



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 338 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Petrà s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Andrea Bonanni e Pier Paolo Nocito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Portogruaro, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberta Brusegan, Katia Maretto e Giuseppe Roberto Chiaia, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura della Città Metropolitana di Venezia, in Mestre – Venezia, via Forte Marghera 191, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Woodcape s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Mac Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Piero Borella e Marina Perona, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione del Comune di Portogruaro n. 623 dell'11 marzo 2020 (rettificata con successiva determinazione dirigenziale n. 635 del 13 marzo 2020, anch'essa impugnata), con la quale è stata disposta, tra l'altro, la revoca della determinazione di aggiudicazione n. 1621 del 25 settembre 2019 alla ditta Petrà s.r.l.s. per l'esecuzione dei lavori di *“Interventi di ristrutturazione edilizia e manutenzione straordinaria della piscina comunale - Primo stralcio – Primo lotto”*;
- della nota del Comune di Portogruaro prot. n. 0001010 del 10 gennaio 2020, con la quale è stato comunicato l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione;
- della nota del Comune di Portogruaro prot. n. 11538 del 16 marzo 2020, con la quale è stato comunicato l'avvio del procedimento di revoca della gara;
- del progetto esecutivo presentato dall'arch. Massimiliano Pagnin in data 24 febbraio 2020 e approvato con determinazione dirigenziale n. 571 del 4 marzo 2020;
- della D.D. n. 1120 del 21 giugno 2019 con la quale è stato affidato all'arch. Massimiliano Pagnin l'incarico per la progettazione esecutiva;
- della D.D. n. 1426 del 13 agosto 2019 (successivamente modificata con D.D. n. 1471 del 26 agosto 2019) con la quale è stato approvato il progetto esecutivo del primo lotto dell'opera in parola;
- della nota del D.L. di data 8 novembre 2019 depositata al protocollo comunale al n. 0048898 dell'11 novembre 2019;
- della D.D. n. 507/2020 con la quale è stato conferito l'incarico all'arch. Massimiliano Pagnin di procedere con la revisione del progetto;
- della D.D. n. 571 del 4 marzo 2020;
- della D.D. n. 590 del 9 marzo 2020;
- della D.D. n. 704 del 27 marzo 2020 con la quale il Comune ha disposto la revoca dell'intera gara;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi la determina a contrarre, il bando, il disciplinare e il capitolato di gara, nonché del bando, del disciplinare e del capitolato speciale della nuova procedura di gara, ove nelle more adottati.

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da Petrà s.r.l.s. il 3 giugno 2020:

per l'annullamento:

- della determinazione n. 732 del 2 aprile 2020 con la quale il Comune di Portogruaro ha indetto la procedura negoziata per l'affidamento dei *“lavori di rifacimento del manto di copertura della Piscina Comunale”*;
- della nota del Comune di Portogruaro prot. n. 0019198 del 18 maggio 2020 e dei relativi allegati;
- della nota del Comune di Portogruaro prot. n. 0017094 del 30 aprile 2020, recante *“Risposta ad atto di significazione e diffida”*;
- della determinazione di non invitare la Petrà s.r.l.s. alla procedura negoziata indetta con la determinazione n. 732 del 2 aprile 2020;
- di ogni atto, documento e/o determinazione relativi all'indagine di mercato eventualmente svolta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 per l'individuazione degli operatori da invitare alla suddetta procedura negoziata;
- dell'elenco degli operatori economici eventualmente utilizzato per l'individuazione degli operatori da invitare alla suddetta procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50/2016;
- di ogni atto, documento e/o determinazione relativa alla fase di previa consultazione e selezione degli operatori economici da invitare alla suddetta procedura negoziata, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti;
- di tutti i verbali delle sedute del seggio di gara relative alla procedura negoziata indetta con la determinazione n. 732 del 2 aprile 2020, ivi compresa quella del 29 aprile 2020;

- del provvedimento di aggiudicazione della procedura negoziata indetta con la determinazione n. 732 del 2 aprile 2020;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi la determina a contrarre, la lettera di invito, il capitolato speciale;

nonché

per il conseguimento dell'aggiudicazione, per il subentro nel contratto di appalto e per la condanna al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Portogruaro, di Mac Costruzioni s.r.l. e di Woodcape s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 13 gennaio 2021, tenutasi da remoto, il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti, in modalità videoconferenza, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza non definitiva n. 952 del 16 ottobre 2020 questo Tribunale ha respinto le domande di annullamento proposte con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti rispettivamente avverso il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione dell'appalto di lavori per l'esecuzione di "*Interventi di ristrutturazione edilizia e manutenzione straordinaria della piscina comunale*", disposta a favore della ricorrente e avverso il provvedimento di indizione della nuova procedura di gara per l'affidamento dei lavori di integrale rifacimento del manto di copertura della medesima piscina comunale, a cui la ricorrente non è stata invitata.

Con tale sentenza il Collegio non si è invece pronunciato sulla domanda, proposta in via subordinata, di risarcimento per equivalente monetario per la

lesione del legittimo affidamento maturato dalla ricorrente in merito all'esecuzione del contratto e derivante dall'aver la stazione appaltante indetto la procedura di gara originaria sulla base di un progetto errato, senza prima svolgere saggi esplorativi sulle strutture esistenti, e per avere revocato la gara nonostante le interlocuzioni intercorse e la disponibilità della ricorrente medesima ad eseguire i lavori aggiuntivi necessari all'importo previsto dal computo metrico esplorativo predisposto dal Direttore dei lavori.

Sul punto il Collegio ha infatti ritenuto che a fondamento della decisione sulla domanda di condanna al risarcimento del danno potesse essere posto un profilo di difetto di giurisdizione - rilevabile d'ufficio e sul quale non si era svolto il contraddittorio - in relazione al consolidato orientamento delle Sezioni Unite (confermato, da ultimo, con l'ordinanza 21 settembre 2020, n. 19677).

Di conseguenza, con la richiamata sentenza non definitiva il Collegio nemmeno si è pronunciato sulla domanda, logicamente subordinata a quella di risarcimento, di indennizzo da revoca dell'aggiudicazione *ex art. 21 quinquies* della legge n. 241 del 1990 (domanda formulata con il secondo motivo del ricorso introduttivo).

2. Pubblicata la sentenza n. 952 del 2020, questa Sezione - con ordinanza n. 994 del 26 ottobre 2020, adottata ai sensi dell'articolo 73, comma 3, cod. proc. amm. - ha rilevato d'ufficio il richiamato profilo di inammissibilità per difetto di giurisdizione che poteva essere posto a fondamento della decisione sulla domanda di risarcimento del danno in esame.

Con questa ordinanza il Collegio - considerato che *“in base al più recente orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, anche nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie presuppone che il danno derivi da provvedimento illegittimo (Cass., Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236. In senso conforme: Cass., Sez. Unite, ordinanza 21 settembre 2020, n. 19677; TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 13 luglio 2020, n. 7980)”* e che *“secondo tale orientamento qualora invece - come nel caso di specie - la lesione sia*

causata non dal provvedimento favorevole (illegittimo – e, perciò, legittimamente annullato – ma non dannoso per il suo destinatario), bensì dalla fattispecie complessa costituita dall’emanazione dell’atto favorevole illegittimo, dall’incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo (legittimo) annullamento-revoca dell’atto stesso in contrasto con i principi civilistici di correttezza e buona fede, la giurisdizione spetta al Giudice ordinario” - ha concesso termine alle parti per il deposito di memorie ai sensi dell’art. 73, comma 3, cod. proc. amm..

2.1. In attuazione di tale ordinanza le parti hanno depositato memorie con cui le resistenti hanno insistito per la dichiarazione di difetto di giurisdizione sostanzialmente riportandosi al richiamato orientamento della Corte di Cassazione ed in particolare all’ordinanza delle Sezioni Unite n. 8236 del 2020.

2.2. La ricorrente ha invece rilevato:

- che l’ordinanza delle Sezioni Unite n. 8236 del 2020 non sarebbe aderente alla fattispecie. Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione, mancava un provvedimento ampliativo (favorevole) e il danno lamentato derivava da un comportamento dell’Amministrazione. Nella fattispecie in esame invece il danno deriverebbe da una “*vicenda provvedimentale*” e segnatamente dalle determinazioni – oggetto di specifica impugnazione - di validazione e di approvazione del progetto originario, poi revocate in autotutela a seguito della presa d’atto della necessità di sostituire tutte le capriate della copertura della piscina;

- che nella fattispecie si tratterebbe di attività amministrativa illegittima. L’Amministrazione avrebbe illegittimamente approvato un progetto esecutivo gravemente carente, senza eseguire i necessari saggi esplorativi;

- che il danno derivante da tale azione provvedimentale sarebbe stato aggravato dalla condotta tenuta dall’Amministrazione nella fase di interlocuzione successiva alla aggiudicazione e alla consegna dei lavori. Anche tale condotta successiva sarebbe comunque inserita in un contesto di carattere provvedimentale;

- che in definitiva il danno subito dal ricorrente non deriverebbe “*dal segmento finale dell'autotutela (in ipotesi legittima)*”, bensì dal precedente e complessivo iter procedimentale-provvedimentale. La *causa petendi* sarebbe provvedimento non paritetica;

- che per il principio di concentrazione, allorché, come nel caso di specie, il ricorrente abbia azionato in giudizio sia la domanda di annullamento sia la domanda di condanna al risarcimento del danno, l'intera controversia dovrebbe essere assunta dal Giudice munito della *potestas iudicandi* sulla domanda principale.

2.3. Dopo ampia discussione, all'udienza del 13 gennaio 2021, la causa veniva trattenuta in decisione.

3. Il Collegio – pur dando atto del rilievo delle argomentazioni della società ricorrente e del recente deferimento della questione all'esame all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013) - ritiene di dovere aderire, allo stato, al consolidato orientamento del Giudice a cui spetta la decisione finale sul punto della giurisdizione (orientamento confermato, da ultimo, con ordinanza Cass., Sez. Unite, 15 gennaio 2021, n. 615).

E tale indirizzo giurisprudenziale risulta invero del tutto aderente alla fattispecie in esame, in cui la ricorrente ha chiesto il risarcimento per equivalente monetario per la lesione del legittimo affidamento maturato in merito all'esecuzione del contratto e derivante dall'aver la stazione appaltante indetto la procedura di gara originaria sulla base di un progetto errato, senza prima svolgere saggi esplorativi sulle strutture esistenti, e per avere revocato la gara nonostante le interlocuzioni intercorse e la disponibilità della ricorrente ad eseguire i lavori aggiuntivi necessari all'importo previsto dal computo metrico esplorativo predisposto dal Direttore dei lavori.

La Cassazione ha infatti in più occasioni ribadito:

- che qualora la lesione sia causata non dal provvedimento favorevole (illegittimo – e, perciò, legittimamente annullato – ma non dannoso per il suo destinatario), bensì dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione

dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo (legittimo) annullamento-revoca dell'atto stesso in contrasto con i principi civilistici di correttezza e buona fede, la giurisdizione spetta al Giudice ordinario. E ciò anche nelle materie oggetto di giurisdizione esclusiva (Cass., Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236);

- che in tali ipotesi sussiste la giurisdizione del giudice ordinario non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione (Cass., Sez. Unite, 15 gennaio 2021, n. 615);

- che la controversia avente ad oggetto la domanda risarcitoria proposta dal privato aggiudicatario di una gara, successivamente annullata o revocata, il quale deduca la lesione dell'affidamento riposto sull'apparente legittimità del provvedimento amministrativo, è devoluta alla giurisdizione ordinaria, invocandosi l'accertamento, non della legittimità dell'aggiudicazione, ma della responsabilità civile della P.A. (avente natura contrattuale, secondo lo schema della responsabilità da "*contatto sociale*", o eventualmente ricondotta alla responsabilità extracontrattuale) per i danni derivanti dalle spese effettuate in funzione della partecipazione alla gara poi revocata, dalla rinuncia ad un utile di impresa e dalla perdita di altre "chances" economico-commerciali nell'ambito del mercato imprenditoriale. (Cass., Sez. Unite, 17 dicembre 2020, n. 28979; Cass., id., 30 luglio 2020, n. 16455; id., 23 marzo 2011, n. 6596);

- che la giurisdizione non può essere derogata per motivi di connessione (Cass., Sez. un., 30 luglio 2020, n. 16453; Id. 3 novembre /2017, n. 26150; Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 2017, n. 941).

In definitiva in base al più recente, ma ormai consolidato, orientamento della Cassazione anche nelle materie oggetto di giurisdizione esclusiva, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario anche allorché la lesione dell'affidamento del privato derivi dalla fattispecie complessa conseguente all'adozione di un

provvedimento ampliativo (favorevole) successivamente annullato-revocato dall'Amministrazione.

3.1. E non par dubbio che il danno lamentato dalla ricorrente derivi da una fattispecie complessa del tutto assimilabile a quella considerata dalle richiamate pronunce della Corte di Cassazione e che prende il via dall'adozione di un provvedimento ampliativo favorevole - nel caso di specie l'aggiudicazione - poi revocato-annullato dall'Amministrazione resistente, nel caso in esame in quanto erroneo-illegittimo in ragione della inadeguatezza della progettazione originaria dell'intervento, eseguita senza effettuare i necessari sondaggi delle strutture.

L'oggetto della presente controversia risulta quindi del tutto aderente al paradigma di cui alle sopra menzionate sentenze.

Il fatto che l'azione risarcitoria sia stata proposta in via subordinata rispetto all'azione di annullamento non determina uno spostamento della giurisdizione in ragione del sopra richiamato principio dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione.

La domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente va pertanto dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione in favore della giurisdizione del giudice ordinario.

4. Il Collegio deve quindi affrontare la domanda posta il secondo motivo del ricorso principale con cui la società ricorrente, in via subordinata rispetto al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, chiede il riconoscimento dell'indennizzo *ex art. 21 quinquies*, comma 1 *bis*, della legge n. 241 del 1990, non previsto dalla impugnata deliberazione di revoca dell'aggiudicazione.

La domanda è fondata.

4.1. In base all'art. 21 *quinquies*, comma 1, legge n. 241 del 1990 “*Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo*”.

Nel caso di specie non par dubbio che la società ricorrente abbia subito dei pregiudizi dalla revoca - legittima - della procedura di gara.

A seguito dell'aggiudicazione infatti la stazione appaltante ha consegnato alla ricorrente i lavori in via d'urgenza e successivamente ha avviato con la medesima società una interlocuzione, culminata con la sottoscrizione del verbale del 14 novembre 2019, per l'individuazione degli interventi aggiuntivi necessari.

Deve pertanto ritenersi che la ricorrente avesse maturato un legittimo affidamento all'esecuzione dell'appalto.

D'altra parte ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.gs. n. 50 del 2016, in caso di consegna dei lavori in via d'urgenza l'aggiudicataria *“ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale”*.

4.2. L'indennizzo dovuto deve essere commisurato al solo danno emergente, ossia ai costi sostenuti sino al provvedimento di revoca della procedura, con esclusione del lucro cessante (C.G.A., 7 novembre 2017, n. 479). Trattandosi di indennizzo, l'importo non deve coincidere con l'effettivo esborso sopportato, ma può essere equitativamente liquidato (Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2012, n. 5993).

In tale valutazione va altresì considerato, ai fini della riduzione dell'indennizzo dovuto ai sensi degli articoli 1227, comma 1, cod. civ. e 30, comma 3, cod. proc. amm., che la revoca della procedura è derivata dalla sostanziale impossibilità di realizzare l'intervento progettato e che l'aggiudicataria era in ogni caso tenuta a verificare la validità tecnica del progetto fornito dal committente (Cass., Sez. I, 26 febbraio 2020, n. 5144).

4.3. Alla luce di tali principi, l'indennizzo dovuto può essere determinato anche ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. in complessivi € 28.390,72 e segnatamente:

- € 1.289,09 per oneri fideiussori e spese vive di partecipazione alla gara (contributo Anac € 70,00; costi di sopralluogo € 122,00; cauzione provvisoria € 33,00; valori bollati € 16,00; cauzione definitiva € 250,00; polizza CAR € 789,09);

- € 10.000,00 per i costi sostenuti per la progettazione, studio e aggiornamento del progetto e del computo metrico estimativo in fase di interlocuzione. L'importo delle fatture dei due tecnici incaricati (€ 20.000,00, documenti 55 e 56 della ricorrente) deve, infatti, essere equitativamente ridotto del 50% in quanto in parte derivante dall'affidamento ingenerato dalla stazione appaltante ed in parte frutto di autonome iniziative della ricorrente per conservare una commessa non più realizzabile;
- € 2.500,00, determinati in via equitativa, per il personale adibito alla fase di gara e costi trasferte (l'importo allegato e non documentato dalla ricorrente deve essere equitativamente ridotto anche in considerazione del fatto che il costo del personale almeno in parte sarebbe stato comunque sostenuto dall'impresa);
- € 3.101,63 per i costi di esecuzione dell'appalto (€ 1.523,97 di cui allo stato di consistenza del Direttore dei lavori, € 1.335,00 per noleggi attrezzature ed € 242,66 per il contratto di fornitura dell'energia elettrica), considerato che i lavori sono stati sospesi il giorno successivo rispetto alla consegna;
- € 7.000,00 per mezzi e risorse immobilizzati in funzione dell'anticipato avvio dei lavori previsto dall'art. 18 del disciplinare di gara (€ 14.620,00 allegati dalla ricorrente ridotti equitativamente del 50% in ragione della mancata prova del mancato utilizzo per altre commesse);
- € 2.500,00 per spese generali;
- € 2.000,00 equitativamente determinate per instaurazione e scioglimento dei rapporti con i subcontraenti.

Gli ulteriori costi indicati da parte ricorrente non possono essere rimborsati in quanto non provati nel *quantum* e nemmeno nell'*an*.

Poiché l'indennizzo in parola assolve ad una funzione di reintegrazione della perdita subita dal patrimonio della società istante, sul predetto importo andrà calcolata anche la rivalutazione monetaria nel periodo intercorrente tra la data di adozione del provvedimento di revoca fino alla data di deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi

legali calcolati dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, 30 novembre 2020, n. 5667; id. 5 giugno 2018, n. 3707).

5. In ragione della peculiarità della fattispecie, della novità delle questioni trattate e della reciproca parziale soccombenza, sussistono i presupposti per la compensazione integrale delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara il difetto di giurisdizione del giudice adito e la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento del danno;
- accoglie la domanda di corresponsione dell'indennizzo *ex art. 21 quinquies* della legge 241 del 1990 e per l'effetto condanna il Comune di Portogruaro a pagare all'impresa ricorrente la somma di € 28.390,72, oltre rivalutazione ed interessi come in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso nelle camere di consiglio dei giorni 13 gennaio 2021 e 24 marzo 2021, tenutesi da remoto in modalità videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Nicola Bardino, Referendario

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Filippo Dallari

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO