

GIURISDIZIONE: Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania, sezione prima, sentenza 21 dicembre 2023, n. 3879: in Urbanistica e appalti, n. 2/2024, p. 247: *“Risarcimento per danno da ritiro del provvedimento favorevole: un contrasto da risolvere nell’ottica del principio di effettività della tutela”* di M. Amitrano Zingale

1. Giurisdizione – Riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo – Risarcimento per danno da ritiro di provvedimento favorevole - Giustizia Amministrativa – Non sussiste

1. L'azione risarcitoria qualificata quale domanda di risarcimento danni da ritiro di un provvedimento favorevole rientra nella giurisdizione del G.O. e non in quella del G.A., sottendendo una situazione giuridica soggettiva di diritto soggettivo rinvenibile nell'affidamento destinato nella complessiva attività serbata dalla Stazione appaltante, che, in un primo momento, aveva disposto, sebbene illegittimamente, il bene della vita richiesto per poi legittimamente rivedere le proprie determinazioni, provvedendo in autotutela al ritiro dell'aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Libera Università della Sicilia Centrale Kore di Enna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2023 la dott.ssa Agnese Anna Barone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente partecipava, unitamente ad altre cinque imprese, al bando di gara indetto dalla Libera Università degli Studi di Enna “Kore”, nel 2016, per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e la costruzione dell'edificio scolastico n. 4 della nuova facoltà di Ingegneria e Architettura. In fase di gara, la Stazione appaltante - previa esclusione della Gresy Appalti s.r.l. per la ritenuta omessa sottoscrizione degli elaborati da parte di tutti i professionisti - disponeva l'aggiudicazione in favore di Saico s.r.l. (provvedimento del 24 novembre 2016).

Prima ancora dell'aggiudicazione definitiva e, precisamente, con nota del 18 novembre 2023, Saico (all'epoca aggiudicataria provvisoria) chiedeva - *“al fine di accelerare l'iter di approvazione del progetto”* - l'autorizzazione alla presentazione del progetto presso i vari enti, *“fermo restando che se l'aggiudicazione definitiva non dovesse andare a buon fine nulla sarà chiesto”*.

L'Università riscontrava la richiesta con nota del 21 novembre 2016 con la quale accoglieva l'istanza *“fermo restando che, come da voi esplicitato, se l'aggiudicazione definitiva non dovesse andare a buon fine non potrà essere avanzata alcuna pretesa economica”*.

Con nota del 25 novembre 2016, l'Università formulava richiesta di documenti per la stipula del contratto, tra cui le cauzioni, le garanzie fideiussorie, le polizze assicurative il versamento del contributo per spese contrattuali.

Il 23 dicembre 2016, Saico - in adempimento degli obblighi scaturenti dal disciplinare di gara (il cui articolo 10.10 stabiliva che *“Il progetto esecutivo dovrà essere predisposto entro 30 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione provvisoria”*) - consegnava la progettazione esecutiva, affidata a progettisti esterni.

2. Con ricorso notificato il 22 dicembre 2016, Gresy Appalti impugnava il provvedimento di esclusione dalla gara e il provvedimento di aggiudicazione in favore di Saico (ricorso n.r.g. 2606/2016) e investiva contestualmente l'ANAC in sede di precontenzioso, che, con delibera del 17 gennaio 2017 (comunicata anche all'odierna ricorrente), riteneva che i progettisti esterni non fossero tenuti alla sottoscrizione dell'offerta *“nonostante ogni disposizione contraria negli atti di gara”*.

Sulla base di tale parere, l'Università, con nota del 6 febbraio 2017, avviava il procedimento di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione di Gresy e di aggiudicazione di Saico; con successivo provvedimento del 22 marzo 2017, l'Università ritenuto di doversi adeguare al parere ANAC disponeva l'annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione di Gresy e dell'aggiudicazione definitiva *“non efficace”* in favore di Saico.

Quindi con sentenza n. 782/2017, questa Sezione dichiarava la cessazione della materia del contendere sul ricorso proposto da Gresy condannando l'Università al pagamento delle spese processuali in favore di quest'ultima.

Con provvedimento del 20 luglio 2017, l'Università disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore di Gresy Appalti.

3. Con il ricorso in esame, notificato il 15 dicembre 2017, Saico ha proposto domanda di risarcimento del danno ingiusto da illegittima attività amministrativa e da responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. sostenendo quanto segue:

- l'art. 30 comma 2 c.p.a. stabilisce che *“Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi”*;

- nel caso in esame, l'illegittimità dell'azione amministrativa sarebbe stata riconosciuta: a) dalla stessa stazione appaltante con i provvedimenti di autotutela; b) dall'ANAC con proprio parere di precontenzioso del 21 dicembre 2017; c) dal TAR nella statuizione di condanna alle spese in favore di Gresy Appalti.

Parte ricorrente ha, inoltre, precisato che le poste di danno richieste *“non attengono ai costi sostenuti per l'inutile partecipazione alla gara, ma ai costi sopportati a seguito dell'aggiudicazione disposta in suo favore, ed in vista della stipula del contratto, e che non avrebbe subito se la Stazione appaltante non avesse compiuto le ormai acclamate illegittimità”*. Secondo parte ricorrente si tratterebbe, quindi,

di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. che è stata configurata dalla giurisprudenza nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura.

Per tali ragione Saico ha domandato il risarcimento dei seguenti danni subiti successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenuta il 24 novembre 2016:

- spese di progettazione esecutiva che sarebbe stata predisposta “*a seguito dell'aggiudicazione definitiva ed in adempimento dell'art. 10.10 del Disciplinare di gara*”, per complessivi €100.996,48 euro;
- premio corrisposto per la stipula della polizza fideiussoria definitiva, rilasciata dalla MOMA & Partners in data 21/12/2016 ammontante a 800,00 €;
- spese di trasferta successive all'aggiudicazione per incontri propedeutici alla stipula del contratto, ammontanti complessivamente a 450,54 euro;
- compensi professionali corrisposti per la giustificazione dei prezzi offerti in gara per € 1575,00;
- diritti corrisposti per l'accesso agli atti in data 26 luglio 2017 a seguito dell'aggiudicazione disposta in favore di Gresy appalti per l'importo di € 81,12;
- risarcimento riconosciuto ad un lavoratore licenziato a seguito del venir meno della commessa per cui è causa quantificato in € 5300,00;
- ore di lavoro impiegate dell'amministratore e dal tecnico successivamente all'aggiudicazione ed in vista della stipula del contratto, per un importo forfettariamente determinato in euro 6.500,00;
- spese legali sostenute per la partecipazione al procedimento ANAC e per il giudizio introdotto da Gresy n.r.g. 2606/2016.

Oltre ai predetti danni, parte ricorrente ha chiesto il risarcimento del mancato conseguimento dell'utile di impresa per € 208.985,00 (pari al 10% dell'importo offerto) “non avendo potuto tra disposta aggiudicazione al successivo annullamento potuto impegnarsi per ulteriori commesse.

4. L'Università intimata si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e con successiva memoria ne ha chiesto il rigetto evidenziando:

- la legittimità del provvedimento di annullamento in autotutela (dell'esclusione di Gresy Appalti e di aggiudicazione dell'odierna ricorrente) in conformità al contenuto della delibera ANAC;
- l'insussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale;
- l'insussistenza dell'affidamento incolpevole del concorrente in relazione alle pendenti controversie amministrative e giurisdizionali;
- la mancanza di alcuna prova dei danni.

5. Con memoria depositata il 18 ottobre 2023, parte ricorrente ha formulato le proprie considerazioni circa la sussistenza, nel caso in esame, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ha replicato alle difese dell'Università resistente.

6. Alla pubblica udienza dell'8 novembre 2023, il ricorso è stato posto in decisione come da verbale.

7. Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Il Collegio – premesso che sulla questione in rito non è necessario alcun preliminare avviso stante che parte ricorrente, a conoscenza di un recente precedente della Sezione su controversia analoga, ha già articolato le proprie difese – osserva che l'azione risarcitoria proposta dalla società ricorrente va giuridicamente qualificata quale domanda di risarcimento danni da ritiro di un provvedimento favorevole. Infatti, la situazione giuridica soggettiva, infatti, che si sostiene essere stata lesa nella circostanza ed in ragione della quale si agisce per il ristoro del nocumento economico-patrimoniale nell'occasione patito non è identificabile nell'interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione o in quello al corretto esercizio dei poteri di autotutela (non in contestazione), ma è, piuttosto, rinvenibile nell'affidamento destato nella complessiva attività serbata dalla stazione appaltante, che, in un primo momento, aveva disposto, sebbene illegittimamente, il bene della vita richiesto per poi legittimamente rivedere le proprie determinazioni, provvedendo in autotutela al ritiro dell'aggiudicazione. 7.1 Sulla questione, la Sezione si è recentemente già pronunciata con la sentenza n. 2492 del 7 agosto 2023, alle cui argomentazioni si rinvia, anche ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 74 c.p.a. Nella citata decisione, la Sezione dopo aver ripercorso le posizioni espresse nel tempo dalla Corte di Cassazione e aver preso atto del contrasto sussistente nella giurisprudenza delle Supreme Corti, ed in particolare:

a) della posizione espressa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (29 novembre 2021, n. 20) che ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, ravvisando in capo al privato la consistenza di interesse legittimo della relativa posizione, siccome correlata comunque all'esercizio del potere;

b) della posizione della Corte regolatrice della giurisdizione, la quale ritiene che la richiesta di danno da annullamento di provvedimento favorevole (annullamento non contestato o comunque divenuto definitivo per infruttuoso esperimento di ricorsi giurisdizionali) rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, coinvolgendo posizioni di diritto soggettivo (Cassazione (cfr. Cass. civ., Sez. Un., ord. 24 aprile 2023, n. 10880; cfr. anche Cass. civ., Sez. Un., ord. 6 febbraio 2023, n. 3514 e Cass. civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2175);

ha ritenuto di dover aderire alle statuizioni assunta dalle Sezioni Unite, nella qualità di organo regolatore della giurisdizione, giacché il danno del quale si chiede ristoro non è direttamente o indirettamente correlabile all'esercizio o al mancato esercizio di un potere pubblicistico dato che la

causa del danno non è rinvenibile nel provvedimento illegittimo (come accade quando il bene della vita sia stato illegittimamente negato) ma è connesso al fatto storico della emissione di un provvedimento (di per sé stesso non dannoso per il destinatario) che, successivamente, è stato caducato perché illegittimo.

7.2 Anche nella fattispecie in esame, la situazione giuridica la cui lesione costituisce la causa della pretesa del privato di vedersi risarciti i danni causati dall'annullamento di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica non è l'interesse legittimo alla conservazione del bene della vita acquisito con tale provvedimento, bensì l'affidamento (incolpevole) dal medesimo riposto nella legittimità e nella stabilità del provvedimento favorevole ottenuto; si tratta, quindi, di una situazione autonomamente tutelata che si colloca nella sequenza provvedimento-affidamento incolpevole-annullamento (legittimo) dell'atto favorevole e che risulta solo "occasionata" dal potere esercitato, per cui la giurisdizione del giudice amministrativo, pur esclusiva, non sussiste (cfr. in termini, anche TAR Campania - Napoli, Sez. III, 19 dicembre 2022, n. 7925).

7.3 Per tutto quanto sopra esposto, il ricorso va dichiarato inammissibile, dovendo essere la giurisdizione declinata in favore del giudice ordinario innanzi al quale il giudizio potrà essere riassunto, ai sensi dell'art. 11 c.p.a.

8. Le spese possono essere integralmente compensate tra le parti tenuto conto della definizione in rito della controversia e del rappresentato contrasto giurisprudenziale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, davanti al quale il processo potrà essere riproposto ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere, Estensore

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Primo Referendario