

AVV. DIEGO DE CAROLIS
patrocinante in cassazione

Docente di Diritto Urbanistico
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Teramo

Via Napoli, 60. - 65121- PESCARA -
tel. 085-4219391 - fax- 085/4211103 - cell. 331/7690819-
E-mail: diegodecarolis@alice.it
P.IVA 00825490675

Preg.mo Sig. SINDACO

E p.c.

Al Sig. Assessore
Al Dirigente dott. De Marinis

COMUNE DI ORTONA (CH)

Pescara, 7 luglio 2015.

tel. 085-4219391 - fax- 085/4211103 - cell. 331-7690819

Ogg.: Comune di ORTONA (CH) / FREE TRADE s.p.a (ex Gruppo GEA). Risoluzione contratto e possibilità di esercizio del potere di autotutela sulla disposta risoluzione e relative conseguenze. Parere legale integrativo.

Preg.mo Sindaco,

con riferimento alla questione in oggetto, all'esito dei colloqui intercorsi, è stato rimesso parere preliminare.

Peraltro, con successiva nota via e-mail è stato chiesto di ulteriormente illustrare alcune questioni relative alle conseguenze delle scelte che Codesto Ente è chiamato a compiere.

1.- In particolare, con la e-mail di giovedì 2 luglio u.s., a firma del dott. Giovanni De Marinis, d'intesa con l'Amministrazione, viene chiesto "di voler integrare e concludere il parere specificando quanto segue:

1= Se i principi elencati riguardano la fattispecie concreta;

2= Se, alla luce degli atti e delle emergenze processuali, si possa rivedere la delibera di risoluzione del contratto di partenariato;

ma, tenendo presente che la ditta ha accettato l'alea della revoca;
3= Se l'ipotesi di transazione redatta dalle parti ha i requisiti di legittimità e legalità;

4= Se la revoca dell'affidamento provvisorio operato successivamente comporta l'esposizione dell'Ente a richieste di risarcimento.”

2.- Ai primi tre quesiti, giova subito precisare, può essere data risposta positiva, nei limiti di seguito precisati; per il quarto non dovrebbe eserci tecnicamente risarcimento, ma solo un indennizzo (art. 21 *quinquies* L. n. 241/90) molto limitato nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, tenendo presente che la ditta ha accettato l'alea della eccessiva dilatazione del tempo trascorso senza l'aggiudicazione definitiva (cfr. art. 1227 C.C. e art. 11, comma 9 Codice Contratti) e , a quanto mi consta non ha inviato diffide.

Per cui, ogni pretesa eventuale non potrà andare al di là della previsione di un indennizzo rapportato al 5/10 %, del prezzo di aggiudicazione, e quantificato poi nell'effettivo utile di impresa netto conseguibile, diminuito di ameno il 50%.

Anzi, in qualche occasione la giurisprudenza ha affermato il principio in base al quale nel caso di aggiudicazione provvisoria, successivamente revocata con provvedimento da ritenere legittimo, non spetta l'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990, atteso che in tema di contratti pubblici la possibilità che ad una aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva del contratto di appalto è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile, con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato della P.A. (TAR Sicilia - Catania, Sez. III, 3 ottobre 2012 n. 2269; Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 195.).

Di contro, il risarcimento del danno potrà essere chiesto solo dal vecchio gestore qualora gli venga riconosciuto dal tribunale adito.

2.1. - Procedendo con ordine, il quesito mi sembra pleonastico, nel senso che ovviamente i principi ricordati sono applicabili al caso di specie.

Per cui, si può ribadire che le norme e le sentenze ivi indicate consentono che il potere di disporre l'annullamento e/o la revoca degli atti successivi agli esiti di una gara si possa esercitare anche dopo la stipula del contratto, ovviamente dando contezza e motivazione della scelta.

Corollario di tali principi è che oggetto del potere di autotutela può anche essere un precedente provvedimento che ha esercitato il potere di recesso e risoluzione unilaterale del contratto.

2.2. In merito al secondo quesito, la collega che direttamente si è occupata del contenzioso ha confermato e del resto emerge dalla documentazione esaminata che, in effetti, la risoluzione del contratto non appare sufficientemente motivata quanto meno sotto il profilo di una concreta e documentata ricostruzione dell'iter logico giuridico seguito in relazione a fatti concretamente analizzati e valutati in guisa tale da rappresentare una "flagrante violazione" degli obblighi contrattuali.

Per cui, se così fosse, come pare essere, il comune ben potrebbe annullare l'atto che disponeva la risoluzione per mancanza dei presupposti ovvero la sua revoca, a seguito di un riesame complessivo della vicenda.

2.3.- Riguardo al terzo quesito, in generale, non vi sono motivi per dubitare della legittimità delle clausole, del resto immagino valutate dagli uffici e dal legale.

Ciò che invece è assolutamente vietato ed improponibile è negoziare il rapporto pubblicistico sottostante e la sua durata ed efficacia.

Con ciò si vuole ribadire che, senza la revoca della risoluzione e la reviviscenza del contratto, oggetto della transazione non può essere la prosecuzione dell'affidamento del servizio, ma solo eventuali rapporti patrimoniali volti a dirimere in via transattiva il contenzioso.

Di contro, come già accennato, qualora il comune intenda esercitare i ricordati poteri di autotutela ed eliminare gli effetti giuridici della disposta risoluzione del rapporto, in questo caso si potrà stipulare legittimamente

anche una nuova transazione dove verranno chiariti i reciproci rapporti giuridici e patrimoniali, ivi compreso l'abbandono del giudizio in essere.

Ovviamente, la transazione incontra i limiti generali delle clausole contenute nell'originario bando di gara e nel relativo capitolato speciale (modalità, durata ecc.), fermo restando la possibilità di rimodulare alcuni profili in relazione ai costi ed alle innovazioni tecnologiche nel frattempo intervenute.

Più in particolare, lo schema di transazione inviato dal legale dell'ente appare rispondente ai criteri sopra ricordati, non apportando alcuna modifica sostanziale agli elementi essenziali del contratto originario, restando invariati l'oggetto delle reciproche prestazioni e la durata.

In ordine al prezzo del corrispettivo le proposte modifiche si innestano correttamente nei nuovi obblighi di legge sopravvenuti, imposti all'amministrazione pubblica e al Comune in tema di contenimento e razionalizzazione della spesa, con particolare riferimento al D.L. 66/2014 (cd. *spending review*) ed anche ex art. 1339 C.C. determinando l'inserimento automatico di clausole conformi alle norme imperative,

2.4.- Infine, in merito all'ultimo quesito, giova rammentare come in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria sia previsto solo la possibilità di un indennizzo "parametrato al solo danno emergente e tiene 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."

Tale chiara previsione normativa lascia pochi spazi per dare ingresso ad una eventuale tutela anche risarcitoria che passa attraverso la difficile dimostrazione di avere subito un danno ingiusto e non bilanciato dall'ordinamento, come enegre dalla giurisprudenza sopra citata sub 2.

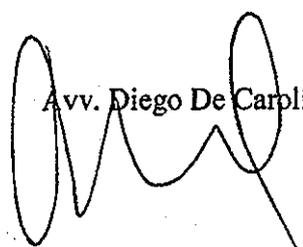
3.- Conclusivamente, oltre ai chiarimenti richiesti, si conferma quanto già affermato nel precedente parere e sul fatto che la concreta scelta

delle soluzioni prospettate è e resta di competenza degli organi ed uffici
Comunali.

Resto a disposizione per ogni eventuale necessario ulteriore
approfondimento e chiarimento.

Cordiali saluti.

Avv. Diego De Carlis



delle soluzioni prospettate è e resta di competenza degli organi ed uffici
Comunali.

Resto a disposizione per ogni eventuale necessario ulteriore
approfondimento e chiarimento.

Cordiali saluti.

Avv. Diego De Carlis

