulta pertanto fondato il dedotto vizio di incompetenza del responsabile del procedimento e del dirigente amministrativo ad adottare la nota 9 aprile 2008 n.14867, con la quale era comunicato all'odierna ricorrente l'avvio del procedimento di riesame della procedura che aveva portato all'affidamento della costruzione e gestione della tranvia leggera su gomma, in quanto, la decisione di dare impulso ad un procedimento di riesame concerne la gestione amministrativa e l'adozione di atti amministrativi, di competenza dei funzionari amministrativi, in virtù del citato principio di separazione delle funzioni di indirizzo politico da quelle di gestione amministrativa.

9.- E' parimenti infondata la censura con la quale parte ricorrente tenta di dedurre l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione dalla asserita natura ibrida della nota 9 aprile 2008 n.14867 laddove essa richiama sia l'art.7 sia l'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n.241.

Tale nota, osserva il Collegio, ha la valenza di atto di comunicazione dell'avvio del procedimento di autotutela ex art. 7 legge 241/1990 e reca, contrariamente a quanto ritenuto da parte ricorrente, in conformità a quanto previsto dall'art. 8 della medesima legge, l'indicazione dell'ufficio (Settore opere pubbliche) e il nominativo del responsabile del procedimento (ing. Fabrizio De Carolis). La mancata indicazione della data di conclusione del procedimento costituisce una mera irregolarità dell'atto amministrativo, incapace di ledere l'interesse pubblico perseguito dalle disposizioni che garantiscono la partecipazione del privato al procedimento e pertanto non è idonea ad inficiare i successivi atti del procedimento.

9.1.- Non merita, del pari, accoglimento la doglianza con la quale parte ricorrente lamenta che il contraddittorio procedimentale non avrebbe avuto ad oggetto le sentenze della Corte di Giustizia europea (sentenza 13 novembre 2008 C-437/07) e del Consiglio di Stato, benché tali decisioni fossero poi state poste a fondamento dell'impugnato provvedimento di autotutela.

Invero, il vizio che ha indotto il Comune a disporre l'annullamento d'ufficio è costituito proprio dalla illegittimità, per contrarietà al diritto comunitario, della procedura di affidamento del contratto in questione, accertata dalla sentenza della Corte di Giustizia.

Se è vero che tale decisione è intervenuta successivamente all'atto di comunicazione di avvio del procedimento, è altrettanto vero che l'Amministrazione, con la comunicazione di avvio del procedimento chiariva espressamente che l'apertura del procedimento di riesame della procedura di affidamento era dovuto proprio al ricorso proposto dalla Commissione europea, le cui deduzioni, quanto alla non configurabilità di una concessione, ma di un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma, sono state pienamente accolte dalla Corte di Giustizia. Di conseguenza, la questione della contrarietà al diritto comunitario del contratto stipulato costituiva un tema già sottoposto a contraddittorio procedimentale.

Inoltre, la ricorrente con nota del 24 novembre 2006, n.48588, era già stata informata dal Comune di L'Aquila sia della pendenza di una procedura di infrazione comunitaria sia dalle problematiche

derivanti dalla pendenza del giudizio amministrativo (recte: dell'ordinanza del Consiglio di Stato n.3156/06) per l'esecuzione dei lavori nella zona di via Roma.

10.- Parte ricorrente con una seconda censura deduce che vi sarebbe un contrasto tra il parere favorevole di regolarità contabile espresso in calce alla delibera di Giunta comunale che disponeva l'annullamento d'ufficio e l'analogo parere espresso in calce alla determina dirigenziale che disponeva l'annullamento d'ufficio, in quanto il parere da ultimo citato non sarebbe favorevole.

La censura non merita condivisione, in quanto la determina dirigenziale che dispone l'annullamento d'ufficio della procedura di affidamento e della concessione stipulata con la C.G.R.T. sancisce espressamente che la "determina non comporta al momento impegno di spesa", con la conseguente irrilevanza di ogni questione in ordine alla presunta mancanza di copertura finanziaria.

11.- Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione dell'art.21 nonies della legge 241 del 1990, in quanto i provvedimenti impugnati si limiterebbero a disporre l'annullamento della sola concessione e non degli atti amministrativi ad essa presupposti.

Il motivo è infondato, in quanto sia dalla comunicazione di avvio del procedimento (nota 14864/2008), con la quale il Comune chiariva che era stato avviato il procedimento di "riesame degli atti amministrativi relativi all'affidamento...della concessione..." sia dalla parte motiva dei provvedimenti impugnati, nella parte in cui chiariscono che il vizio di violazione del diritto comunitario comporta l'annullamento degli atti che hanno portato all'affidamento, si desume che l'oggetto del provvedimento di autotutela è costituito da tutti gli atti del procedimento amministrativo sfociato con l'affidamento in concessione alla C.G.R.T.

12.- Con il quarto motivo di ricorso parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 21 nonies della legge 241/1990 in relazione alla insussistenza dei presupposti per disporre l'annullamento d'ufficio e lamenta che i provvedimenti impugnati sarebbero viziati da:

-difetto di motivazione in relazione all'interesse pubblico perseguito, alla omessa considerazione degli interessi del privato e alla mancata considerazione dell'aspettativa maturata in relazione al tempo trascorso;

- violazione dell'art. 1, comma 136 della legge 311/2004 che non consente l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi, decorsi tre anni dalla data della loro adozione.

12.1.- Le censure non meritano accoglimento.

L'art. 21-nonies della legge 241 del 1990, inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, dispone che: <<Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell' articolo 21- octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge>>.

La norma codifica i due presupposti per il potere di annullamento d'ufficio: l'accertamento dell'illegittimità di un proprio provvedimento amministrativo; l'esistenza di un interesse pubblico attuale, che deve riferirsi al momento in cui il provvedimento di annullamento d'ufficio è adottato, specifico ovvero diverso dalla mera esigenza di ripristino dell'ordine giuridico violato e conforme al medesimo interesse pubblico affidato alla sua cura, che avrebbe dovuto essere curato dall'atto originario.

Il potere di annullamento d'ufficio è dunque un potere discrezionale, il quale consegue a valutazioni che non si limitano al mero accertamento della difformità dell'atto rispetto alla norma o al principio giuridico violato, ma richiede valutazioni che implicano la verifica se l'assetto di interessi privati concorrenti consolidati in base all'atto illegittimo non sia da considerarsi prevalente.

Sussistono, però, alcune situazioni in cui il potere di impulso dell'Amministrazione ad attivare il procedimento di annullamento d'ufficio ha un carattere doveroso, come ad esempio nel caso, quale quello in esame, in cui l'illegittimità degli atti della pubblica amministrazione è stata accertata dalla Corte di Giustizia con conseguente dovere dell'Amministrazione di adottare gli atti esecutivi necessari a conformarsi alla pronuncia del giudice comunitario, anche al fine di scongiurare l'irrogazione di sanzioni a carico dello Stato da parte delle istituzioni comunitarie per violazioni del diritto comunitario.

Va precisato, però, che, in questi casi, la doverosità non fa venir meno la natura discrezionale del potere di annullamento, ma attiene, da un lato, alla sussistenza dell'obbligo di procedere ovvero di dare impulso al procedimento di secondo grado e, dall'altro, al momento di verifica dell'interesse pubblico all'annullamento, che non attiene alla verifica della presenza di una ragione di interesse pubblico all'annullamento, quanto alla verifica della sussistenza di una ragione di interesse pubblico che precluda, nel caso concreto, di procedere all'annullamento d'ufficio.

Sussiste poi un'ipotesi individuata dalla costante giurisprudenza amministrativa in cui l'annullamento d'ufficio è sempre doveroso, vale a dire che l'interesse pubblico all'annullamento sussiste "in re ipsa" e si avvera in presenza di atti amministrativi che provocano illegittimo esborso di denaro pubblico; condivisa e costante giurisprudenza, infatti, ritiene che evitare l'esborso senza titolo di denaro pubblico costituisca sempre un interesse pubblico attuale e concreto idoneo a giustificare l'autotutela (C.d.S., V, 15 novembre 2012, n. 5772; VI, 10 maggio 2013, n. 2539, e 17 gennaio 2011, n. 232; III, 4 giugno 2012, n. 3290).

12.2.- Ciò premesso in linea generale, nella specie, i provvedimenti in autotutela adottati dal Comune sono senza dubbio qualificabili come atti di annullamento d'ufficio.

Per effetto dell'avvenuto accertamento da parte della Corte di Giustizia della contrarietà al diritto comunitario dell'affidamento disposto in favore della ricorrente, il Comune aveva l'obbligo di attivare il procedimento di annullamento d'ufficio e verificare la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, da compararsi con l'interesse del privato beneficiario e di eventuali controinteressati lesi dagli atti originari, che sconsigliavano di procedere all'annullamento d'ufficio degli atti della procedura di affidamento con conseguente caducazione del contratto di concessione.

Il Collegio ritiene adeguata e sufficiente la motivazione, posta alla base del provvedimento d'annullamento d'ufficio, con la quale il Comune richiama il suo dovere di farsi carico delle conseguenze economiche derivanti dall'accertata violazione del diritto comunitario, in virtù dell'obbligo di rivalsa dello Stato nei confronti dell'ente locale responsabile della violazione del diritto comunitario.

Né assume alcuna rilevanza la circostanza che le previsioni normative richiamate al riguardo dal Comune (art. 1, commi 1213 e 1216 della legge 27 dicembre 2006, n. 296) fossero state sostituite dall'art. 6, L. 25 febbraio 2008, n. 34 (Legge comunitaria 2007), che ha aggiunto l'art. 16 bis alla legge 4 febbraio 2005, n. 11 (recante Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari), in quanto le nuove previsioni "ratione temporis" applicabili lasciavano salvo il diritto dello Stato a rivalersi nei confronti degli enti locali responsabili delle violazioni del diritto comunitario degli oneri

finanziari derivanti dalle sentenze di condanna rese dalla Corte di giustizia delle Comunità europee ai sensi dell'articolo 228, paragrafo 2, del Trattato istitutivo della Comunità europea.

L'esborso di denaro pubblico, tuttavia, non era determinato soltanto dalla violazione del diritto comunitario, ma anche dalla conservazione di un rapporto concessorio che avrebbe comportato continui ed indebiti pagamenti, a carico delle finanze pubbliche, in favore della concessionaria.

Ai fine della necessaria valutazione di preminenza dell'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio sull'interesse della odierna ricorrente, ritiene il Collegio che il richiamo fatto dall'Amministrazione all'esigenza di evitare le conseguenze economiche negative derivanti dall'obbligo di rivalsa dello Stato nei confronti del Comune, nonché dal mantenimento del rapporto contrattuale con l'odierna ricorrente che, a prescindere dagli inadempimenti specificamente contestati alla C.G.R.T., avrebbe comunque comportato l'indebito esborso di denaro appartenente alla collettività, dapprima per il completamento della linea tranviaria (reso peraltro irrealizzabile nella sua interezza a causa di vizi del procedimento accertati in via definitiva con sentenza del Consiglio di Stato) e poi con il riconoscimento alla concessionaria dell'indebito ed illegittimo diritto di gestire e sfruttare economicamente la tramvia con il diritto a vedersi corrispondere per il lunghissimo periodo di trent'anni il canone annuo di Euro 1.446.079, 32.

Al riguardo, la Corte di Giustizia (sentenza 13 novembre 2008, resa sulla causa C-437/07) ha rilevato che la gestione della tramvia era garantita non dal concessionario, ma da un altro gestore, il quale a sua volta era tenuto a concludere un contratto di servizi con il Comune concedente, in modo tale che la C.G.R.T. non assumeva alcun rischio di impresa collegato alla gestione dell'opera in questione, con la conseguenza che l'operazione economica posta in essere dal Comune, nonostante la previsione di un canone annuo in favore della C.G.R.T., che avrebbe dovuto coprire il 40 per cento del costo dell'opera, non avrebbe potuto essere qualificata come concessione di lavori pubblici, ma come appalto di lavori pubblici.

12.3.- Alla luce delle osservazioni svolte, il richiamo agli oneri finanziari derivanti, da un lato, dalla violazione del diritto comunitario, nonché dal mancato adeguamento alla sentenza della Corte di Giustizia, e, dall'altro, dal mantenimento del rapporto contrattuale con la C.G.R.T., integrano una motivazione sufficiente e adeguata in ordine alla sussistenza e prevalenza dell'interesse pubblico rispetto all'interesse del privato a conservare i benefici economici derivanti dal provvedimento illegittimo, atteso che l'interesse pubblico è rinvenibile in re ipsa nel fatto dell'indebita erogazione di benefici a danno della finanze collettive, che permette già di escludere che la misura in contestazione fosse dettata da un mero, generico interesse astratto al ripristino della legalità violata.

La intervenuta valutazione di preminenza dell'interesse pubblico rispetto a quello della C.G.R.T. alla conservazione del rapporto contrattuale è stata poi palesata dal Comune nell'esigenza di dare riscontro alla Commissione europea, entro il 13 gennaio 2009, circa i provvedimenti adottati per l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia, pena l'avvio della procedura ex art. 228 del Trattato UE.

Va peraltro osservato che il potere di autotutela è stato correttamente esercitato per perseguire il medesimo interesse leso dal provvedimento di aggiudicazione contrario alle regole comunitarie poste a tutela dei principi di concorrenza, trasparenza ed imparzialità nella scelta del contraente destinato a realizzare opere eseguite con risorse pubbliche. Il Comune, conformandosi alla sentenza della Corte di Giustizia, ha inteso reintegrare la violazione di tali valori ed anche in ciò è oggettivamente riscontrabile la valutazione di preminenza dell'interesse pubblico.

12.4.- Non merita peraltro favorevole considerazione la censura con la quale parte ricorrente afferma la insussistenza del diritto di rivalsa dello Stato nei confronti del Comune de L'Aquila in virtù del fatto che lo Stato avrebbe fornito opera di consulenza al Comune stesso, approvando favorevolmente l'operazione economica, poiché il soggetto competente all'adozione del provvedimento amministrativo ha il dovere di verificare, previa istruttoria procedimentale, la conformità dell'atto non solo al diritto interno, ma anche al diritto comunitario ed è responsabile di tutti gli effetti derivanti dall'adozione di un atto illegittimo.

Nel caso in esame, il Comune era l'unico soggetto titolare del potere di affidamento per la costruzione e gestione della tramvia, in virtù della sua competenza in materia di gestione dei servizi pubblici locali (art. 112, d.lgs 18 agosto 2000, n.267).

12.5.- Con una ulteriore doglianza la C.G.R.T. afferma che l'avvio del procedimento di riesame evidenzerebbe "aspetti di estrema contraddittorietà nell'azione della pubblica amministrazione, tali da ingenerare gli estremi del vizio di eccesso di potere e della contraddittorietà dell'azione della P.A.", in quanto il Comune de L'Aquila, prima dell'apertura del procedimento di riesame avrebbe sempre sostenuto la legittimità degli atti adottati, contestando le ragioni poste dalla Commissione europea a fondamento della ritenuta violazione del diritto comunitario, il che avrebbe radicato in capo alla CGRT un legittimo affidamento che avrebbe dovuto essere valutato e contrapposto all'interesse al ripristino della legalità comunitaria violata.

La censura non merita accoglimento.

In primo luogo perché non è ravvisabile il vizio sintomatico di eccesso di potere per contraddittorietà nel comportamento della pubblica amministrazione che decide di riesaminare le proprie determinazioni amministrative; sostenere il contrario significherebbe negare alla pubblica amministrazione il potere di annullamento d'ufficio, che invece è riconosciuto dalla legge (art. 21 nonies legge 241 del 1990).

In secondo luogo, come già ampiamente chiarito, l'interesse pubblico individuato negli esborsi a danno della finanze pubbliche implica già una implicita valutazione di preminenza del primo rispetto agli interessi della C.G.R.T., la quale, peraltro, con nota del 24 novembre 2006, n.48588, era stata informata dal Comune di L'Aquila sia della pendenza di una procedura di infrazione comunitaria sia dalle problematiche derivanti dalla pendenza del giudizio amministrativo (recte: dell'ordinanza del Consiglio di Stato n.3156/06) per l'esecuzione dei lavori nella zona di via Roma ed era quindi invitata a sospendere le lavorazioni oggetto di concessione.

Ciò dimostra che già due anni prima dell'avvio del procedimento di autotutela e quattro anni dopo l'approvazione e la sottoscrizione dello schema di convenzione (avvenuta in data 2 dicembre 2002) la parte la ricorrente era stata informata delle problematiche insorte e pertanto non poteva invocare la sua buona fede nell'aver confidato in una situazione di vantaggio definitivamente radicata e consolidata in ordine al mantenimento della concessione in essere. Il termine di quattro anni, alla luce delle vicende che hanno investito l'affidamento in questione (contenzioso amministrativo e contestazioni della Commissione europea esitate con la sentenza della Corte di Giustizia che imponeva di adottare le misure consequenziali per l'adeguamento al diritto comunitario) non può essere infatti considerato un termine irragionevolmente lungo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

13.- Con due distinti motivi di ricorso, che, stante la loro stretta connessione logica, meritano di essere trattati congiuntamente, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 1 comma 136, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, sia sotto il profilo della violazione del limite temporale di tre anni previsto

dalla norma per disporre l'annullamento d'ufficio sia sotto il profilo della mancata previsione di un indennizzo in favore del privato inciso dal provvedimento di autotutela.

Le censure non meritano accoglimento.

13.1.- L'art. 1 comma 136, cit. prevede: <<Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante>>.

Per consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato sez. V 22 dicembre 2014 n. 6275), l'art. 21 nonies della l. 241 del 1990, entrato in vigore per effetto della novella di cui alla legge n. 15 del 2005, in quanto contenuta in norma successiva e recante disciplina organica dell'istituto, prevale sulla disposizione speciale e più restrittiva, inserita nell'art. 1, comma 136, della legge finanziaria n. 311 del 2004.

Da ciò consegue che:

a) il decorso di tre anni di efficacia del provvedimento illegittimo non preclude alla pubblica amministrazione l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio; l'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990, nel prevedere il limite temporale del "termine ragionevole" per disporre l'annullamento d'ufficio ha dato vita ad un parametro indeterminato ed elastico che si presta ad adattarsi alle varie circostanze concrete e che - a differenza della fattispecie tipica di annullamento d'ufficio disciplinata dalla norma speciale recata all'art. 1 comma 136, l. n. 311 del 2004 - finisce per lasciare al sindacato del giudice amministrativo il compito di individuare la congruità del termine tra l'adozione del provvedimento di autotutela e l'atto originario, con il consueto controllo di ragionevolezza, secondo il parametro costituzionale (art. 3 cost.), in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del loro relativo consolidamento (T.A.R. Bari, Puglia, sez. III, 13/01/2012, n. 184).

b) la mancata espressa previsione da parte della novella del 2005 di un indennizzo nel caso di annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies l. 241/1990, a differenza di quanto invece espressamente previsto dall'art. 21 quinquies l. 241/1990 nel caso di revoca, non imponeva all'Amministrazione di prevedere contestualmente all'adozione dell'atto di annullamento d'ufficio un indennizzo in favore della C.G.R.T. e pertanto non rende illegittimi i provvedimenti impugnati.

14.-In conclusione, dalle osservazioni svolte emerge che il potere di annullamento d'ufficio è stato esercitato in conformità ai canoni del parametro normativo di cui all'art. 21 nonies della legge 241/1990, avendo il Comune:

a) accertato il contrasto degli atti di affidamento con il diritto comunitario e disposto l'annullamento d'ufficio entro un termine che, avuto riguardo sia alla tempestiva comunicazione di sospensione dei lavori (nota del Comune dell'Aquila 24 novembre 2006, n.48588, che rendeva edotta la C.G.R.T. della sussistenza di una procedura di infrazione comunitaria e quindi della sussistenza di un vizio di violazione del diritto comunitario) sia alla necessità di attendere gli esiti del giudizio instaurato dalla Commissione europea (oltre che del giudizio amministrativo) definito con sentenza soltanto in data 13 novembre 2008 ed infine avuto riguardo al mancato completamento dell'opera, può considerarsi congruo e ragionevole;

b) sufficientemente ed adeguatamente evidenziato le ragioni di interesse pubblico poste a base dell'annullamento, palesate, da un lato, nella necessità di evitare ulteriori esborsi di denaro pubblico derivanti sia dalla inottemperanza alla sentenza della Corte di Giustizia sia dal mantenimento dell'affidamento in essere e, dall'altro, nella impossibilità di eseguire il progetto nella sua interezza a seguito della definizione del contenzioso amministrativo con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5939/2008;

c) considerato preminenti le ragioni di interesse pubblico evidenziate sub b sull'interesse privato della C.G.R.T.;

d) considerato recessivo l'interesse dell'aggiudicataria non soltanto sulla base della esternata considerazione del mancato completamento dell'opera, che non rende irragionevole, sotto il profilo della tempestività, l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ma anche alla luce della consapevolezza della C.G.R.T. (comprovata dalle note del Comune 20 settembre 2006, n.37595 e 24 novembre 2006, n.48588) della sussistenza di una procedura di infrazione comunitaria e quindi della contrarietà al diritto comunitario dell'affidamento di cui si era resa beneficiaria, il che esclude in radice che la ricorrente possa invocare il suo legittimo affidamento e quindi la sua buona fede, intesa come ignoranza incolpevole della conformità del provvedimento di affidamento al diritto comunitario.

15.- Con riferimento a tutte le altre censure con le quali la ricorrente deduce la inconsistenza delle altre ragioni di interesse pubblico poste a fondamento del provvedimento di annullamento d'ufficio (id est: la imputabilità alla concessionaria del ritardo nell'esecuzione dei lavori; la volontà della concessionaria di non proseguire i lavori; il mancato pagamento della fornitura dei treni da parte della concessionaria), il Collegio ritiene di potersi limitare ad osservare che la circostanza che l'annullamento d'ufficio sia fondato su una pluralità di autonomi motivi volti ad evidenziare l'interesse pubblico, implica che la ritenuta adeguatezza e sufficienza di una delle ragioni di interesse pubblico palesate dall'Amministrazione (quelle analizzate al paragrafo precedente) comporta la carenza di interesse della parte ricorrente rispetto all'esame delle ulteriori doglianze volte a contestare l'insussistenza degli inadempimenti contestati all'aggiudicataria posti ad ulteriore supporto motivazionale degli atti impugnati.

Infatti, anche qualora tali ulteriori censure si rivelassero fondate, il loro accoglimento non sarebbe comunque idoneo a soddisfare l'interesse del ricorrente a far accertare l'illegittimità degli atti impugnati, i quali restano validamente supportati dalla motivazione di interesse pubblico ritenuta dal Collegio adeguata e sufficiente a costituire presupposto di legittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio.

16.-Dalla validità del provvedimento di annullamento d'ufficio disposto dal Comune consegue l'assenza del necessario requisito dell'ingiustizia del danno, quale elemento costitutivo dell'illecito civile, non essendosi realizzata alcuna lesione dell'interesse legittimo di parte ricorrente, sicché la domanda risarcitoria proposta, con la quale parte ricorrente chiede il ristoro del danno emergente (spese sostenute) e dei mancati guadagni che le sarebbero derivati dalla gestione dell'opera (lucro cessante) non può essere accolta.

17.- Va infine respinta la domanda di indennizzo proposta, in via alternativa, qualora si accedesse alla tesi della riconducibilità degli atti impugnati alla fattispecie della revoca per motivi di pubblico interesse disciplinata dall'art. 21 quinquies della legge 241/1990.

Come ampiamente evidenziato, il Comune ha adottato un provvedimento di annullamento d'ufficio in conformità all'art. 21 nonies della legge 241/1990, che ha determinato l'annullamento con

efficacia ex tunc di tutti gli atti della procedura di affidamento con conseguente automatica caducazione, per invalidità derivata, del contratto stipulato con l'odierna ricorrente.

Tale potere non va confuso con il potere di revoca disciplinato dall'art.21 quinquies della legge 241 del 1990, il quale, a differenza dell'annullamento d'ufficio, non presuppone l'avvenuta adozione di atti illegittimi che l'Amministrazione ha necessità di rimuovere sin dall'origine con efficacia ex tunc, ma presuppone la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse ovvero la rivalutazione dell'interesse pubblico originario ovvero un mutamento della situazione di fatto, che inducono l'Amministrazione a ritenere opportuna la rimozione del provvedimento amministrativo con efficacia ex nunc.

Una ulteriore differenza tra i due istituti è rappresentata dall'espresso riconoscimento, in caso di revoca, di un indennizzo in favore del privato pregiudicato, ristoro non previsto, invece, dall'art. 21 nonies della legge 241 del 1990 nel caso in cui l'Amministrazione adotti un provvedimento di annullamento d'ufficio.

Non è peraltro invocabile, nel caso di specie, l'art. 158 del d.lgs 163 del 2006, il quale si limita a disciplinare il rimborso spettante al concessionario nel caso di revoca (nell'ipotesi in cui "il concedente revochi la concessione per motivi di pubblico interesse") e quindi non opera nella diversa ipotesi in cui l'Amministrazione eserciti il diverso potere di annullamento d'ufficio.

18.- Quanto sopra lascia impregiudicata ogni questione relativa alle prestazioni rese dalla società ricorrente nel periodo di affidamento, prima dell'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto tali vicende vanno ascritte nell'ambito di esecuzione del contratto o piuttosto nell'azione per indebito arricchimento (eliminazione dello squilibrio determinatosi a seguito del conseguimento di una utilità economica da parte di un soggetto con correlativa diminuzione patrimoniale di un altro soggetto) ex art. 2041 c.c..

Ne deriva che tali questioni, come peraltro eccepito dal Comune resistente, restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario (innanzi al quale, come risulta dalla deliberazione n.260/2013 e come dichiarato all'udienza pubblica del 25 febbraio 2014 pende un giudizio nella fase di appello, con attuale tentativo di conciliazione tra le parti) involgendo posizioni di diritto soggettivo e pertanto non rientrano nella sfera di operatività dell'art. 244, d.lgs. n. 163 del 2006 (ora: art. 133, comma 1, lett. e, c.p.a.).

19.- Alla luce di tutte le considerazioni svolte il ricorso deve essere complessivamente respinto.

20.- In ragione della complessità delle questioni trattate sussistono gravi ed eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima)

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 L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Mollica, Presidente

Maria Abbruzzese, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2015

IL SEGRETARIO

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

