



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 794 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: :
Omniedil S.r.l., rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea Zuccolo e dall'Avv. Stefano Sacchetto, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia-Mestre, via Giosuè Carducci, 45;

contro

Comune di Jesolo - (Ve), in persona del Sindaco *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Cristina De Benetti, con domicilio eletto in Venezia presso la Segreteria della Sezione, a' sensi e per gli effetti dell'art. 35, secondo comma, del T.U. approvato con R.D. 26 giugno 1924 n. 1054;

nei confronti di

Jesolo Patrimonio S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Gianni Zgagliardich e dall'Avv. Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, S. Croce, 466/G;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

della nota Prot. n. 444/08 dd. 29 dicembre 2008, a firma del Presidente della Jesolo Patrimonio S.r.l. e recante la revoca dell'aggiudicazione a suo tempo disposta a favore della ditta Omniedil S.r.l. per i lavori di riqualificazione urbana di Piazza Trieste e la realizzazione di un parcheggio interrato; nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente, ivi segnatamente compresa la deliberazione della Giunta Comunale di Jesolo n. 183 dd. 21 luglio 2008, recante: *“Riqualificazione urbana di Piazza Trieste. Atto di direttiva alla Società del Comune di Jesolo denominata Jesolo Patrimonio S.r.l.”*; nonché per la condanna delle parti intimare a corrispondere i danni discendenti dagli atti impugnati, ovvero l'indennità di cui all'art. 21-quinquies della L. 7 agosto 1990 n. 241;

quanto ai motivi aggiunti di ricorso:

della deliberazione della Giunta Comunale di Jesolo n. 328 dd. 13 ottobre 2009, recante: *“Riqualificazione urbana di Piazza Trieste. Rinuncia alla realizzazione del progetto di riqualificazione urbana di Piazza Trieste”*; nonché per la condanna delle parti intimare a corrispondere i danni discendenti dagli atti impugnati, ovvero l'indennità di cui all'art. 21-quinquies della L. 7 agosto 1990 n. 241;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Jesolo - (Ve) e di Jesolo Patrimonio S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2010 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente, Omniedil S.r.l., espone che con bando di gara pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 223 dd. 25 settembre 2006 la Jesolo Patrimonio S.r.l. - società costituita dal Comune di Jesolo con capitale interamente proprio ai fini della razionalizzazione e della valorizzazione dei beni patrimoniali comunali, nonché, a'sensi dell'art. 35 della L. 28 dicembre 2001 n. 448 ai fini del potenziamento delle politiche di investimento sul territorio – ha indetto una procedura aperta, a' sensi dell'art. 37, comma 3, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, avente per oggetto l'affidamento dei lavori di *“Riqualficazione urbana di Piazza Trieste e realizzazione di parcheggio interno – CUO H11B06000180007*, per l'importo complessivo a base d'asta pari ad € 2.865.829,37.- (cfr. doc.ti 1 e 2 di parte ricorrente).

All'esito della relativa procedura, contraddistinta dalla partecipazione di 36 imprese, Omniedil è risultata aggiudicataria dapprima provvisoria e poi definitiva con un'offerta pari ad € 2.493.433,88.-, pari ad un ribasso dell'11,562% sull'importo a base d'asta, oltre all'importo di € 46.424,67 per gli oneri di sicurezza (cfr. *ibidem*, doc.ti 3 e 4).

La ricorrente riferisce che sin dall'epoca della gara le indagini geologiche e geotecniche poste a corredo del progetto esecutivo approvato dalla stessa Jesolo Patrimonio avevano suscitato talune perplessità in ordine alla fattibilità dell'opera, e ciò – segnatamente – con riguardo alla stessa, effettiva consistenza del sottosuolo; tant'è che – per l'appunto - già nel corso del procedimento di scelta del contraente Jesolo Patrimonio si era premurata di fornire chiarimenti in proposito (cfr. doc. 5 di parte ricorrente, costituito dal fax dd. 24 ottobre 2006 inoltrato a tutte le concorrenti, nel quale – tra l'altro – si chiariva *“che nel prezzo unitario stimato ed esplicitato vanno compresi anche gli oneri relativi ad eventuali fluttuazioni di profondità dei diaframmi rispetto all'altezza indicata nei disegni esecutivi di progetto e quindi senza alcun maggior onere per la Stazione Appaltante. E' stato previsto ... che, in fase di inizio dei lavori,*

l'impresa appaltatrice proceda ad espletare, con ogni onere a suo carico, alcuni importanti approfondimenti della indagine geognostica, con prove in sito e in laboratorio, mirati ad acquisire maggiori informazioni relative a questo particolare problema. I responsi che ne seguiranno diverranno fondamento per configurare il dettaglio risolutivo che fissi i caratteri geometrici e compositivi del tampone di fondo artificiale-parziale e del tampone di fondo naturale-complementare, nonché dei relativi rapporti posizionali”), che – ora – Omniedil reputa (cfr. pag. 3 dell'atto introduttivo del presente giudizio) “non pienamente soddisfatti”.

Omniedil riferisce di aver partecipato a numerosi incontri con Jesolo Patrimonio, dopo l'aggiudicazione disposta a suo favore, al fine di approfondire tale problema: e ciò anche nella prospettiva di elaborare soluzioni progettuali alternative, chiedendo – tra l'altro – *“di poter procedere, anche in pendenza della consegna dei lavori, all'esecuzione delle indagini geognostiche di approfondimento così come previsto dal Capitolato Speciale d'Appalto, pur ritenendo che sarebbe stato opportuno fossero state fatte prima o comunque contestualmente allo sviluppo del progetto esecutivo, non fosse per il fatto che esse potrebbero far emergere una situazione geomorfologica e geotecnica differente da quella assunta a base progettuale con conseguenti stravolgimenti del progetto stesso”* (cfr. nota Omniedil S.r.l. dd. 7 giugno 2007, anticipata a Jesolo Patrimonio a mezzo telefax, doc. 6 di parte ricorrente).

Omniedil riferisce e documenta – quindi – che tale indagine venne assentita da Jesolo Patrimonio e svolta da tecnici di fiducia della società aggiudicataria, ossia della stessa Omniedil (cfr. *ibidem*, doc.ti da 7 *usque* 12).

La ricorrente afferma che tale attività di indagine si sarebbe conclusa il 19 luglio 2007 (cfr. nota dd. 20 luglio 2007 della Anteris S.r.l., incaricata dalla medesima Omniedil: cfr. *ibidem*, doc. 13) e che, in conseguenza di ciò, essa ha trasmesso a Jesolo Patrimonio in data 25 settembre 2007 tutta la documentazione necessaria alla stipula del contratto di appalto (cfr. *ibidem*, doc. 14): stipula, peraltro, *“che venne ulteriormente differita per consentire alle parti di definire la cennata questione tecnica e trovare*

adeguate soluzioni, anche progettuali, che consentissero una rapida e sicura intrapresa dei lavori. Dopo un periodo di comune riflessione ed all'esito di un incontro chiarificatore tenutosi il 7 aprile 2008 ... e, quindi, a circa sedici mesi dall'aggiudicazione definitiva" (cfr. pagg. 3 e 4 dell'atto introduttivo del presente giudizio), Jesolo Patrimonio, con nota 1/2008/CONTR. dd. 10 aprile 2008 a firma del proprio Presidente ha chiesto ad Omniedil, "con riferimento agli accordi intercorsi", di produrre ulteriori certificazioni necessarie alla stipula del contratto ("certificato della Camera di Commercio con diciture relative al fallimentare e all'antimafia, copia conforme del certificato UNI EN ISO 9001: 2000 in corso di validità; DURC, emendamento alla polizza C.A.R.": cfr. doc. 15 di parte ricorrente).

Tale richiesta risulta riscontrata da Omniedil in data 5 maggio 2008 (cfr. *ibidem*, doc. 16).

In assenza di fissazione della data per la stipula del contratto, Omniedil ha formalmente diffidato Jesolo Patrimonio, nonché il suo Presidente Arch. Renato Segatto nella sua contestuale veste di Responsabile Unico del Procedimento, ad addivenire alla stipula medesima (cfr. *ibidem*, doc. 17).

A questo punto, con nota dd. 21 luglio 2008 Jesolo Patrimonio ha comunicato a Omniedil "ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241 ... che l'Amministrazione Comunale, con deliberazione giunta n. 183 del 2008, ha impartito alla scrivente Società la direttiva di non proseguire nel procedimento relativo ai lavori di riqualificazione urbana di Piazza Trieste e di non sottoscrivere il relativo contratto con Codesta Impresa. Nel comunicare, quindi, l'avvio del conseguente procedimento di revoca dell'aggiudicazione a suo tempo disposta, si invita Codesta Impresa a voler presentare eventuali memorie relative alle situazioni soggettive meritevoli di valutazione entro 15 giorni dal ricevimento della presente. Qualora entro tale termine non dovesse pervenire alcun documento, la scrivente Società provvederà senza ulteriore indugio alla revoca della citata aggiudicazione. Si allegano i seguenti documenti: copia della deliberazione della Giunta Comunale n. 183 ed estratto del

Verbale del Consiglio di Amministrazione della mSocietà. Distinti saluti” (cfr. ibidem, doc. 18).

In particolare, nelle premesse della deliberazione della Giunta Comunale di Jesolo n. 183 dd. 1 luglio 2008 si legge (cfr. *ibidem*, doc. 19) *“che l’aggiudicazione intervenuta ai sensi dell’art. 11, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006, quindi in pendenza dell’esito delle verifiche di legge, venne comunicata all’appaltatore con lettera raccomandata A.R. in data 4 dicembre 2006 e ritrasmessa a mezzo fax in data 4 novembre 2006 in quanto la ditta Omniedil S.r.l. sostenne di non averla mai ricevuta, che a tutt’oggi il contratto con la ditta appaltatrice non è stato sottoscritto a causa di una serie di problematiche sollevate dall’aggiudicatario provvisorio che ne hanno reso necessario un preliminare approfondimento; Rilevato che il Dirigente del III° Settore, Arch. Renato Segatto, in qualità di Responsabile Unico del Procedimento nonché di Presidente del Consiglio di Amministrazione della Jesolo Patrimonio S.r.l., con relazione in data 9 giugno 2008 ha esposto quanto di seguito: data l’importanza dell’opera e la particolarità del sito, caratterizzato dalla presenza di fabbricati pluripiano e punto nevralgico della viabilità del lido di Jesolo, immediatamente dopo l’aggiudicazione ha organizzato un primo incontro al quale partecipò, oltre all’Arch. Renato Segatto, la ditta appaltatrice e l’Ing. Chiappini Luigi in qualità di collaudatore in corso d’opera, al fine di chiarire eventuali dubbi su alcune questioni tecniche in ordine alla fattibilità dell’opera sollevate dall’Associazione Costruttori Edili di Venezia; sia nel primo incontro che nei successivi la ditta Omniedil ha sottolineato alcuni dubbi sulla reale consistenza del sottosuolo evidenziata dall’indagine geologica e geotecnica del progetto esecutivo approvato e posto a base di gara; pare evidente che laddove le circostanze sollevate dall’appaltatore risultassero oggettivamente dimostrabili, potrebbe rendersi necessaria una variante tecnica per sorpresa geologica stimabile in una spesa variabile da € 1.600.000,00.- a € 1.750.000,00.-; se tale maggiore spesa dovesse risultare indispensabile, il relativo costo a carico della Jesolo Patrimonio S.r.l. potrebbe eventualmente essere ridimensionato da una variante migliorativa di cui all’art. 11 del D.M. 19 aprile 2000 n. 145, proposta dall’appaltatore per la realizzazione di un secondo piano di parcheggi interrati; l’approvazione di una variante migliorativa per la*

realizzazione di un secondo piano di parcheggi interrati costituirebbe variante sostanziale al progetto aggiudicato, sulla quale sarebbe necessario ed opportuno un preventivo parere dell'Autorità sui contratti pubblici, anche per non incorrere in possibili ricorsi da parte degli altri concorrenti alla gara sotto il profilo della violazione della par condicio e della concorrenza; Considerato che l'Arch. Renato Segatto, con la predetta relazione del 3 giugno 2008 (sic! Precedentemente era stata indicata con la data del 9 giugno 2008) ha chiesto all'Amministrazione Comunale di valutare unitamente a quanto sopra descritto anche le seguenti questioni:

- 1. Lo sviluppo urbanistico avvenuto in questi ultimi anni ha portato ad una notevole trasformazione di tutta la zona a nord situata nelle immediate vicinanze di Piazza Trieste. Gli interventi contemplati e quelli in fase di attuazione hanno portato, e porteranno, ad un notevole aumento della disponibilità di parcheggi compresa la realizzazione di un edificio multipiano adiacente alla nuova stazione degli autobus del servizio di trasporto pubblico. Tale aumento di disponibilità genera sicuramente una minore richiesta di box sotterranei nella piazza.*
- 2. L'esperienza acquisita in numerosi altri interventi eseguiti nella zona del Lido ha evidenziato le numerose criticità create nella realizzazione di scavi di interrati, in particolare quelli in prossimità di piazze o di viabilità primaria (l'intervento in oggetto prevede di occupare con lo scavo dell'interrato l'intera superficie della piazza). Tali criticità aumentano notevolmente in siti con presenza di importanti sottoservizi come nel caso di Piazza Trieste. Nella programmazione temporale dell'intervento di Piazza Trieste è stata preventivata una durata del cantiere di due anni con conseguenti disagi per le attività presenti nelle immediate vicinanze ma anche per quelle di un'area più ampia che dovrà subire alcune deviazioni prolungate.*
- 3. Nell'eventualità che si appalesi una richiesta residuale di posti auto nella zona, potrà essere considerata la realizzazione di una autorimessa interrata nei lavori di ampliamento del fabbricato del Museo Comunale (ex Scuola Carducci), allargabile anche al parcheggio esistente in Via Nautili. Tale intervento risulterebbe operativamente molto più agevole in quanto non interesserebbe la viabilità principale e non interferirebbe con alcun impianto di sottoservizi.*

4. Le modifiche climatiche e meteorologiche evidenziate negli ultimi anni – che hanno portato all'accentuarsi di precipitazioni atmosferiche brevi ma di grande intensità – hanno evidenziato (sic!) la difficoltà di un immediato smaltimento delle acque meteoriche con conseguente allargamento delle aree del territorio più basse. Infatti, per dare una prima risposta a tale problematica nell'area di Piazza Trieste, notoriamente soggetta a parziali allagamenti, è stata programmata la realizzazione di una vasca di laminazione. Tale intervento è compreso nell'intervento (sic!) del piano urbanistico attuativo denominato "Piazza Trieste" nell'area destinata al parco pubblico. Ciò nonostante, nell'area di Piazza Trieste permane la probabilità di allagamenti in coincidenza con eventi atmosferici intensi e tale rischio comporta notevoli costi per dotare un eventuale interrato di tutte le tecnologie necessarie ad impedire il deflusso dell'acqua nel parcheggio sotterraneo.

Valutata la notevole rilevanza economica e l'importanza strategica dell'intervento, nonché il nuovo contesto in cui detto intervento andrebbe ad inserirsi; Ritenuto che le questioni poste dall'Arch. Renato Segatto, unitamente ai dubbi manifestati dalla ditta aggiudicataria sotto il profilo tecnico-esecutivo, abbiano la potenzialità per originare, sin dal primo avvio dei lavori, maggiori oneri a carico della Pubblica Amministrazione per possibili contenziosi avviati dalla Ditta Omniedil che ha già interessato i suoi legali, e ciò anche a prescindere dalle ragioni oggettive e dal concreto accertamento che dovesse intervenire sotto un profilo strettamente tecnico, e rendano conseguentemente opportuno non procedere al contratto con la ditta Omiedil S.r.l.; Ritenuto con il presente atto di impartire direttiva alla società Jesolo Patrimonio S.r.l., in quanto società pubblica "in house" del Comune di Jesolo e, pertanto, di dare indicazione alla Società di non procedere alla stipula del contratto d'appalto con la Società Omniedil S.r.l. di Venezia".

Omniedil, a sua volta, con nota dd. 6 agosto 2008 ha fatto pervenire sia a Jesolo Patrimonio che al Comune di Jesolo le proprie deduzioni, rilevando in particolare che mediante la predetta deliberazione giunta n. 183 del 2008, "l'Amministrazione Comunale, in qualità di socio unico della Jesolo Patrimonio S.r.l., ha evidenziato un aspetto tecnico ed un altro più strettamente politico-amministrativo; per quanto riguarda il primo, ovvero

le cennate perplessità in ordine alla fattibilità dell'opera ed, in particolare, alla reale consistenza del sottosuolo rappresentata dall'indagine geologica e geotecnica del progetto esecutivo posto a base di gara, merita osservare che esse avrebbero dovuto indurre codesta Stazione Appaltante a svolgere gli inevitabili necessari approfondimenti prima di assumere ogni e qualsivoglia decisione sull'intrapresa dei lavori; invero, nulla è stato dimostrato sul punto e, tanto meno, sono state seriamente esaminate le soluzioni alternative alle paventate difficoltà tecniche, peraltro verosimili e percorribili; per quanto attiene, invece, alla seconda parte motiva della deliberazione giuntale, laddove si afferma che lo sviluppo urbanistico della città di Jesolo avrebbe determinato una decisiva flessione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, non può sottacersi che essa appare quanto meno apodittica, intempestiva e pretestuosa; le varie circostanze rappresentate dalla Civica Amministrazione per supportare il proprio opinamento, quali ad esempio gli altri parcheggi esistenti e in divenire, le presunte criticità determinate dall'esecuzione di scavi di interrati nonché le asserite modifiche climatiche e meteorologiche degli ultimi anni, non integrano affatto elementi di novità idonei a giustificare un così repentino mutamento di tendenza, ma fattori già ben conosciuti sin dall'epoca dell'esperimento della procedura ad evidenza pubblica in parola; a conforto dell'assunto che precede, basti pensare che solo lo scorso mese di aprile codesta Società ha invitato nuovamente la Omnedil S.r.l. a produrre la documentazione necessaria per addivenire alla stipula del contratto, così manifestando il proprio fermo convincimento a dar corso ai lavori; rilevato che la deducente impresa ha già sostenuto notevoli impegni finanziari correlati alla partecipazione alla gara ed alla attività che ne è inevitabilmente scaturita; ha rinunciato, altresì, ad assumere taluni impegni contrattuali assai remunerativi, confidando nell'intrapresa dei magisteri in questione; tutto ciò premesso, considerato e rilevato, invita la Jesolo Patrimonio S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a voler disporre l'archiviazione dell'avviato procedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta in data 30 novembre 2006, addivenendo alla stipula del contratto d'appalto per i lavori di riqualificazione urbana di Piazza Trieste e la realizzazione del parcheggio interrato senza ulteriore indugio. Resta inteso che, in

difetto, si riserva sin d'ora di assumere ogni e qualsivoglia iniziativa volta a tutelare le proprie ragioni. Con ossequio”.

Non avendo avuto riscontro in ordine alle surriportate deduzioni, Omniedil ha diffidato in data 12 dicembre 2008 Jesolo Patrimonio, *“in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a concludere il procedimento di revoca avviato con nota del 21 luglio 2008 senza ulteriore indugio e, comunque, entro e non oltre 15(quindici) giorni dal ricevimento”* della diffida medesima, riservandosi – altresì – *“di intraprendere ogni e qualsivoglia iniziativa volta a tutelare i propri interessi, anche ai sensi dell’art. 21-bis della L. 6 dicembre 1971 n. 1034”* (cfr. *ibidem*. Doc. 21).

In esito a ciò, con nota Prot. 444/2008 dd. 29 dicembre 2008 avente ad oggetto *“Riqualificazione urbana di Piazza Trieste. Revoca aggiudicazione”* e indirizzata a Omniedil, il Presidente di Jesolo Patrimonio, *“considerato che a seguito di attenta e approfondita valutazione della documentazione agli atti e delle controdeduzioni della ditta Omniedil S.r.l. è necessario confermare, per le ragioni di opportunità ed interesse pubblico contenute nella deliberazione di giunta Comunale n. 183 del 2008, la revoca dell’aggiudicazione dei lavori di cui in oggetto; che rientra nella potestà discrezionale della stazione appaltante disporre la revoca delle procedure di aggiudicazione di un contratto secondo gli ordinari canoni di autotutela per il perseguimento dell’interesse pubblico”*, ha conseguentemente disposto la revoca dell’aggiudicazione a suo tempo disposta a favore di Omniedil, restituendo per l’effetto le polizze fideiussorie e di assicurazione già depositate dall’aggiudicataria medesima e contestualmente invitando Omniedil *“a far pervenire i risultati delle prove geologiche, autorizzate dalla Jesolo Patrimonio S.r.l. con nota in data 26 giugno 2008, unitamente alla quantificazione delle spese sostenute per la loro liquidazione”*.

1.2.1. Ciò posto, con il ricorso in epigrafe Omniedil chiede l’annullamento della surriportata nota Prot. n. 444/08 dd. 29 dicembre 2008, a firma del Presidente della Jesolo Patrimonio S.r.l. e recante la revoca dell’aggiudicazione a suo tempo disposta a suo favore della ditta Omniedil S.r.l. per i lavori di riqualificazione

urbana di Piazza Trieste e la realizzazione di un parcheggio interrato, nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente, ivi segnatamente compresa la deliberazione della Giunta Comunale di Jesolo n. 183 dd. 21 luglio 2008, a sua volta recante ad oggetto: *“Riqualficazione urbana di Piazza Trieste. Atto di direttiva alla Società del Comune di Jesolo denominata Jesolo Patrimonio S.r.l.”*.

La ricorrente chiede - altresì - la condanna di Jesolo Patrimonio e del Comune di Jesolo a corrispondere i danni da essa subiti e discendenti dagli atti impugnati, ovvero l'indennità di cui all'art. 21-quinquies della L. 7 agosto 1990 n. 241.

1.2.2. Con un primo ordine di censure Omniedil deduce al riguardo l'avvenuta violazione dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241, dell'art. 21-quinquies della medesima L. 241 del 1990 e dell'art. 11, comma 9, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, nonché eccesso di potere per carenza di motivazione, ovvero per insufficienza e perplessità della motivazione, carenza di presupposto, illogicità e incongruenza manifesta, travisamento e erronea applicazione della legge.

Secondo la ricorrente, andrebbe innanzitutto evidenziato che la Stazione Appaltante avrebbe dapprima ingenerato nei suoi riguardi un legittimo affidamento ad una rapida e sicura intrapresa dei lavori, e ciò chiedendo per ben due volte la presentazione della documentazione necessaria per la stipulazione del contratto, inopinatamente poi comunicando l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione: revoca che – come visto innanzi – è stata fondata su un duplice ordine di motivi, l'uno di carattere tecnico e l'altro di ordine politico-amministrativo.

Per quanto attiene ai motivi di ordine tecnico, essenzialmente fondati sulla paventata esigenza di una variante per sorpresa geologica presumibilmente valutabile in un costo da € 1.600.000,00.- a € 1.750.000,00.- , peraltro ridimensionabile quale variante migliorativa a' sensi dell'art. 11 del D.M. 145 del 2000 proposta dall'appaltatore con la realizzazione di un secondo livello di

parcheggi interrato, Omniedil afferma che *“l’assunto della Stazione Appaltante, per sua Stessa ammissione”*, non sarebbe stato affatto *“avvalorato da una seria e puntuale verifica”* e si configurerebbe, quindi, quale *“asserzione di principio, sprovvista di adeguato supporto istruttorio e probatorio”* (cfr. pag. 9 e ss. dell’atto introduttivo del presente giudizio), fermo comunque restando il rilievo che la medesima Stazione Appaltante ben avrebbe potuto esperire la procedura di approvazione della variante al progetto sottoponendone il contenuto all’Autorità di vigilanza per i contratti pubblici ben prima di concludere, dopo ben due anni e in via del tutto apodittica, per l’impraticabilità del progetto medesimo.

Per quanto attiene invece ai motivi di ordine politico-amministrativo, essi – sempre come detto innanzi – sono riassumibili nella sopravvenuta nuova disponibilità di parcheggi nell’area di Piazza Trieste per effetto del consistente sviluppo urbanistico-edilizio dell’area medesima, nella criticità dell’intervento per la sua eccessiva durata temporale e conseguente disagio per le attività e le persone presenti nelle immediate adiacenze, nella maggiore praticabilità – nell’ipotesi di effettiva necessità di ulteriori posti auto nell’area – della realizzazione di un’autorimessa interrata nell’edificio della ex scuola Carducci quale variante dei lavori di ampliamento del relativo edificio e – da ultimo – nelle difficoltà di efficace raccolta nell’area destinata alla nuova opera delle acque meteoriche, notoriamente cospicue per effetto dei recenti mutamenti climatici contraddistinti da piogge brevi ma di grande intensità.

Ad avviso della ricorrente, il proprio legittimo affidamento non potrebbe essere posto nel nulla dall’insieme delle testè riferite motivazioni, le quali non riassumerebbero degli elementi di novità idonei a giustificare il mutato apprezzamento del pubblico interesse da parte della Stazione Appaltante, ma circostanze già ben note a quest’ultima sin dall’epoca dell’esperimento del procedimento di scelta del contraente.

Né, da ultimo, andrebbe sottaciuto – sempre ad avviso della ricorrente – che la Stazione Appaltante si sarebbe limitata a revocare il solo ravvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, ma non anche gli altri atti del relativo procedimento: e ciò *“in spregio ai canoni di coerenza, trasparenza e correttezza che devono sempre informare l’azione della Pubblica Amministrazione”* (cfr. *ibidem*, pag. 14).

1.2.3. Con un secondo ordine di censure la ricorrente deduce sempre l’avvenuta violazione dell’art. 21-quinquies della L. 241 del 1990 e dell’art. 3 della medesima L. 241 del 1990, nonché eccesso di potere per difetto di presupposto, carenza di istruttoria e sviamento, erronea applicazione della legge e incongruità manifesta.

Ad avviso di Omniedil il disposto provvedimento di revoca risulterebbe difforme dai requisiti stabiliti al riguardo dal testo dell’art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, e la Stazione Appaltante avrebbe – altresì – omesso di stabilire l’indennizzo spettante all’aggiudicatario della gara quale *“soggetto direttamente interessato”* dalla revoca medesima.

La ricorrente, in considerazione delle ingenti spese da essa sostenute per la partecipazione alla gara nonché delle spese parimenti consistenti affrontate per le successive attività di verifica dello stato del terreno, assentite dalla stessa Stazione Appaltante (cfr. doc. 36 *usque* 42 di parte ricorrente), e – ancora – in considerazione della rinuncia da essa conseguentemente fatta a partecipare ad altre selezioni pubbliche e a negoziazioni private (cfr. *ibidem*, doc. 43 *usque* 46), reclama un indennizzo pari a € 391.000.000,00.-, ovvero della diversa misura che sarà ritenuta da questo giudice.

1.2.4. Con un terzo ordine di censure Omniedil deduce l’avvenuta violazione dell’art. 1337 c.c., dei principi di correttezza e di buona fede e dei principi discendenti dall’art. 97 Cost., violazione dell’art. 3 della L. 241 del 1990, nonché eccesso di potere per incongruità e ingiustizia manifesta e falsa e/o erronea applicazione della legge.

La ricorrente reputa che analoga somma dovrebbe comunque competerle a titolo di danno, stante la dianzi rilevata illegittimità della revoca disposta in suo danno, riferendo al riguardo un pregiudizio di € 191.000.000,00.- per i costi sostenuti per la partecipazione alla gara e le verifiche susseguentemente svolte con l'assenso della Stazione Appaltante, e di € 200.000.000,00.- per le occasioni di lavoro concomitantemente perse tra la data del 29 novembre 2006 e quella del 14 gennaio 2009.

2.1. Successivamente, con deliberazione n. 328 dd. 13 ottobre 2009 la Giunta Comunale di Jesolo ha rinunciato *“definitivamente a dare corso”* alla realizzazione del progetto di riqualificazione urbana di Piazza Trieste.

Nelle premesse di tale deliberazione si legge, tra l'altro, *“che le trasformazioni urbanistiche che avevano condotto alla decisione di non stipulare il contratto con l'appaltatore si sono ulteriormente concretizzate con la elaborazione di alcuni piani di recupero adiacenti alla zona di Piazza Trieste che, oltre a modificare la dotazione degli standards di parcheggi pubblici della zona, rendono superfluo ed inutile lo sfruttamento del sottosuolo di Piazza Trieste per la realizzazione di un parcheggio interrato dal quale ricavare un a parte dei fondi necessari alla realizzazione della nuova piazza; che i piani di recupero in corso di elaborazione genereranno dei benefici pubblici in termini di entrate extra per oneri di urbanizzazione versati dai committenti privati che garantiranno la completa copertura finanziaria necessaria per far fronte ai lavori di sistemazione della Piazza, che per effetto di quanto sopra descritto si dovrà procedere con l'elaborazione di un nuovo progetto diverso dal precedente, privo di autorimessa interrata e della relativa rampa di accesso all'autorimessa e completamente ridisegnato in ogni sua parte; ritenuto, pertanto, per le ragioni sopra esplicitate, di non dare corso all'opera nella soluzione precedentemente progettata”*.

Nel dispositivo della medesima deliberazione, oltre alla predetta disposizione *“di rinunciare definitivamente a dare corso all'opera precedentemente appaltata”*, si legge che la Giunta delibera pure *“di dare atto che si provvederà alla elaborazione di una nuova*

progettazione della piazza da avviarsi immediatamente dopo l'approvazione dei Piani di recupero di cui alle premesse”, “di demandare al dirigente del III Settore l'avvio delle procedure di restituzione del diritto di superficie e del sottosuolo in precedenza conferito a Jesolo Patrimonio S.r.l.”, nonché “di trasmettere il presente provvedimento a Jesolo Patrimonio S.r.l.”.

2.2. Con motivi aggiunti di ricorso Omniedil ha quindi parimenti chiesto l'annullamento anche di tale ultima deliberazione giuntale e di ogni altro atto presupposto e conseguente, deducendo al riguardo in via derivata le medesime censure illustrate nell'atto introduttivo del presente giudizio e riproponendo – comunque – le medesime domande risarcitorie ovvero di liquidazione dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della L. 241 del 1990.

3. Si è costituita in giudizio Jesolo Patrimonio, eccependo in via preliminare l'irricevibilità dell'impugnativa proposta da Omniedil avverso la deliberazione della Giunta Comunale di Jesolo n. 183 del 2008 recante la direttiva impartita dalla Giunta medesima di non stipulare il contratto di appalto di cui trattasi, inoltrata in copia alla ricorrente in data 21 luglio 2008 e, nondimeno, da essa impugnata soltanto con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato il 14 marzo 2009 e, quindi, per quanto segnatamente attiene alla deliberazione giuntale predetta, ben oltre il termine decadenziale di cui all'art. 21, primo comma, della L. 6 dicembre 1971 n. 1034.

Ad avviso di Jesolo Patrimonio, l'omessa impugnazione in termine della deliberazione giuntale n. 183 del 2008 determinerebbe, per ineludibile conseguenza, l'inammissibilità dell'intera impugnazione principale e dei motivi aggiunti di ricorso, stante la natura evidentemente presupposta di tale deliberazione rispetto a tutti gli altri atti impugnati.

Sempre in via preliminare, Jesolo Patrimonio ha pure eccepito l'inammissibilità delle impugnative avversarie per omessa impugnazione da parte di Omniedil del bando di gara.

In ogni caso Jesolo Patrimonio replica puntualmente anche nel merito alle censure avversarie, concludendo per la loro reiezione.

4. Si è pure costituito in giudizio il Comune di Jesolo, parimenti eccependo in via preliminare l'irricevibilità dell'impugnativa proposta avverso la deliberazione giuntale n. 183 del 2008 e la conseguente inammissibilità di tutte le altre impugnative proposte da Omnedil, nonché concludendoin via subordinata per la reiezione delle impugnative medesime.

5. Omniedil, a sua volta, ha replicato alle eccezioni preliminari delle controparti sostenendo la natura endoprocedimentale dell'anzidetta deliberazione giuntale n.183 del 2008, a suo avviso non lesiva per i propri interessi sino all'esito del procedimento di revoca avviato nei propri confronti da Jesolo Patrimonio, e ha – altresì – affermato l'irrilevanza dell'impugnazione delle disposizioni contenute nella *lex specialis* di gara ai fini dell'economia della presente causa.

La medesima ricorrente ha quindi insistito per l'accoglimento delle proprie domande.

6. Alla pubblica udienza del 15 aprile 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

7.1. Tutto ciò premesso, il Collegio reputa preliminarmente di prescindere dall'esame delle eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità delle impugnative complessivamente proposte da Omniedil, in quanto esse risultano –comunque – infondate.

7.2. Sempre in via preliminare, e per lo stesso motivo, il Collegio reputa – altresì - ultronea per l'economia della presente causa ogni considerazione circa l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le domande rispettivamente aventi a oggetto l'indennizzo e il risarcimento del danno sono giuridicamente, e ancor prima logicamente, incompatibili tra loro e non possono essere proposte neppure

alternativamente o in via graduata nel medesimo giudizio (cfr., ad es., T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 aprile 2009 n. 3479).

Tale giurisprudenza muove invero dal presupposto per cui - e come si vedrà appresso anche al § 8.3. della presente sentenza - nel primo caso si presuppone la legittimità della revoca e un'eventuale responsabilità dell'Amministrazione da atto lecito dannoso, mentre nel secondo caso la parte ricorrente deduce l'illegittimità della revoca medesima contestualmente alla propria pretesa risarcitoria qualificando - per l'appunto - come "*non iure*" la condotta dell'Amministrazione; e in conseguenza di ciò l'indirizzo giurisprudenziale di cui trattasi reputa che la richiesta formulata dal ricorrente affinché il proprio danno venga liquidato ai sensi dell'art. 21 - *quinquies* della L. 241 del 1990, come aggiunto dall'art. 14 della L. 11 febbraio 2005 n. 15, fuoriesce dalla connotazione propria del risarcimento di un danno ingiusto per assumere la valenza di un ristoro patrimoniale discendente dalla legittima adozione di un atto di revoca e, quindi, configurando una posizione soggettiva intrinsecamente incompatibile con la contestuale proposizione di una domanda di annullamento dell'atto medesimo (cfr. T.A.R. Lazio cit.).

Ciò posto, ad avviso di questo giudice, e per quanto si dirà appresso, nel caso di specie la revoca va ritenuta legittima con la conseguente esclusione della stessa sussistenza dei presupposti affinché Omiedil possa avanzare la domanda di risarcimento del danno, mentre per quanto attiene all'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies* della L. 241 del 1990 dovranno essere valutate talune circostanze del tutto peculiari ai fatti per cui è causa.

8.1. A questo punto, va evidenziato che in linea di principio nei contratti ad evidenza pubblica l'Amministrazione aggiudicatrice non è obbligata a stipulare il contratto con l'impresa aggiudicataria.

La medesima Amministrazione ben può, quindi, rimuovere gli effetti dell'atto di aggiudicazione provvisoria e - ove necessario - anche dei suoi atti presupposti,

nonché dell'atto di aggiudicazione definitiva, purché la conseguente azione amministrativa sia condotta nei necessari crismi della legittimità: ossia il potere discrezionale riconosciuto in capo all'Amministrazione medesima deve essere esercitato in conformità ai principi di legalità, di economicità e di razionalità, nonché nel rispetto della c.d. *"buona fede etica"*

Come è ben noto, a' sensi dell'art. 11 del D.L.vo 163 del 2006 il procedimento di scelta del contraente per l'affidamento di una commessa pubblica si conclude soltanto nel momento in cui la stazione appaltante adotta il provvedimento di aggiudicazione definitiva: e di ciò ne è prova la circostanza per cui, ove l'Amministrazione aggiudicatrice intenda esercitare il proprio potere di rimozione degli effetti dell'aggiudicazione definitiva da essa precedentemente disposta, in applicazione del rinvio di carattere generale contenuto nell'art. 2, comma 3, del medesimo D.L.vo 163 del 2006 dovrà comunque attenersi al riguardo alle disposizioni contenute nel *corpus* della L. 7 agosto 1990 n. 241.

Nel caso di illegittimità del procedimento di scelta del contraente dovrà pertanto inderogabilmente trovare applicazione l'art. 21-nonies della L. 241 del 1990 come aggiunto dall'art. 14 della L. 15 del 2005, con il conseguente annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione definitiva; viceversa, nel caso di revoca del medesimo provvedimento di aggiudicazione definitiva troverà altrettanto necessitata applicazione l'art.21-quinquies della medesima L. 241 del 1990, parimenti introdotto per effetto dell'art. 14 della L. 15 del 2005.

Va opportunamente rimarcato che - anche a prescindere dalla sopradescritta sistematica *"interazione"* tra la disciplina contenuta nel D.L.vo 163 del 2006 e quella contenuta nella L. 241 del 1990, garantita dalla testè ricordata *"clausola generale"* contenuta nell'art. 3, comma 2, del medesimo D.L.vo 163 del 2006 - pure in epoca precedente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici il medesimo risultato era inderogabilmente assicurato mediante l'applicazione in via precettiva

del principio di buon andamento e di imparzialità della funzione pubblica, discendente dall'art. 97 Cost (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2004 n. 156), nonché del principio di diritto comune contenuto nell'art. 1328 c.c., in forza del quale la proposta di concludere il contratto (quale è l'atto di indizione della gara, ancorché espresso in forma pubblicistica e subordinata all'osservanza delle regole procedurali per la scelta del contraente) è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2004 n. 5448).

Risulta altrettanto assodato che, ove l'annullamento o la revoca riguardi l'aggiudicazione definitiva, deve essere inderogabilmente e previamente comunicato alla parte interessata l'avvio del relativo procedimento a' sensi dell'art. 7 e ss. della medesima L. 241 del 1990, mentre nel caso in cui deve essere annullata o revocata l'aggiudicazione provvisoria, non sussiste l'esigenza di acquisire la partecipazione degli interessati, trattandosi di atto endoprocedimentale, *“ad effetti instabili ed interinali”* (così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19 aprile 2007 n. 1874), *“certamente necessario ma non decisivo, ed ancora attinente all'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara”* (cfr. sul punto, ad es., e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2009 n. 7042).

Si reputa, infatti, che l'aggiudicatario provvisorio sia titolare di una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento, mentre in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva l'aggiudicatario ha conseguito una posizione giuridica qualificata e, per tale ragione, meritevole della garanzia di poter interloquire con l'Amministrazione aggiudicatrice, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata l'azione dell'Amministrazione medesima.

Da ciò discende – altresì - che l'azione amministrativa deputata all'eventuale revoca dell'aggiudicazione provvisoria in pendenza del procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva non può mai risolversi nell'esercizio arbitrario del potere attribuito all'Amministrazione aggiudicatrice e che la posizione dell'aggiudicatario provvisorio non può non essere adeguatamente tutelata dall'ordinamento giuridico, dovendo il potere predetto essere puntualmente e motivatamente esercitato non solo nell'*an*, ma anche nel *quam*, nel *quando* e nel *quomodo*.

Se, dunque, il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva di una commessa pubblica per certo costituisce estrinsecazione di un potere connotato da amplissima discrezionalità e caratterizzato da una valutazione di pura opportunità amministrativa, dinanzi al quale il sindacato del giudice amministrativo non può oltrepassare il confine della verifica circa la congruità, la logicità e la razionalità della scelta operata dalla stazione appaltante, allo stesso tempo non può non considerarsi che va comunque accordata una tutela alla posizione soggettiva del destinatario del provvedimento medesimo, soprattutto sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi coinvolti, nonché in ordine alla reale sussistenza dei presupposti che inducono l'Amministrazione aggiudicatrice, dopo aver bandito una selezione e definito un apprezzabile tratto della relativa procedura, a verificare la perdurante attualità della rispondenza di tali atti al pubblico interesse.

8.2. Orbene, venendo segnatamente al caso di specie, la revoca dell'aggiudicazione definitiva risulta legittima innanzitutto perché congruamente motivata nelle premesse delle due deliberazioni giuntali qui rese oggetto di impugnazione e rispettivamente riportate nei paragrafi 1.1. e 2.1. della presente sentenza.

A fronte delle considerazioni complessivamente svolte dalla Giunta Comunale e fatte necessariamente proprie da Jesolo Patrimonio, Omniedil si è in buona sostanza limitata ad affermare che, per quanto attiene alle esternate difficoltà

tecniche, nulla sarebbe stato dimostrato sul punto, né sarebbero state seriamente esaminate soluzioni progettuali alternative e reputate dalla ricorrente medesima *“verosimili e percorribili”* nella propria memoria prodotta in sede di procedimento avviato a’ sensi dell’art. 7 e ss. della L. 241 del 1990

Per quanto attiene, invece, alla seconda parte motiva della deliberazione giuntale, laddove si sostiene che lo sviluppo urbanistico della città di Jesolo avrebbe determinato una decisiva flessione dell’interesse pubblico alla realizzazione dell’opera, secondo Omniedil la relativa affermazione sarebbe *“quanto meno apodittica, intempestiva e pretestuosa”* e le varie circostanze rappresentate dall’Amministrazione Comunale per fondare la revoca dell’aggiudicazione, ossia la *medio tempore* avvenuta realizzazione di altri parcheggi e l’imminente operatività di altri, le criticità determinate dall’esecuzione di scavi di interrati e le modifiche climatiche che avrebbero aggravato i problemi di sgombero delle acque piovane dai locali interrati, non integrerebbero elementi di novità idonei a giustificare il diverso apprezzamento dell’Amministrazione Comunale, ma fattori già ben conosciuti sin dall’epoca dell’esperimento della gara; e – semmai, sempre secondo Omniedil – la Stazione Appaltante avrebbe dapprima ingenerato nei riguardi dell’aggiudicataria un legittimo affidamento ad una rapida e sicura intrapresa dei lavori, chiedendo per ben due volte la presentazione della documentazione necessaria per la stipulazione del conseguente contratto, per poi inopinatamente comunicare l’avvio del procedimento di revoca del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il Collegio, per parte propria, rileva che l’insieme degli argomenti motivazionali dedotti nelle due deliberazioni impugnate resiste alle testè descritte deduzioni della ricorrente, avuto riguardo alla circostanza che è stata proprio quest’ultima, soltanto dopo l’adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori, a sollevare problemi circa la precarietà delle condizioni dei terreni sui quali l’opera

doveva essere realizzata e a proporre, dopo gli esiti delle verifiche disposte in accordo con la stazione appaltante, la realizzazione di una variante sostanzialmente costitutiva di un nuovo progetto o - in alternativa - un consistente aumento dei costi così come definiti dal provvedimento di aggiudicazione, pari al 66 % di incremento del relativo prezzo.

Ciò ben emerge dalla stessa documentazione depositata agli atti di gara dalla stessa Omniedil e rappresentata (*ex ore tuo te iudico*) dalle verbalizzazioni eseguite a cura dell'attuale ricorrente dei vari incontri tenuti con il proprio consulente e la stazione appaltante (cfr. doc. 21 *usque* 35 di parte ricorrente).

Il Collegio non sottace che è stata ben grave la decisione della stazione appaltante – e, in definitiva, della stessa Amministrazione Comunale – di porre in gara i lavori sulla base di una progettazione esecutiva all'evidenza carente e in ordine alla quale è stato chiesto ai concorrenti anche di sostanzialmente verificarne i contenuti a proprie spese; e francamente stupisce che tale richiesta sia stata prontamente corrisposta dai concorrenti in sede di gara, ivi compresa la stessa Omniedil: a meno che non si aderisca alla tesi che ciò è stato fatto al solo fine di poter poi imporre alla stazione appaltante, sostanzialmente a trattativa privata e quindi *contra legem*, varianti progettuali o incrementi di prezzi ben più remunerative per l'impresa appaltatrice; il che è, per l'appunto, avvenuto o –*rectius*– rischiava di avvenire.

Va quindi rimarcato che la Pubblica Amministrazione, in perfetta analogia alla sistematica di cui all'art. 1328 c.c. e relativa al procedimento preparatorio del contratto concluso tra soggetti che agiscono in regime di diritto privato, non è affatto vincolata, per quanto detto al paragrafo che precede, a stipulare comunque il contratto in dipendenza della pur già adottata aggiudicazione definitiva, e ben può quindi riesaminare il proprio operato precedente sottraendosi alla stipula medesima proprio mediante la predetta, puntuale motivazione del provvedimento di revoca: motivazione che, a differenza di quanto pretenderebbe Omniedil, non

deve dunque esclusivamente fondarsi su presupposti fattuali del tutto nuovi rispetto a quelli già noti al momento in cui la gara è stata bandita ovvero al momento in cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria o definitiva, essendo sufficiente al riguardo anche una rivalutazione dei presupposti stessi.

Non a caso, infatti, l'art. 21-quinquies, comma 1, della L. 241 del 1990, come introdotto dall'art. 14, comma 1, della L. 15 del 2005 dispone che la revoca di un precedente provvedimento amministrativo può avvenire “per sopravvenuti motivi di pubblico interesse”, ovvero “nel caso di mutamento della situazione di fatto” o – ancora - di “nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”: e, nel caso di specie, quest'ultima ipotesi è quella che materialmente ricorre.

Tale considerazione di fondo giova sia per le motivazioni di carattere tecnico-ingegneristico ed economico che per le motivazioni di ordine urbanistico e funzionale contenute nella deliberazione giuntale n. 183 del 2008 e, *a fortiori*, per quelle esclusivamente di ordine urbanistico contenute nella susseguente deliberazione giuntale n. 328 del 2009, con l'aggiuntiva notazione che, ove si argomentasse diversamente, il pubblico interesse non verrebbe a coincidere con la scelta di convenienza fatta dalla stazione appaltante, ma con l'indebito lucro della parte privata sul precedente errore di valutazione compiuto dalla stazione appaltante medesima.

8.3. Dall'acclarata legittimità della revoca consegue che ad Omnedil non compete alcuna somma a titolo di ristoro del danno, potendo dunque l'interesse patrimoniale della stessa trovare adeguata soddisfazione mediante l'istituto dell'indennizzo contemplato dal medesimo art. 21-quinquies della L. 241 del 1990.

Come dianzi accennato al § 7.2. della presente sentenza, mentre il risarcimento del danno presuppone indefettibilmente l'illegittimità della revoca e l'eventuale responsabilità dell'Amministrazione da atto illecito, ossia adottato *contra ius*,

l'indennizzo presuppone la legittimità della revoca e un'eventuale responsabilità dell'Amministrazione da atto lecito dannoso.

L'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della L. 241 del 1990 non può, quindi, concettualmente confondersi con il risarcimento del danno (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009 n. 4138).

In ogni caso, sussiste comunque la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia in ordine alla domanda di indennizzo per revoca dell'atto di aggiudicazione e dello stesso bando di gara ai sensi dell'art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, sia con riguardo alla pretesa di risarcimento del danno a' sensi dell'art. 7, comma 3, della L. 6 dicembre 1971 n. 1034, posto che il giudice amministrativo è funzionalmente investito della riparazione patrimoniale del pregiudizio cagionato dall'esercizio del potere amministrativo, sia attraverso un provvedimento legittimo di revoca, sia attraverso la lesione di una situazione soggettiva degradata con provvedimento poi caducato con effetti "*ex tunc*" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010 n. 1554).

A' sensi del comma 1-bis dello stesso art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, come introdotto dall'art. 3, comma 8-duodevices, del D.L. 31 gennaio 2007 n. 7, convertito con modificazioni in L. 2 aprile 2007 n. 40 (nonché a' sensi del susseguente e peraltro ultroneo comma 1-ter dello stesso art. 21-quinquies, a sua volta introdotto dall'art. 12, comma 1-bis, del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni in L. 6 agosto 2008 n. 133) "ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è 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".

La giurisprudenza, nell'applicare tale disciplina alla materia dei procedimenti di scelta del contraente mediante le regole dell'evidenza pubblica, ha già avuto modo di evidenziare che ai fini della spettanza dell'indennizzo previsto per la violazione dell'art. 21-quinquies in esame riveste carattere prioritario la circostanza che si tratti di rapporti instaurati e destinati a persistere nel tempo, con la conseguenza che l'indennizzo medesimo non può essere riconosciuto allorché la stazione appaltante revoca la gara di appalto prima dell'aggiudicazione provvisoria (cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige, Sez. Trento, 30 luglio 2009 n. 228).

Né a conseguenze diverse la giurisprudenza è pervenuta con riguardo alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria: a tale proposito è stato infatti già precisato che è infondata la richiesta di un indennizzo ai sensi del medesimo art. 21-quinquies presentata da parte dell'aggiudicatario provvisoria di un pubblico appalto in sede di ricorso avverso gli atti di ritiro della gara, posto che l'indennizzo medesimo spetta esclusivamente in caso di ritiro di provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole, e non anche in caso di revoca di atti a effetti instabili e interinali, quale è – per l'appunto – l'aggiudicazione provvisoria (cfr. sul punto, nei medesimi termini, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 24 marzo 2009 n. 3063 e T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 giugno 2009 n. 976).

Venendo al caso di specie, l'aggiudicazione definitiva risulterebbe, *ex se*, concettualmente riconducibile ad un provvedimento stabile e interinale: ma tale assunto, a ben vedere, risulta inoppugnabilmente corretto soltanto se il relativo provvedimento è seguito dalla stipula del contratto tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicatario.

A tale riguardo assume - quindi - ulteriore rilievo nell'economia di causa quanto disposto dall'art. 11, comma 9, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 come modificato dall'art. 2 del D.L.vo 31 luglio 2007 n. 113 e – recentemente, ma in parte non rilevante ai fini della decisione della presente causa - dall'art. 1 del

D.L.vo 20 marzo 2010 n.53, ossia che “divenuta efficace l’aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell’invito ad offrire, ovvero l’ipotesi di differimento espressamente concordata con l’aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo ... non avviene nel termine ivi previsto, l’aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All’aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza ... l’aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. ...”.

Tale disciplina, dunque, risolve il problema forse lasciato aperto anche dall’attuale formulazione del predetto art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, ossia se nell’ipotesi di revoca legittima dell’aggiudicazione possa comunque concepirsi una responsabilità precontrattuale dell’Amministrazione aggiudicatrice a’ sensi dell’art. 1337 c.c.: responsabilità invero a suo tempo ammessa dalla giurisprudenza, con riguardo peraltro a fattispecie insorta antecedentemente all’entrata in vigore dello stesso art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, laddove ha affermato che possono - per l’appunto - sussistere profili di responsabilità precontrattuale qualora l’Amministrazione, pur esercitando legittimamente lo *juspoenitendi* mediante la revoca dell’aggiudicazione dei lavori per sopravvenuta e oggettiva impossibilità di realizzazione dell’opera secondo le originarie previsioni per le mutate condizioni fisiche della zona d’intervento, abbia in precedenza ingiustificatamente ritardato la stipulazione del contratto di appalto per la realizzazione dell’opera a suo tempo preventivata (cfr. al riguardo Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2006 n. 1763).

Il caso della presente causa è, viceversa, agevolmente risolvibile proprio mediante l'applicazione dei principi discendenti dall'art. 11, comma 9, del D.L.vo 163 del 2006 in concorso con l'art. 21-quinquies predetto.

Le parti, infatti, hanno nella specie dapprima concordato comunemente - come previsto dal testè riferito art. 11, comma 9- sia un differimento della stipula del contratto, sia l'esecuzione di lavori comunque prodromici alla prestazione che doveva essere dedotta nel contratto.

Ove Omniedil avesse voluto sciogliersi da ogni vincolo con la stazione appaltante, avrebbe dunque percepito il rimborso per i lavori eseguiti e concordati con la stazione appaltante, dovendo per contro escludersi in tale ipotesi l'anzidetto "rimborso delle spese contrattuali documentate" proprio perché il contratto non è stato concluso.

In questa evenienza, invero, il legislatore espressamente non riconduce tali competenze dovute all'impresa aggiudicataria ad un'ipotesi di indennizzo; ma, a ben vedere, la sostanza della posta economica in gioco non cambia se - come è per l'appunto nel caso di specie - è la stazione appaltante a sottrarsi al vincolo revocando l'aggiudicazione definitiva, posto che l'art. 21-quinquies contempla in tale ipotesi come detto innanzi, il solo danno emergente, considerando - altresì - sia "l'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico", sia "l'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".

Se così è, va quindi evidenziato che entrambe le parti, ossia la stazione appaltante e Omniedil, erano ben edotti della circostanza che l'opera non poteva ragionevolmente essere realizzata mediante il progetto esecutivo assunto dall'Amministrazione a presupposto della gara, e che tale circostanza impone quindi di definire l'interesse negativo che compete alla ricorrente nella misura del

rimborso delle sole spese sostenute per l'esecuzione delle prove geologiche assentite da Jesolo Patrimonio con la propria nota dd. 26 giugno 2008 e con esclusione delle spese affrontate per la partecipazione alla gara, trattandosi in questo caso di esborso tipicamente connesso ad un rischio imprenditoriale.

Va anche evidenziato che, di per sé, la statuizione di una revoca senza indennizzo non sarebbe illegittima, poiché la mancata previsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies in un provvedimento di revoca non ha efficacia viziante o invalidante di quest'ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo, il quale potrà scrutinarne i presupposti (così questa stessa Sezione con sentenza 20 novembre 2009 n. 2958, nonché la già citata decisione di Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010 n. 1554); e che – nondimeno – nella specie Jesolo Patrimonio, mediante la qui impugnata nota Prot. n. 444/08 dd. 29 dicembre 2008 ha inequivocabilmente invitato Omniedil a far pervenire ad essa i risultati delle predette prove geologiche autorizzate con l'anzidetta nota del 26 giugno 2008, e ha dunque in tal modo fissato l'entità dell'indennizzo spettante alla ricorrente; entità sulla quale – come detto innanzi – anche questo Collegio concorda.

9. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensati tra tutte le parti, confermando peraltro a carico della parte ricorrente il contributo unificato di cui all'art. 9 del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 113 e successive modifiche e integrazioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione I[^], definitivamente statuendo sul ricorso e sui motivi aggiunti di ricorso in epigrafe, li respinge.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari del giudizio, confermando peraltro a carico della parte ricorrente il contributo unificato di cui all'art. 9 del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 113 e successive modifiche e integrazioni.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO