



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 la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 259 del 2018, proposto da
Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini S.r.l., rappresentata e difesa dagli
avvocati Pierluigi Piselli, Gianni Marco Di Paolo e Angelo Lalli, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Pierluigi Piselli, in Cagliari, corso Vittorio Emanuele II, n. 1;

contro

Abbanoa S.p.A., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il
suo studio in Cagliari, via Ada Negri n. 32;

nei confronti

Società Cooperativa Braccianti Riminese - C.B.R., C.O.G.E.M. S.r.l., rappresentati
e difesi dall'avvocato Umberto Cossu, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Satta n.
33;

per l'ottemperanza:

- della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 1089/2014, pubblicata in data 18.12.2014 all'esito del giudizio distinto con R.G. n. 612/2014 e confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4942 del 28.10.2015, pertanto passata in giudicato tra le parti il 28.1.2016, con cui è stato rigettato il ricorso proposto dalla Società Cooperativa Braccianti Riminese - C.B.R. avverso l'aggiudicazione in via definitiva disposta da Abbanoa S.p.A., in favore dell' Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l., della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto inerente la progettazione esecutiva e successiva esecuzione dei *“Lavori di riordino e razionalizzazione della fascia costiera di Quartu Sant'Elena- lotto di completamento estendimento rete da Terra Mala a Capitana ID 2011-2014”*.

nonché per la declaratoria di nullità o, in subordine, l'annullamento:

- della nota D.D.G. n. 78 del 13.2.2018, comunicata alla Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. il 21.2.2018, con cui Abbanoa S.p.A. ha annullato la predetta aggiudicazione;

- della nota prot. SM 12331 UO GARE LLPP del 6.3.2018, con cui Abbanoa S.p.A. ha richiesto all'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. l'escussione della polizza di garanzia provvisoria presentata per la partecipazione alla gara d'appalto;

- ove occorrer possa, delle note prot. nn. SM 10339 UO GARE LLPP del 21.2.2018, n. 12133 UO GARE LLPP del 5.3.2018 del 16.3.2018, a firma dell'Avv. A. Rossi, con cui Abbanoa S.p.A. ha rappresentato alla Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. l'asserita vincolatività dell'annullamento dell'aggiudicazione e dell'escussione della polizza di garanzia provvisoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbanoa S.p.A., della Società Cooperativa Braccianti Riminese e della C.O.G.E.M. S.r.L.

Visti gli artt. 32 e 36 del codice del processo amministrativo.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2018 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato il 28 marzo 2014 Abbanoa S.p.A. (da qui in poi soltanto "Abbanoa") aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento della *"Progettazione definitiva ed esecutiva, con successiva esecuzione dei lavori di riordino e razionalizzazione della fascia costiera di Quartu S.Elena: lotto di completamento estendimento rete da Terra Mala a Capitana"*.

All'esito era risultata prima l'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini S.r.l. (da qui in poi soltanto "Pellegrini"), seguita dal raggruppamento temporaneo di imprese tra la Società Cooperativa Braccianti Riminese - C.B.R. (da qui in poi soltanto "Società Cooperativa") e la C.O.G.E.M S.r.l.

Con ricorso R.G. n. 612/2014, la Società Cooperativa aveva impugnato tale esito di gara, contestando i punteggi assegnati dalla Commissione, ma la domanda era stata respinta da questa Sezione con sentenza 18 dicembre 2014, n. 1089, poi confermata dal Consiglio di Stato con sentenza 28 ottobre 2015, n. 4942; in seguito, pur non essendo stato stipulato il contratto di appalto, l'aggiudicataria aveva anche iniziato a predisporre la progettazione definitiva.

Con note del 21 aprile 2016 e del 26 luglio 2016, la Società Cooperativa aveva comunicato ad Abbanoa che, dopo la pubblicazione delle sopra descritte sentenze, il Direttore tecnico di uno degli studi professionali incaricati dalla Pellegrini di curare la progettazione era stato cancellato dall'Albo, il che avrebbe dovuto comportare il ritiro dell'aggiudicazione, ma tale richiesta era stata respinta dalla stazione appaltante con nota del 10 agosto 2016, n. 48135.

Avverso quest'ultima decisione la Società Cooperativa aveva, allora, proposto il ricorso R.G. n. 818/2016, respinto da questa Sezione con sentenza 9 marzo 2017, n. 172, poi riformata dalla V Sezione del Consiglio di Stato con sentenza 18 dicembre

2017, n. 5944; il Giudice d'Appello ha, infatti, annullato la decisione di Abbanoa di non procedere al ritiro in autotutela dell'aggiudicazione alla Pellegrini e ha dichiarato *“l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con quest'ultima”*, nonché disposto *“in tal caso il subentro, nel medesimo, dell'Ati capeggiata dall'appellante principale”*, cioè dalla Società Cooperativa.

A quel punto la Pellegrini, con nota del 20 dicembre 2017, ha preannunciato ad Abbanoa la presentazione di un ricorso per revocazione avverso la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5944/2017, poi effettivamente proposto (con R.G. n. 1536/2018) e notificato alla stazione appaltante in data 20 febbraio 2018.

Con determinazione 13 febbraio 2018, comunicata il 21 febbraio 2018, Abbanoa ha annullato l'aggiudicazione in favore della Pellegrini, evidenziando di volersi adeguare alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 5944/2017; inoltre ha proceduto all'escussione della cauzione provvisoria a carico della Pellegrini e all'affidamento dell'appalto *“previa verifica dei requisiti, al costituendo raggruppamento temporaneo Società Cooperativa Braccianti Riminese - Co. Ge. M s.r.l., prima in graduatoria...”*.

Dopo ulteriori diffide senza esito, la Pellegrini ha depositato il ricorso in ottemperanza ora all'esame del Collegio, con cui ha proposto le seguenti domande:

- in via principale, l'accertamento della nullità dell'atto di ritiro dell'aggiudicazione e della conseguente escussione della cauzione, per contrasto con la sentenza di questa Sezione n. 1089/2014 (confermata all'esito del relativo giudizio di appello: vedi *supra*), nonché l'adozione di tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione di tale giudicato;

- in via subordinata, l'annullamento degli stessi atti in quanto illegittimi per violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, perplessità, assenza dei presupposti, violazione dell'art. 21 *nonies* della stessa legge n. 241/1990, illegittimità dell'escussione della cauzione provvisoria, sviamento, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta;

- in via d'urgenza, l'adozione delle misure cautelari idonee a evitare il danno che alla ricorrente deriverebbe dalla mancata esecuzione dell'appalto e dall'escussione della cauzione.

Si sono costituite in giudizio Abbanoa, Società Cooperativa Braccianti Riminese e Cogem S.r.l., eccependo, sotto diversi profili, l'inammissibilità e infondatezza del ricorso, nonché l'incompetenza funzionale di questo Tribunale in favore del Consiglio di Stato.

Alla Camera di Consiglio del 6 giugno 2018, su concorde richiesta delle parti, la discussione della causa è stata rinviata al 21 novembre 2018.

In data 1 ottobre 2018 la difesa di Abbanoa ha versato in atti copia della sentenza 1 agosto 2018, n. 4786, con cui il Consiglio di Stato aveva, nel frattempo, respinto il ricorso per revocazione proposto avverso la propria sentenza n. 5944/2017.

Dopo lo scambio di memorie difensive, in data 5 novembre 2018 la difesa di Pellegrini ha depositato in giudizio una domanda risarcitoria avente a oggetto:

- in via principale, il danno cagionato dall'impossibilità di esecuzione del giudicato, che secondo la ricorrente sarebbe ascrivibile ad Abbanoa per avere la stessa omesso di dare esecuzione (mediante sottoscrizione del contratto di appalto) alla sentenza di questa Sezione n. 1089/2014; tale condotta inerte si sarebbe illecitamente protratta dal 18 dicembre 2014 (data di pubblicazione della predetta sentenza n. 1089/2014) al 18 dicembre 2017 (data di pubblicazione della sentenza n. 5944/2017, con cui il Consiglio di Stato si è poi pronunciato in senso sfavorevole alla ricorrente);

- in via subordinata, il danno da lesione dell'affidamento incolpevolmente riposto da Pellegrini sulla possibilità di eseguire l'appalto, che discenderebbe dai seguenti elementi: - l'esito inizialmente favorevole della gara; - l'esito vittorioso, altresì, del primo giudizio amministrativo azionato dalla controinteressata avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla Pellegrini; - la successiva richiesta della stazione appaltante di dare corso alla redazione del progetto; - il rilevante lasso di tempo

trascorso (circa tre anni) tra l'aggiudicazione alla ricorrente e la sfavorevole sentenza n. 5944/2017 del Consiglio di Stato.

Con successive memorie ciascuna delle parti ha ulteriormente argomentato le proprie tesi.

All'esito della camera di consiglio del 21 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In primo luogo deve essere esaminata l'eccezione di incompetenza funzionale di questo Tribunale sollevata dalla difesa della controinteressata, la quale evidenzia che *“il ricorso è stato proposto avverso provvedimenti emessi in esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5944/2017 che, come noto, ha riformato la sentenza di codesto Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale n° 172/2017. Dal che discende che, trattandosi di giudizio di ottemperanza avverso provvedimenti adottati in forza di una sentenza del Consiglio di Stato che ha riformato la sentenza di primo grado, il giudizio di ottemperanza sarebbe dovuto essere proposto davanti al Giudice d'appello, con conseguente”*.

L'eccezione è infondata.

La domanda di ottemperanza si riferisce alla sentenza n. 1089/2014 di questa Sezione, che aveva confermato la legittimità dell'aggiudicazione a Pellegrini e che è stata poi confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4942/2015: si riscontra, dunque, la condizione prevista dall'art. 113, comma 1, del c.p.a., che assegna al giudice di primo grado la competenza sulle cause di ottemperanza relative ai *“suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado”*; analogo discorso vale per la domanda di risarcimento del danno da impossibilità di esecuzione del giudicato, che appartiene al giudizio di ottemperanza secondo il disposto dell'art. 112, comma 3, del c.p.a.; quanto, infine, alla domanda di annullamento dell'atto di ritiro in autotutela dell'aggiudicazione e alla domanda di

risarcimento per lesione dell'affidamento, proposte in via subordinata, esse si ascrivono alla competenza di questo Tribunale quale giudice di cognizione, come fra breve si illustrerà nel dettaglio.

Ciò premesso, si passa all'esame nel merito della domanda proposta in via principale, con cui la Pellegrini chiede dichiararsi l'obbligo della stazione appaltante di affidarle l'esecuzione dei lavori mediante sottoscrizione del contratto di appalto, conformemente al *dictum* della sentenza n. 1089/2014 che aveva confermato la legittimità dell'aggiudicazione alla stessa ricorrente.

Tale domanda è infondata e ciò consente di prescindere dalle ulteriori eccezioni di rito sollevate dalle controparti.

Osserva, infatti, il Collegio che il giudicato portato dalla sentenza n. 1089/2014, pur confermata in appello, non può trovare esecuzione in quanto "superato" dalla successiva sentenza del Consiglio di Stato n. 5944/2017 (confermata, da ultimo, in sede di revocazione: vedi narrativa), con cui è stato annullato il diniego della domanda di ritiro dell'aggiudicazione alla Pellegrini, sancita l'inefficacia del conseguente contratto (laddove concluso) e disposto il subentro della Società Cooperativa nel relativo rapporto: si è giunti, così, a un *dictum* incompatibile con la richiesta della Pellegrini di essere ammessa a eseguire la prestazione, né, peraltro, sussiste alcun contrasto di giudicati ove si consideri che il secondo contenzioso, culminato con la sentenza d'appello n. 5944/2017, aveva a oggetto una circostanza di fatto *-id est* la cancellazione dall'Albo di uno dei progettisti incaricati dalla Pellegrini- intervenuta dopo la conclusione della prima vicenda processuale.

Ugualmente infondata è la domanda di risarcimento del danno da impossibilità di esecuzione del giudicato proposta dalla ricorrente ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a.

Tale peculiare strumento opera laddove un giudicato non possa essere eseguito per ragioni estranee al comportamento della parte che ne beneficerebbe, la quale, proprio per questo, invoca il risarcimento: il caso tipico è quello in cui, dopo la sentenza favorevole al concorrente che intenda subentrare all'aggiudicatario nel

contratto, la relativa prestazione risulti già eseguita dal primo aggiudicatario.

Viceversa il mezzo di tutela in esame non può essere fondatamente invocato laddove l'esecuzione del *dictum* favorevole all'aggiudicatario trovi ostacolo in un successivo giudicato (questa volta) sfavorevole e basato su una sopravvenienza imputabile alla parte vittoriosa nel primo giudizio, il che è esattamente quanto accaduto nella vicenda specifica, ove l'aggiudicataria Pellegrini aveva perso, dopo il primo giudizio, un requisito di partecipazione alla gara per effetto della cancellazione dall'Albo professionale di uno dei professionisti che aveva incaricato di curare la progettazione, poi neppure tempestivamente sostituito (vedi *supra*): in casi come questo, infatti, la decisiva incidenza di un fattore causale sopravvenuto, attribuibile alla parte che invoca il risarcimento, esclude la giuridica configurabilità del nesso eziologico tra condotta dell'amministrazione ed evento dannoso (cioè l'impossibilità di eseguire il giudicato), per cui la responsabilità della prima è da escludere ai sensi dell'art. 1227 c.c.; del resto l'Adunanza Plenaria del Consiglio ha espressamente chiarito, con sentenza 12 maggio 2017, n. 2, che la fattispecie risarcitoria di cui all'art. 112, comma 3, del c.p.a. -pur non presupponendo la colpa della stazione appaltante- esige pur sempre la sussistenza del nesso causale tra la sua condotta e l'impossibilità di eseguire il giudicato.

Restano, a questo punto, da esaminare la domanda di annullamento dell'atto di ritiro dell'aggiudicazione e quella di condanna alla rifusione del danno da legittimo affidamento, che risultano, però, estranee al presente giudizio di ottemperanza, in quanto:

- la prima è di contenuto impugnatorio e si fonda, almeno in parte, su vizi diversi dalla violazione del giudicato, per cui deve essere senz'altro esaminata nella sede propria del giudizio di cognizione;
- stesso discorso vale per la seconda, giacché il danno da lesione dell'affidamento incolpevole si collega -non già alla mancata esecuzione del giudicato, bensì- al comportamento complessivo della stazione appaltante nell'intera vicenda: anche

questa domanda, dunque, esula dai confini del giudizio di ottemperanza per ascrivere a quelli propri del giudizio di cognizione.

Si deve, pertanto, disporre -ai sensi e per gli effetti dell'art. 32, comma 2, c.p.a.- la rimessione nel ruolo ordinario di entrambe le domande processuali in questione.

Non vi sono, infine, i presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare proposta dalla Pellegrini, sprovvista di *fumus boni iuris* in relazione alle domande respinte nel merito in questa sede e, per la residua parte, fondata sulla prospettazione di un *periculum in mora* di natura puramente patrimoniale che certamente non giustifica una "decisione anticipata" rispetto alla sede naturale del merito, anche tenuto conto del rilevante lasso di tempo già trascorso dall'aggiudicazione e della possibilità di fissare l'udienza pubblica in tempi sufficientemente brevi.

Per quanto premesso il ricorso deve essere in parte respinto e per la restante parte rimesso nel ruolo ordinario di cognizione, ai fini della sua trattazione in udienza pubblica, secondo quanto precisato in dispositivo.

Sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle relative alla presente fase processuale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) respinge la domanda di esecuzione in forma specifica del giudicato e la connessa domanda risarcitoria proposta ai sensi dell'art. 112, comma 3, del c.p.a.

Dispone la rimessione nel ruolo ordinario delle domande aventi a oggetto l'annullamento degli atti in epigrafe descritti e il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, fissando per la trattazione delle stesse l'udienza pubblica dell'8 maggio 2019.

Respinge la domanda cautelare proposta dalla ricorrente.

Compensa le spese processuali relative alla presente fase del giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2018 con

l'intervento dei magistrati:

Antonio Plaisant, Presidente FF, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Antonio Plaisant

IL SEGRETARIO