

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I- SENTENZA 3 LUGLIO 2009, n. 3705

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1021 del 2005, proposto da:  
XXX S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. R. P., ed elettivamente  
domiciliata in Napoli alla Via M. n. x presso lo studio dell'Avv. B.  
M;

contro

COMUNE DI P., rappresentato e difeso dall'Avv. L. C., ed elettivamente  
domiciliato in Napoli alla Via T. n. x presso l'Avv. V.P.;

per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni subiti per  
effetto della mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto per la  
fornitura ed installazione di lampioni fotovoltaici.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione  
resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2009 il dott.  
Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel  
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente propone la domanda risarcitoria indicata in  
epigrafe, individuandone il fondamento nella sentenza di questo  
Tribunale, Sez. II, n. 2337 del 24 maggio 2001, resa inter partes e  
confermata, seppur con diversa motivazione, dal Consiglio di Stato,  
Sez. V, con sentenza n. 3407 del 21 giugno 2002.

Ad avviso della medesima, tale sentenza, nell'annullare  
l'aggiudicazione della fornitura ed installazione di lampioni  
fotovoltaici, intervenuta in favore della concorrente A.T.I. YYY  
S.p.A. - ZZZ S.r.l. a seguito dell'espletamento di trattativa privata  
preceduta da gara ufficiosa, avrebbe riconosciuto la spettanza  
dell'affidamento della fornitura nei suoi confronti, attesa la sua  
posizione di seconda classificata.

Deducendo l'impossibilità di conseguire l'assegnazione dell'appalto  
mediante l'esecuzione del giudicato, in virtù dell'avvenuta  
ultimazione dei lavori, la ricorrente ritiene che il pregiudizio  
subito debba esserle monetizzato, articolando la sua pretesa  
risarcitoria in termini sia di spese sostenute che di mancato  
guadagno, dei quali fornisce apposita quantificazione anche con  
l'ausilio di consulenza tecnica di parte.

Il Comune di P., costituitosi in giudizio, conclude nella sua memoria  
difensiva per il rigetto del gravame.

Il ricorso è stato trattenuto per la decisione all'udienza pubblica  
del 27 maggio 2009.

La società ricorrente domanda il risarcimento per equivalente di tutti  
i danni conseguenti alla mancata esecuzione della fornitura di cui  
sarebbe dovuta risultare aggiudicataria.

La pretesa è infondata e non merita accoglimento.

Si rileva innanzitutto che, dopo la fondamentale sentenza della Corte  
di Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 e la successiva modifica  
dell'art. 7 della legge n. 1034 del 1971, intervenuta ad opera della

legge n. 205 del 2000, la ormai prevalente giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2306 e 3 aprile 2007 n. 1514; Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005 n. 32; Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500 e 6 luglio 2004 n. 5012), a cui questo Collegio aderisce, inquadra la tematica del risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo nell'ambito dei più sicuri confini della responsabilità extracontrattuale, con ciò discostandosi dall'orientamento, recepito in alcune decisioni del giudice amministrativo, teso a qualificare l'illecito da lesione di interesse legittimo come ipotesi di responsabilità contrattuale derivante dal "contatto amministrativo".

Ne deriva che il riconoscimento della relativa pretesa risarcitoria non può prescindere dall'accertamento delle condizioni contemplate dall'art. 2043 c.c., dovendo tale accertamento essere compiuto secondo le regole ordinarie di distribuzione dell'onere della prova, atteso che il giudizio per il risarcimento dei danni attivato innanzi al giudice amministrativo si atteggia come giudizio sul rapporto e non sull'atto, con applicazione piena del principio dispositivo di cui agli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.

Pertanto, ai fini della risarcibilità dell'interesse legittimo, il danneggiato deve dimostrare la ricorrenza sia dell'elemento oggettivo sia di quello soggettivo dell'illecito.

Si premette che, come chiarito in via definitiva dal giudice d'appello nella sentenza n. 3407/2002, "il procedimento svolto dall'amministrazione presenta tutti i caratteri tipici propri della trattativa privata, preceduta da una gara informale, e non può essere qualificato come licitazione privata".

Ebbene, nel caso di specie, la ricorrente non adduce alcuna decisiva circostanza da cui si possa evincere la sussistenza dell'an del pregiudizio subito, non potendosi ravvisare diretta consequenzialità tra l'aggiudicazione spettante in suo favore, intesa come individuazione dell'offerta più conveniente da sottoporre a trattativa a seguito dell'esclusione dell'originaria aggiudicataria, e la stipulazione del contratto di fornitura dei lampioni fotovoltaici, che costituisce il bene della vita concretamente sperato.

Soccorre al riguardo il condivisibile indirizzo, ribadito di recente dal giudice amministrativo (e richiamato negli scritti difensivi di parte resistente), in merito al rapporto tra aggiudicazione e stipulazione del contratto nel caso di trattativa privata accompagnata da gara ufficiosa: "La giurisprudenza sull'argomento, come consolidatasi nel tempo, appare univoca nel ritenere che, nel sistema di contrattazione a trattativa privata, sia pure preceduta da una gara ufficiosa, diritti ed obblighi per la p.a. ed il privato contraente scaturiscono solo dalla formale stipulazione del contratto, non potendo attribuirsi all'atto di aggiudicazione il valore di conclusione del contratto, bensì, semplicemente, l'effetto di individuazione dell'offerta migliore, cui segue la fase delle trattative precontrattuali. L'individuazione dell'offerta migliore resta, pertanto, un atto sostanzialmente discrezionale, al di fuori di ogni automatismo, con la conseguenza che non può assumere il valore di conclusione del contratto. L'amministrazione, dunque, anche a seguito della individuazione della offerta apparentemente più conveniente non è vincolata - almeno in ordine all'an - a procedere in un momento successivo alla stipulazione del contratto definitivo. La stazione appaltante può, pertanto, valutare discrezionalmente la vantaggiosità dell'offerta, sebbene individuata quale la migliore presentata in sede di gara ufficiosa. In particolare, si ritiene che "L'Amministrazione che persegua l'affidamento di un contratto mediante trattativa privata conserva fino alla sua stipulazione la possibilità di recedere dal

procedimento anche per ragioni di mera opportunità (non potendo dirsi consolidato sino ad allora alcun diritto soggettivo), dovendo dare solo una legittima motivazione della propria scelta, senza che in tali casi possa sorgere nel privato neppure un diritto al risarcimento del danno." (cfr. nei termini da ultimo T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 13 maggio 2004, n. 4360)" (così TAR Lazio Roma, Sez. II, 3 settembre 2008 n. 8046).

Da quanto esposto scaturisce che, non essendo certa la stipulazione del contratto in favore della ricorrente a seguito della nuova aggiudicazione, non riesce ad assumere consistenza il lamentato pregiudizio economico da mancata assegnazione della fornitura.

In conclusione, non potendosi ritenere meritevole di accoglimento la domanda risarcitoria per carenza dell'elemento oggettivo dell'illecito, il ricorso deve essere respinto per infondatezza.

Sussistono giusti motivi, attesa la particolarità delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Prima, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore