



**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 1563 del 2012, proposto dal sig.

Joseph Spinello, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Carlin e con domicilio stabilito ex lege presso la Segreteria del T.A.R., in Venezia, Cannaregio, nn. 2277/2278

***contro***

Comune di Rosolina, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Migliorini e Marco Cappelletto e con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Venezia-Mestre, via Pepe, n. 6

***per la condanna***

del Comune di Rosolina al risarcimento del danno derivante dalla mancata concessione dell'area demaniale marittima sita in Rosolina Mare e catastalmente identificata al fg. n. 1, mapp.li n. 361 e n. 410 parte.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Viste la memoria di costituzione e difensiva e la documentazione del Comune di

Rosolina;

Viste le memorie conclusive e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 19 aprile 2017 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

### FATTO

Con il ricorso in epigrafe il sig. Joseph Spinello ha chiesto la condanna del Comune di Rosolina al risarcimento del danno derivantegli dalla mancata concessione dell'area demaniale marittima sita in Rosolina Mare e catastalmente identificata al fg. n. 1, mapp.li n. 361 e n. 410 parte.

In punto di fatto il ricorrente espone:

- che con avviso pubblicato il 28 settembre 2001 il Comune di Rosolina invitava gli interessati a presentare domanda di assegnazione in concessione dell'area demaniale marittima sopra riportata, da sempre utilizzata come ristoro e balneazione per turisti;
- di aver presentato, unitamente alla sorella, sig.ra Barbara Spinello, domanda di concessione di tale area, proponendo un progetto che recava una serie di servizi per i fruitori della spiaggia antistante (chiosco-bar, ristorante, capanni parasole, servizi igienici, parco giochi per bimbi) e che prevedeva, inoltre, una diffusa piantumazione di essenze arboree autoctone;
- che aggiudicatari della gara risultavano, appunto, i sigg.ri Spinello e che, però, all'aggiudicazione (intervenuta nel dicembre del 2003) non seguiva il rilascio della concessione ed anzi, a distanza di quasi un anno, il Comune, con determinazione del 4 novembre 2004, stabiliva di non emettere l'atto concessorio, poiché l'area interessata era risultata destinata (in parte) a viabilità pubblica ed a verde pubblico, quindi non idonea all'affidamento in concessione a terzi;

- che avverso detta determinazione i privati presentavano ricorso a questo Tribunale Amministrativo (R.G. n. 134/2005), formulando istanza cautelare, accolta dal Tribunale con ordinanza n. 115 del 2 febbraio 2005;
- che con nota del 1° giugno 2006 la P.A. comunicava l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela del bando di gara e che il procedimento si concludeva con determinazione del 21 agosto 2006, mediante la quale il Comune di Rosolina annullava in autotutela sia l'approvazione del bando di gara, sia il verbale di aggiudicazione della concessione ai ricorrenti;
- che anche detto provvedimento era impugnato dai sigg.ri Spinello con ricorso RG. n. 2056/2006 e che ancora una volta la relativa istanza cautelare veniva accolta da questo Tribunale (con ordinanza n. 846 dell'8 novembre 2006), ai fini di un riesame della fattispecie da parte dell'Amministrazione comunale;
- che con provvedimento del 6 marzo 2008 il Comune di Rosolina rigettava la proposta di accordo transattivo avanzata dai privati ex art. 11 della l. n. 241/1990;
- che dopo un ulteriore passaggio in sede cautelare, in data 23 luglio 2008 il Comune emanava una determinazione con cui confermava il rigetto del 6 marzo 2008;
- che con sentenza n. 559 del 25 febbraio 2010 questo Tribunale dichiarava improcedibile il ricorso R.G. n. 134/2005 (essendo stato l'atto con esso impugnato sostituito da altro atto, anch'esso lesivo, pur se di diverso tenore) e rigettava il ricorso R.G. n. 2056/2006 (essendo legittima la rimozione, da parte della P.A., degli atti di indizione ed espletamento della gara, sulla base di ragioni di pubblico interesse non valutate al momento dell'avvio del procedura, pur nell'invarianza della situazione di fatto, che giustificavano la non assegnazione della concessione);  
In diritto il ricorrente ha osservato come il provvedimento amministrativo di ritiro (o revoca) della gara, per rivalutazione dei presupposti di fatto e/o di diritto, ove caratterizzato da colpa dell'agente, produca responsabilità risarcitoria contrattuale o precontrattuale;

Ad avviso del ricorrente, nella fattispecie ora all'esame la colpa della P.A. sarebbe

ravvisabile nei seguenti elementi:

- anzitutto, il Comune avrebbe allungato a dismisura tutti i tempi dei procedimenti amministrativi, mantenendo i privati in uno stato di incertezza;
- inoltre, tutte le attività del Comune avrebbero generato nei privati l'affidamento circa la volontà del medesimo di rilasciare la concessione con finalità turistico-ricreative, inducendoli a partecipare alla selezione e ad affrontare i relativi oneri progettuali, procedurali e di preparazione del piano economico e finanziario per la gestione dell'area demaniale;
- la circostanza, però, che detta area fosse parzialmente interessata a viabilità di progetto ed a verde pubblico sarebbe stata perfettamente nota o conoscibile dal Comune di Rosolina sin dall'indizione della gara o comunque al momento della presentazione delle offerte, nonché ancora al momento del verbale di aggiudicazione (16 dicembre 2003);
- analoga conoscenza o conoscibilità da parte della P.A. varrebbe pure per il fatto che l'estensione del fronte mare della concessione da rilasciare fosse inferiore a mt. 200, trattandosi di circostanza che, pur se adottata dal Comune solo dopo l'instaurazione del contenzioso, sarebbe desumibile da un allegato della l.r. n. 33/2002;
- essendo a conoscenza o potendo conoscere tali elementi, pertanto, il Comune non avrebbe dovuto indire la gara e, prima ancora, avrebbe dovuto specificare nel Piano Particolareggiato dell'Arenile del 2000, che il sedime di circa mq. 3.500 non era idoneo ad allocarvi uno stabilimento balneare ed un esercizio di ristorazione;
- il Comune, invece, ha colpevolmente indetto ed espletato la gara, non avendo rilevato, nel 2001 e nel 2003, ciò che ha poi rilevato nel 2006. Nel far ciò, ha generato nei sigg.ri Spinello l'affidamento che la concessione fosse rilasciabile e che il sito fosse idoneo, inducendoli a partecipare alla gara e ad affrontarne le spese, nonché facendo insorgere negli stessi, dopo l'aggiudicazione, l'aspettativa di aprire nel sito un'attività economica, da cui ricavare una sicura resa ed una

prospettiva lavorativa per il futuro.

In ragione di ciò, conclude il ricorrente, il Comune di Rosolina deve risarcire il danno per il proprio comportamento amministrativo gravemente colpevole. Nel caso di specie, infatti, vengono in campo i concetti di responsabilità contrattuale o, in subordine, di responsabilità precontrattuale, e non già quello di mero indennizzo ex art. 21-quinquies della l. n. 241/1990 (che presupporrebbe l'assenza di colpa della P.A.).

Per quanto riguarda la responsabilità contrattuale, la stessa originerebbe dal fatto che all'epoca della revoca degli atti di gara i ricorrenti sarebbero già stati aggiudicatari definitivi, cosicché il vincolo negoziale derivante dalla gara sarebbe già sorto e la posizione giuridica degli aggiudicatari sarebbe stata di diritto soggettivo pieno.

In subordine, il ricorrente sostiene che, ove si volesse configurare la posizione degli aggiudicatari in termini di aspettativa di diritto, non ancora concretizzatasi in diritto pieno, in ragione del mancato rilascio della concessione demaniale, la responsabilità del Comune sussisterebbe ugualmente, ma si dovrebbe qualificare come di tipo precontrattuale.

Sul piano della responsabilità contrattuale, il ricorrente, dopo aver premesso che la sorella, sigg.ra Barbara Spinello, gli avrebbe trasferito tutte le posizioni derivanti dalla gara, lamenta che, qualora la concessione gli fosse stata rilasciata, egli sarebbe divenuto titolare di una concessione di un'area demaniale marittima per finalità turistico-ricreative con scadenza prorogata ex lege al 31 dicembre 2015. Chiede, perciò, il risarcimento del danno emergente (spese sostenute, incluse quelle posteriori all'aggiudicazione), del lucro cessante (mancato utile netto e mancato corrispettivo per la perdita di ulteriori occasioni contrattuali, nonché del collegamento con l'ulteriore attività gestita sulla spiaggia di Rosolina Mare, all'insegna "La bottega del gelato"), e del danno esistenziale (sub specie tanto di pregiudizio all'immagine, alla considerazione di sé ed alla reputazione, quanto di pregiudizio per lo "scoramento" indotto dalla vicenda nell'interessato).

Sotto il profilo della responsabilità precontrattuale – azionato dal ricorrente solo in via residuale – il sig. Spinello chiede il risarcimento delle stesse voci sopra riferite (danno emergente, lucro cessante e danno esistenziale), con la precisazione, tuttavia, che il lucro cessante si configurerebbe in tal caso come perdita di chances, ossia come perdita di opportunità che il contraente avrebbe potuto ricavare dalla positiva conclusione dell'iter negoziale.

Si è costituito in giudizio il Comune di Rosolina, depositando memoria difensiva con documenti sui fatti di causa ed eccependo:

a) in via preliminare di rito, l'inammissibilità del ricorso, in quanto proposto dal sig. Spinello come persona fisica a titolo personale e non quale legale rappresentante della società di fatto tra Barbara e Joseph Spinello (i quali avevano insieme presentato la richiesta di concessione dell'area demaniale marittima);

b) in via preliminare di merito, l'intervenuta prescrizione quinquennale delle pretese fatte valere dal ricorrente, poiché – essendo intervenuto l'atto di annullamento della procedura il 21 agosto 2006 e non potendo configurarsi nella fattispecie alcuna responsabilità contrattuale, visti il mancato rilascio della concessione e la mancata stipula del disciplinare – alla data della proposizione del ricorso (20 settembre 2012) sarebbe decorso il termine quinquennale per far valere l'eventuale responsabilità precontrattuale della P.A.;

c) nel merito, l'infondatezza delle domande attoree, limitatamente al risarcimento dei danni e senza nessuna accettazione di contraddittorio su eventuali pretese indennitarie (che si configurerebbero in termini di domande nuove).

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie finali e repliche, controdeducendo alle altrui eccezioni ed ulteriormente precisando le proprie posizioni.

In dettaglio, il ricorrente ha allegato che quella della P.A. sarebbe una responsabilità da cd. contatto sociale qualificato, non fondata su un provvedimento amministrativo (illegittimo), ma sull'illiceità del comportamento della P.A.: il

contatto sociale qualificato di scopo creatosi tra il sig. Spinello e il Comune per effetto della libera scelta dell'Ente di indire la gara costituirebbe fonte di obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., con il corollario che la responsabilità del Comune per l'inadempimento di dette obbligazioni (obblighi di buona fede, di protezione e di informazione) sarebbe contrattuale e, come tale, soggetta a prescrizione decennale. Né vi sarebbe alcun concorso del fatto colposo del creditore, ex art. 1227 c.c., avendo il sig. Joseph Spinello eseguito sempre puntualmente le richieste del Comune di Rosolina.

Il ricorrente ha ancora allegato che, alla data di scadenza della concessione demaniale (31 dicembre 2015), egli si sarebbe trovato nelle condizioni per poter beneficiare dell'ulteriore proroga ex lege della concessione stessa, sino al 31 dicembre 2020.

Il sig. Spinello ha, poi, depositato una perizia di parte, recante la stima dei danni subiti per l'illecito comportamento dell'Amministrazione comunale.

La difesa comunale, dal canto suo, dopo avere insistito sulle eccezioni, di rito e di merito, sollevate in precedenza, ha eccepito, nella memoria di replica, che la configurazione della responsabilità della P.A. in chiave di responsabilità da cd. contatto sociale qualificato costituirebbe domanda nuova: ha, pertanto, rifiutato il contraddittorio sul punto. In ogni caso, ha eccepito il difetto di giurisdizione in ordine alla pretesa di una responsabilità della P.A. per l'emissione di un atto dovuto, quale sarebbe nel caso di specie l'annullamento in autotutela degli atti di gara, sia che la si inquadri nell'ora vista responsabilità da cd. contatto sociale qualificato, sia che la si inquadri, invece, nella responsabilità precontrattuale della P.A., poiché la cognizione di una simile tipologia di responsabilità risulterebbe devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria.

La difesa comunale, ancora, ha contestato i dati della perizia depositata da controparte e da ultimo ha riproposto l'eccezione di prescrizione, assumendo stavolta il termine di prescrizione decennale, in riferimento alla pubblicazione del bando di gara all'Albo pretorio comunale in data 28 settembre 2001 (a fronte

dell'avvenuta ricezione del ricorso in data 15 ottobre 2012).

Il ricorrente, a sua volta, ha controdedotto con memoria di replica.

All'udienza pubblica del 19 aprile 2017, dopo esauriente discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio deve prioritariamente esaminare le eccezioni preliminari di rito e di merito sollevate dal Comune di Rosolina, con avviso, peraltro, che l'eccezione di difetto di giurisdizione va posticipata all'eventuale configurazione della responsabilità della P.A., ove ritenuta sussistente, in termini di responsabilità da cd. contatto sociale qualificato, ovvero precontrattuale, per comportamento illecito (pur in presenza di provvedimento legittimo).

In primo luogo va, quindi, analizzata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per essere stato lo stesso proposto dal sig. Joseph Spinello a titolo personale, quale persona fisica, anziché in veste di legale rappresentante della società di fatto costituita con la sorella Barbara, avendo i fratelli Spinello presentato istanza congiunta di rilascio della concessione demaniale.

L'eccezione è infondata.

Vero è che il ricorrente ha allegato che la sorella, sig.ra Barbara Spinello, gli avrebbe trasferito tutte le posizioni derivanti dalla gara (p. 13 del ricorso) e, quindi, par di capire, anche le poste risarcitorie che ne conseguono, ma non ha in alcun modo comprovato detta allegazione. Né può obiettarsi sul punto, come fa il ricorrente nella memoria di replica, che il credito risarcitorio ha natura solidale e che, perciò, per la sua tutela può agire anche uno solo dei creditori (poiché la ripartizione del danno risarcito atterrebbe soltanto ai rapporti interni tra creditori solidali), essendo principio fondamentale della materia delle obbligazioni quello per cui la solidarietà attiva nell'obbligazione, a differenza di quella passiva, non si presume, nemmeno in caso di identità della res debita e della causa obligandi, ma deve risultare espressamente dalla legge o dal titolo (cfr. Cass. civ., Sez. I, 21



maggio 1983, n. 3524).

Tuttavia, anche ad aderire all'impostazione del Comune, non ne deriva per nulla l'inammissibilità del ricorso, ma, semmai, come del resto ammette la stessa difesa comunale, un dimezzamento delle poste risarcitorie, nel senso che il danno subito dal sig. Joseph Spinello, quale partecipante al 50% all'iniziativa economica frustrata (in ipotesi) dall'illecito comportamento della P.A., sarebbe pari al 50% del pregiudizio complessivo cagionato. In altre parole, il sig. Joseph Spinello sarebbe soggetto attivo di un'obbligazione – parziaria e non solidale – di importo pari al 50% del danno totale patito dalla società di fatto da lui costituita con la sorella per l'assunzione dell'iniziativa economica di cui si discute: ciascuno dei due fratelli, infatti, avrebbe subito un danno pari al 50% del totale. Ne segue l'infondatezza della suesposta eccezione di inammissibilità.

Del pari infondata è, poi, l'eccezione preliminare di merito di prescrizione delle pretese risarcitorie avanzate dal ricorrente: prescrizione che, secondo la difesa comunale, sarebbe maturata sia qualora si assuma il termine di prescrizione quinquennale (essendo l'annullamento in autotutela della gara intervenuto in data 21 agosto 2006), sia ove si opti, invece, per la prescrizione decennale (essendo stato il bando di gara pubblicato in data 28 settembre 2001).

Al riguardo, va subito sgombrato il campo da un equivoco, precisando come la giurisprudenza più recente abbia ritenuto applicabile anche alla responsabilità cd. precontrattuale il termine ordinario decennale di prescrizione: si è, infatti, evidenziato che "l'inadempimento degli obblighi discendenti da obbligazioni da contatto sociale, e degli obblighi "ex lege" anche in materia precontrattuale, dà luogo a responsabilità di natura contrattuale, con applicazione dell'ordinario termine decennale di prescrizione" (Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).

Pertanto, quale che sia tipologia di responsabilità della P.A. invocata dal ricorrente (contrattuale per così dire pura, da contatto sociale qualificato, o precontrattuale), alla fattispecie in esame si applica il termine di prescrizione decennale: termine che, evidentemente, non era scaduto al tempo della proposizione del ricorso

(passato per la notifica dopo il 20 settembre 2012), dovendosi assumere quale dies a quo per il suo decorso la data del provvedimento di annullamento in autotutela della gara (21 agosto 2006), piuttosto che quella dell'atto di rigetto della proposta di accordo transattivo avanzata dai sigg.ri Spinello (23 luglio 2008).

Va aggiunto, sul punto, che il termine di prescrizione della domanda risarcitoria è rimasto interrotto per tutta la durata del giudizio di impugnazione del ridetto annullamento in autotutela, proposto con ricorso RG. n. 2056/2006 e definito da questo Tribunale con sentenza n. 559/2010 del 25 febbraio 2010.

Infatti, secondo la giurisprudenza più recente, la domanda di annullamento dell'atto amministrativo, pur non rappresentando il prodromo necessario per conseguire il risarcimento dei danni, dimostra la volontà della parte di reagire all'azione amministrativa reputata illegittima ed è, perciò, idonea ad interrompere per tutta la durata di quel processo il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria (cfr. C.d.S., Sez. IV, 4 giugno 2014, n. 2856; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 17 marzo 2014, n. 679).

Con il ché, risulta all'evidenza che, anche ove si volesse assumere per mera ipotesi (non condivisa, come detto, dal Collegio) il termine di prescrizione quinquennale, neppure tale termine sarebbe, nel caso di specie, spirato anteriormente alla proposizione del ricorso.

Venendo al merito del ricorso, il Collegio ritiene di dover premettere ad esso talune osservazioni, finalizzate a sgombrare il campo da un duplice equivoco ingenerato dalle affermazioni della parte ricorrente.

Innanzitutto, ad avviso del Collegio non può discutersi che nel caso di specie il provvedimento di autotutela adottato dalla P.A. il 21 agosto 2006 abbia natura di annullamento – e non già di revoca – degli atti di gara, compresa l'aggiudicazione di questa ai sigg.ri Spinello, e debba, pertanto, essere ricondotto alle previsioni normative dell'art. 21-nonies – e non già dell'art. 21-quinquies – della l. n. 241/1990. Ciò discende, a tacer d'altro, dal giudicato formatosi sulla ricordata

sentenza di questo Tribunale n. 559/2010, non appellata, la quale dà palesemente per presupposto che il provvedimento de quo si configuri come annullamento in autotutela degli atti di gara.

Per conseguenza, ove si pretenda che la determinazione del 4 novembre 2004, con cui il Comune di Rosolina ha deciso di non addivenire all'adozione della concessione demaniale marittima, avesse natura di "revoca", il suindicato provvedimento del 21 agosto 2006 non sarebbe per nulla una "mera conferma" della revoca già disposta ed operante, trattandosi, all'evidenza, di provvedimento avente natura e contenuto diversi dal precedente, e che lo ha integralmente sostituito (come, del resto, ha precisato la sentenza n. 559/2010 cit., che ha, perciò, dichiarato improcedibile l'impugnazione della citata determinazione). Dunque – contrariamente all'assunto del ricorrente – non residua in capo al Collegio nessuna potestà di accertamento incidentale della natura del riferito provvedimento del 4 novembre 2004, ai fini dell'inquadramento della fattispecie in termini di responsabilità risarcitoria contrattuale.

Ad ogni buon conto, la determinazione del 4 novembre 2004 non pare riconducibile alla categoria della "revoca", basandosi la stessa sull'individuazione di un vizio di legittimità da cui erano affetti gli atti dell'istruttoria procedimentale (che non avevano considerato tutte le caratteristiche dell'area da assentire in concessione demaniale) ed essendo, perciò, anch'essa da annoverare nella categoria dell'autoannullamento: ciò, ferma restando la sua successiva sostituzione operata dal Comune con il provvedimento del 21 agosto 2006.

In secondo luogo, non può revocarsi in dubbio la legittimità dell'intervento in autotutela della P.A., essendo stata detta legittimità accertata con la più volte menzionata sentenza n. 559/2010, passata in giudicato: né, per vero, il ricorrente muove sul punto contestazioni. La fattispecie all'esame, quindi, concerne un'ipotesi di responsabilità della P.A. in presenza di un provvedimento legittimo, volto ad eliminare un precedente provvedimento – questo sì illegittimo – ampliativo della sfera giuridica del destinatario: ciò che pone talune questioni sul

piano della giurisdizione.

Ancora, nella vicenda in esame non è configurabile alcuna responsabilità contrattuale “pura”, che secondo il sig. Spinello deriverebbe, invece, dall’aver la P.A. aggiudicato definitivamente la gara in favore suo e di sua sorella.

Ha sostenuto, invero, il ricorrente, anche in sede di discussione orale della causa, che quello recato dal verbale della Commissione del 16 dicembre 2003 (cfr. all. 3 al ricorso) fosse un provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l’assegnazione della concessione demaniale marittima: per l’effetto, il rilascio della concessione sarebbe stato atto dovuto, con conseguente già avvenuta insorgenza del vincolo negoziale, la posizione degli aggiudicatari essendo di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

In contrario, tuttavia, va osservato che nel caso di specie all’epoca dell’intervento in autotutela del Comune di Rosolina certamente non era ancora insorto tra le parti alcun rapporto negoziale, né il rilascio della concessione era atto dovuto, potendo il Comune non farvi luogo, in presenza di valide e motivate ragioni di interesse pubblico: il che è, appunto, proprio quanto verificatosi nella vicenda all’esame. Per di più, al rilascio della concessione avrebbe dovuto seguire la stipula del disciplinare tra le parti (pubblica e privata), che, invece, è mancata; donde l’inconfigurabilità di una posizione di diritto soggettivo pieno in capo agli aggiudicatari.

Nel senso ora visto depone, del resto, la giurisprudenza occupatasi della questione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 novembre 2015, n. 12400, espressasi in tema di appalti, ma le cui conclusioni si possono estendere alla materia in parola), la quale ha precisato che la posizione dell’aggiudicatario nella “zona grigia”, che va dall’aggiudicazione definitiva all’insorgere del rapporto negoziale, ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, in quanto la stazione appaltante, sia pure intervenuta l’aggiudicazione, conserva pur sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto (qui: al rilascio della concessione), in forza

di valide e motivate ragioni di interesse pubblico.

Da ultimo, non si può nemmeno discutere di una responsabilità del Comune da cd. contatto sociale qualificato, prospettata dal ricorrente per la prima volta nella memoria illustrativa depositata il 18 marzo 2017, ostandovi insuperabili preclusioni processuali, adombrate dalla difesa comunale nelle sue memorie.

Ed infatti, la domanda di condanna del Comune di Rosolina al risarcimento del danno a titolo di cd. responsabilità da contatto sociale costituisce, indubbiamente, domanda nuova – come eccepito dalla difesa comunale – che, in quanto tale, non avrebbe potuto essere introdotta con semplice memoria, non notificata alla controparte (il che è ciò che è avvenuto), ma, eventualmente, a mezzo di motivi aggiunti: donde l'inammissibilità della suddetta domanda (cfr., ex multis, T.A.R. Veneto, Sez. I, 25 luglio 2016, n. 872; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 9 marzo 2016, n. 3048; id., Sez. II, 8 aprile 2015, n. 5150), dovendosi accogliere l'eccezione di rifiuto del contraddittorio sul punto, formulata dalla difesa comunale.

Residua, quindi, la configurabilità di una responsabilità precontrattuale del Comune di Rosolina, ex art. 1337 c.c.: orbene, ad avviso del Collegio, sotto questo profilo il ricorso è parzialmente fondato e da accogliere, nei termini di seguito esposti.

Sul punto il Collegio si richiama ad un recente arresto di questa Sezione (T.A.R. Veneto, Sez. I, 27 marzo 2017, n. 310) in cui sono stati illustrati i presupposti, in presenza dei quali è ipotizzabile la sussistenza di una responsabilità precontrattuale della P.A.; in detto arresto si è chiarito, tra l'altro, che, ai fini della responsabilità precontrattuale della P.A., non deve tenersi conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nell'ultimo provvedimento amministrativo, ma della correttezza del contegno tenuto dall'Ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti contraenti di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c. (cfr. C.d.S., Sez. Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790; id., Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245). Quella precontrattuale è, infatti, una responsabilità da comportamento – e non da provvedimento – che incide non sull'interesse legittimo pretensivo

all'aggiudicazione, ma sul diritto di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali e, perciò, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto della scorrettezza altrui (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1° febbraio 2016, n. 607).

Né ha alcuna rilevanza il fatto che nel recente arresto di questa Sezione sopra citato la responsabilità precontrattuale fosse legata ad un caso di revoca – e non di annullamento – in autotutela degli atti di gara (per sopravvenuta carenza dei fondi), in quanto la giurisprudenza più recente ha ammesso la responsabilità precontrattuale della P.A. anche nel caso di annullamento legittimo di un precedente provvedimento (illegittimo) favorevole all'interessato.

In una simile ipotesi, invero, “può trovare applicazione l'art. 1337 c.c., dato che non può escludersi la possibile coesistenza tra attività provvedimento legittima e comportamento illecito della P.A.”, potendo ben configurarsi una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 settembre 2016, n. 9490).

Nello stesso senso, altro arresto (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 607/2016, cit.) ha evidenziato che “sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. in presenza dell'affidamento suscitato nell'impresa da provvedimenti di aggiudicazione poi rimossi, potendo il privato aver confidato nella possibilità di diventare affidatario e, ancor più, in ipotesi di aggiudicazione definitiva revocata o annullata, nella disponibilità di un titolo che la abilitava ad accedere alla stipula del contratto” (nel caso qui in esame: al rilascio della concessione demaniale).

In particolare, la responsabilità precontrattuale della P.A. in conseguenza dell'adozione di un atto di per sé legittimo, quale l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, si riconnette alla violazione delle regole di correttezza e buona fede nello svolgimento delle trattative, poiché la P.A. coinvolge il ricorrente in trattative nella sostanza inutili, in presenza di una procedura palesemente illegittima e, come tale, suscettibile di annullamento, rivelandosi la

condotta dell'Amministrazione indiscutibilmente negligente (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 607/2016, cit.).

Vero è che, secondo un recente orientamento giurisprudenziale fatto proprio dalla Cassazione ed al quale si richiama il Comune di Rosolina nell'ultima memoria, la controversia per il risarcimento del danno subito dal privato per effetto di un provvedimento (legittimo) di rimozione di un precedente provvedimento – illegittimo – ampliativo della sfera giuridica del privato stesso, rientrerebbe nella giurisdizione del G.O., trattandosi della lesione non dell'interesse legittimo pretensivo del soggetto danneggiato, ma del suo diritto soggettivo all'integrità patrimoniale.

Un simile orientamento, tuttavia, non è in alcun modo condiviso dal Collegio, il quale – in disparte l'equivocità (ben nota in dottrina) della categoria del cd. diritto all'integrità patrimoniale – sembra trascurare che, se è vero che quella in esame è una fattispecie di responsabilità da comportamento illecito della P.A., tale comportamento costituisce comunque, indubbiamente, espressione di potere amministrativo: e siffatta circostanza pare, di per sé, idonea a radicare la giurisdizione del G.A., alla luce dell'insegnamento delle celeberrime sentenze della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191 (la quale ha affermato che, conformemente ai principi enunciati dall'ora vista sentenza n. 104/2004, deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle controversie relative ai comportamenti collegati all'esercizio di un pubblico potere).

Resta ferma, quindi, l'attribuzione della presente controversia alla giurisdizione di questo G.A., pur una volta residuata la configurazione di una responsabilità del Comune di Rosolina ai sensi dell'art. 1337 c.c., nei termini sopra esposti (cioè per violazione dei doveri di correttezza e buona fede e per lesione del legittimo affidamento del privato, in presenza di un provvedimento di secondo grado che ha legittimamente annullato un precedente provvedimento – l'aggiudicazione definitiva della gara – favorevole al privato stesso).

Orbene, nel caso all'esame pare indiscutibile l'esistenza, in capo al sig. Spinello, di un affidamento meritevole di tutela e risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, alla luce dello stadio a cui era giunta la gara poi revocata e cioè per aver ottenuto i fratelli Spinello l'aggiudicazione definitiva della gara stessa. Invero, è comune l'affermazione secondo cui, una volta emanato l'atto terminale della procedura selettiva di evidenza pubblica, il destinatario può vantare un affidamento tutelabile a titolo di responsabilità precontrattuale, giacché la sua offerta, individuata come la migliore dalla Commissione di gara, ha ottenuto l'aggiudicazione definitiva. La giurisprudenza è univoca, infatti, nel configurare quale ipotesi tipica di responsabilità precontrattuale della P.A. quella in cui la P.A., dopo avere definitivamente aggiudicato la gara, decida di ritirarla in autotutela, o comunque non addivenga alla stipula del contratto (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 310/2017, cit.).

Inoltre, è indiscutibile nella fattispecie all'esame la negligenza e, quindi, la colpevolezza dimostrata dall'Amministrazione comunale, la quale, come giustamente lamenta il ricorrente, avrebbe dovuto e potuto ben conoscere prima ancora dell'indizione della gara le cause che ostavano all'assentimento in concessione dell'area demaniale per cui è causa e, perciò, avrebbe dovuto astenersi dall'indizione della gara stessa.

La difesa comunale adombra un concorso di colpa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c., del sig. Spinello, giacché anche quest'ultimo avrebbe dovuto avere consapevolezza dell'impossibilità che l'area de qua formasse oggetto di concessione demaniale: si pensi alla circostanza, valorizzata nello stesso gravame, che l'insufficiente estensione del fronte mare della concessione da rilasciare (inferiore a mt. 200) emergerebbe da uno degli allegati sul demanio marittimo della l.r. 4 agosto 2002, n. 33.

In contrario, tuttavia, deve concordarsi con il ricorrente, lì dove richiama, nella memoria finale, la pluralità di atti tutti dello stesso segno posti in essere dal



Comune di Rosolina (il quale ha indetto la gara, predisposto il bando, sollecitato, accettato, esaminato e comparato le offerte, provvedendo, quindi, ad aggiudicare la gara ad uno dei concorrenti) e l'idoneità di tale serie di atti, proprio perché tutti di ugual verso, a radicare il legittimo affidamento del privato. Quest'ultimo, infatti, non poteva non confidare ragionevolmente nel fatto che il Comune – avendo indetto e portato a compimento la gara – avesse preventivamente accertato che il bene pubblico poteva formare oggetto della ridetta procedura.

E l'affidamento del sig. Spinello appare tanto più meritevole di tutela, in considerazione del ritardo con cui è intervenuta la P.A., solo nel 2004 ed a circa un anno dall'aggiudicazione, così inducendo i privati a confidare ancora, nonostante i ritardi, nel rilascio della concessione (arg. ex C.d.S., Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797; id., Sez. VI, 1° febbraio 2013 n. 633).

In definitiva, pertanto, ritiene il Collegio che nella vicenda in esame, pur essendo legittimo – come accertato dalla sentenza n. 559/2010 cit. – l'annullamento in autotutela degli atti di gara, tuttavia il comportamento del Comune sia stato ingiustamente ed illecitamente lesivo dell'affidamento che lo stesso aveva ingenerato negli aggiudicatari (fratelli Spinello) circa l'ottenimento del bene della vita (rilascio della concessione).

L'illiceità del comportamento del Comune, nei termini sopra descritti, fa sì che questo sia tenuto al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, per violazione dell'art. 1337 c.c..

Per la quantificazione di tale danno, il Collegio ritiene di avvalersi del rimedio ex art. 34, comma 4, c.p.a., ai sensi del quale, in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri, sulla cui base il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine; nelle ipotesi di mancato accordo delle parti, o di inadempimento degli obblighi derivanti dall'accordo concluso, la determinazione della somma dovuta, o l'adempimento degli obblighi rimasti ineseguiti, potranno essere chiesti con il rimedio del giudizio di ottemperanza.

Tanto premesso, sulla scorta della giurisprudenza consolidata (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6406; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 310/2017, cit.; id., 30 maggio 2016, n. 569), deve affermarsi, dal punto di vista del pregiudizio patrimoniale, che:

a) il danno precontrattuale è riconducibile al solo interesse negativo, che include il danno emergente (per le spese sostenute ai fini della partecipazione alla gara ed in previsione dell'ottenimento della concessione) ed il lucro cessante (dovuto alla perdita di ulteriori occasioni contrattuali, vanificate a causa dell'impegno derivante dall'aggiudicazione non sfociata nella concessione);

b) esula, invece, dal danno precontrattuale l'interesse positivo, sub specie di utile di impresa, ossia i vantaggi economici che sarebbero derivati all'impresa dall'esecuzione del rapporto non venuto ad esistenza;

c) non è neppure risarcibile il danno cd. curriculare (cioè il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale, per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto), trattandosi di danno-evento ex art. 1223 c.c., conseguente alla mancata stipulazione del contratto, dunque incompatibile con la struttura della responsabilità precontrattuale; si tratta, peraltro, di una voce di danno neppure richiesta dal ricorrente.

In definitiva, si ricorda che l'affidamento deluso, il quale è ben altra cosa dall'utile di impresa non concretamente realizzato, attesa l'illegittimità della procedura, può e deve essere riconosciuto, nei limiti del cd. interesse negativo, "da intendersi come interesse a non investire inutilmente tempo e risorse economiche, partecipando a trattative destinate a rilevarsi inutili a causa del comportamento scorretto della controparte" (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 settembre 2015, n. 1918).

Nel caso di specie, peraltro, il ricorrente si premura di identificare il lucro cessante del cd. interesse negativo non con la perdita di altre occasioni contrattuali – come sopra riportato – ma con la perdita di chances, intesa come perdita di opportunità

che avrebbe potuto trarre dalla positiva conclusione dell'iter amministrativo.

In questo modo, tuttavia, il sig. Spinello incorre in un equivoco: così inteso, infatti, il pregiudizio di cui si lamenta il ricorrente finisce pur sempre per rientrare nel cd. interesse positivo, quale mancato conseguimento di uno dei vantaggi che egli avrebbe potuto ottenere dall'esecuzione del rapporto, e, dunque, alla luce di quanto sopra esposto, non può essergli riconosciuto, in quanto fuoriesce dal cd. interesse negativo, a cui si limita, per costante giurisprudenza, la responsabilità precontrattuale (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 24 giugno 2013, n. 347).

Il riferito equivoco – non emendato dalla perizia di parte dallo stesso prodotta – si traduce, altresì, nella mancata allegazione e dimostrazione della perdita di altre occasioni contrattuali per l'inutile partecipazione alla gara, cioè nel vero e proprio lucro cessante del cd. interesse negativo, cosicché al ricorrente non può essere riconosciuta neppure questa voce di danno.

Alla luce di quanto si è esposto, va quindi risarcito al ricorrente, quale pregiudizio patrimoniale da questi patito per la violazione dell'art. 1337 c.c., unicamente il danno emergente, da individuare (v. C.d.S., Sez. V. n. 6406/2014, cit.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 347/2013 cit.) in tutte le spese documentate e specificamente sostenute dagli aggiudicatari per partecipare alla gara, ed in quelle sostenute successivamente, in vista del rilascio della concessione.

Ovviamente, poiché l'istanza di rilascio della concessione è stata presentata dal ricorrente insieme alla sorella, sig.ra Barbara Spinello, è legittimo presumere, in difetto di prova contraria, che le spese di partecipazione alla gara e le altre spese da risarcire siano state sostenute dai due fratelli in misura paritaria e cioè che ciascuno dei due fratelli si sia assunto il 50% del totale delle spese. Ne consegue che la somma da riconoscere al sig. Joseph Spinello a titolo di danno emergente è pari al complesso delle spese sopra indicate, ridotto della metà.

A titolo di esempio e non esaustivamente, si dovranno risarcire – nella riferita misura del 50% – le spese inerenti l'elaborazione dell'offerta, incluse quelle relative alla progettazione e pianificazione dell'iniziativa nella fase precedente alla

gara e, più in generale, le spese comunque riconducibili all'attività svolta per la partecipazione alla gara fino alla data del suo annullamento; tali spese andranno, però, riscaldate solo se – e nella misura in cui – il sig. Spinello sia in grado di fornire alla P.A. la copia dei pagamenti effettuati, non potendosi ritenere sufficiente l'esibizione delle fatture, perché queste non dimostrano l'avvenuto pagamento e, quindi, l'effettivo sostenimento del costo da rimborsare (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 310/2017, cit.).

All'importo da corrispondere quale danno emergente, come sopra individuato, vanno aggiunti la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sulla somma rivalutata: più in particolare, avendo tale importo natura risarcitoria e costituendo un debito di valore, la rivalutazione dovrà essere computata a partire dal concretizzarsi dell'evento dannoso, consistente nella definitiva perdita delle somme investite per effetto del provvedimento di autoannullamento (v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 607/2016, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, n. 11008/2015, cit.).

Da ultimo, nessuna somma può essere riconosciuta al ricorrente a titolo di danno esistenziale (che la più recente giurisprudenza include nella più generale categoria del danno non patrimoniale). Infatti, ai fini del riconoscimento del danno non patrimoniale, è necessario che il danneggiato fornisca la prova, oltre che della sussistenza di una lesione del diritto costituzionalmente primario che superi la soglia della tollerabilità, anche della ricorrenza di significative ripercussioni pregiudizievoli sotto il profilo del danno-conseguenza (C.d.S., Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3397): prova, quest'ultima, che nel caso all'esame non può considerarsi fornita.

Il Collegio, in relazione a quanto disposto dall'art. 34, comma 4, c.p.a., dispone perciò:

- che il ricorrente debba fornire al Comune di Rosolina entro quarantacinque (45) giorni dalla data di comunicazione della presente decisione copia dei pagamenti effettuati per la partecipazione alla gara e di quelli sostenuti in vista del rilascio

della concessione e fino alla data del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, come sopra specificato;

- che il Comune debba a sua volta proporre al ricorrente, nei successivi quarantacinque (45) giorni, una somma a titolo di responsabilità precontrattuale volta a risarcire l'interesse negativo, secondo i criteri più sopra fissati e, quindi, con dimezzamento al 50% del totale delle spese;

- che all'importo così calcolato andranno aggiunti la rivalutazione monetaria e gli interessi legali, come poc'anzi indicato;

- che, poiché dal deposito della sentenza il debito di valore si converte in debito di valuta, a far data dalla presentazione alla P.A., da parte del sig. Spinello, di copia dei pagamenti effettuati (come ora esposto), sulla somma complessivamente liquidata si dovranno computare nuovamente gli interessi legali fino all'effettivo soddisfo, ossia fino all'offerta della somma stessa (T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 310/2017, cit.; id., 24 ottobre 2016, n. 1168; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681).

In definitiva, pertanto, il Collegio nei limiti suesposti accoglie, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. del Comune di Rosolina.

Il Collegio ricorda altresì che, in caso di mancata offerta, di mancato accordo sulla somma offerta, o di mancato adempimento dell'accordo, il rimedio esperibile, in base al citato art. 34, comma 4, c.p.a., è quello del giudizio di ottemperanza.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese tra le parti, in ragione della complessità e novità delle questioni trattate, nonché della fondatezza solo parziale delle domande attoree.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I<sup>^</sup>), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accoglie negli stretti limiti di cui in motivazione, ai sensi e per gli effetti dell'art.

34, comma 4, c.p.a., la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A. presentata dal ricorrente;

b) compensa integralmente le spese;

c) dispone la trasmissione di una copia degli atti alla Procura Regionale della Corte dei conti, per le eventuali valutazioni di competenza.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 19 aprile 2017, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Pietro De Berardinis**

**IL PRESIDENTE**  
**Maurizio Nicolosi**

**IL SEGRETARIO**