

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 04/02/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28902-tar-calabria-catanzaro-31-12-2009-n-1485>**

**Autore: Lazzini Sonia**

**Tar Calabria, Catanzaro, 31.12.2009 n. 1485**

la responsabilità dell'amministrazione si inquadra nell'ambito del modello della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c.

La presenza di un "contatto" sociale tra la parte e l'amministrazione nel corso del procedimento non è idoneo a fare ritenere che siamo in presenza di una responsabilità contrattuale: è infatti indubbio che tale "contatto" non può fare sorgere un rapporto contrattuale di fatto al rispetto di determinati diritti e obblighi di natura negoziale. Lo stesso contatto però, pur non essendo sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 2043 c.c., certamente condiziona, almeno sotto alcuni aspetti, la ricostruzione di taluni elementi della fattispecie illecita in ragione del fatto che in questo caso il danno è commesso da un soggetto che comunque normalmente ha già instaurato un rapporto con il privato. In altri termini, nel caso di specie viene in rilievo una responsabilità civile speciale ma pur sempre riconducibile al modello delineato dalla richiamata disposizione codicistica.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di: a) contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; b) di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore; c) di rilevante complessità del fatto; d) di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata» (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114).

Per quanto attiene, infine, alla determinazione del danno, avuto riguardo, in ragione della peculiarità della fattispecie oggetto di giudizio, alla complessità di tale determinazione, può farsi applicazione del criterio di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, il quale demanda al giudice di determinare i «criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine». Nella specie l'accordo deve avere ad oggetto una determinazione del danno commisurata all'importo dell'offerta nella misura pari al tre per cento, in quanto l'impresa non ha dimostrato di non aver potuto, incolpevolmente, utilizzare mezzi e personale per l'espletamento di altri servizi

Per quanto attiene, invece, alla domanda di risarcimento del danno esistenziale, deve rilevarsi come tale domanda presupponga che si dimostri in maniera rigorosa che il provvedimento illegittimo abbia cagionato un danno non patrimoniale ad un diritto della persona costituzionalmente garantito (Cass., sez. un., 11 dicembre 2008, n. 26793). Nella specie, la ricorrente non ha provato che la condanna della p.a. sia stata idonea, sul piano causale, a determinare una lesione della predetta situazione giuridica protetta. La domanda deve, pertanto, essere rigettata

Con sentenza n. 1776 del 28 novembre 2001 questo Tribunale accoglieva il ricorso, ritenendo fondata la censura con cui si era dedotta la illegittima attribuzione ad un professionista esterno all'amministrazione di dare esecuzione all'ordinanza del Consiglio di Stato che aveva ritenuto fondata, in sede cautelare, il ricorso proposto dalla ricorrente.

Nella predetta sentenza il Tribunale ha aggiunto «che tra i provvedimenti sospesi dalla richiamata pronuncia cautelare del Consiglio di Stato vi erano anche i verbali della Commissione di ammissione alla gara della ATP coordinata dal prof. M., onde la esecuzione della ordinanza di sospensione (pur nel difetto di indicazioni motivazionali specifiche) non poteva che passare attraverso la rinnovazione di tutti gli atti di gara sospesi, id est in definitiva (avuto riguardo all'ampio petitum di lite) per la rinnovazione dell'intera gara d'appalto. In altri termini, l'iter seguito dall'amministrazione di Lungro per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato in premessa indicata appare illegittimo non solo, su di un piano giuridico-formale, in ordine all'investitura di soggetti estranei alla p.a. per l'adozione di atti eminentemente amministrativi, ma anche su quello del contenuto sostanziale dell'attività ritenuta bastevole ed in concreto posta in essere ai predetti fini ottemperativi».

1.1.— Alla luce di quanto sin qui esposto si chiede la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno subito dalla ricorrente, non essendo più possibile ottenere il bene della vita cui la ricorrente stessa aspirava, in quanto gli interventi finalizzati alla sistemazione della frana sono stati sostanzialmente completati sulla base della progettazione fornita dalla associazione temporanea di impresa controinteressata.

In particolare, si assume che sarebbe "indubbio il nesso di causalità" tra l'atto dell'amministrazione e la mancata aggiudicazione, in quanto la ricorrente si è collocata al secondo posto.

Per quanto attiene alla quantificazione del danno si chiede che lo stesso venga liquidato in via equitativa ex art. 1226 cod. civ. per perdita di chance.

Si chiede, inoltre, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno esistenziale, per lesione della «immagine professionale degli ingegneri».

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Per stabilire, pertanto, se la ricorrente ha "diritto" al risarcimento del danno occorre verificare se sono presenti tutti gli elementi prefigurati dal citato art. 2043.

A tale proposito, deve rilevarsi che la richiesta di risarcimento del danno da illecito civile presuppone normalmente l'accertamento della c.d. "regola della fattispecie" e della c.d. "regola delle conseguenze".

I due aspetti sono intimamente connessi.

La verifica del perfezionamento della fattispecie lesiva impone che il giudice verifichi l'esistenza dell'elemento oggettivo, dell'elemento soggettivo, del nesso di causalità materiale (o strutturale); dell'evento lesivo, rappresentato dalla lesione della situazione giuridica meritevole di protezione. In particolare, occorre accertare che il "fatto" (comprensivo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo) sia eziologicamente idoneo a cagionare un danno ingiusto.

In relazione al secondo profilo, il giudice deve verificare se il "fatto lesivo" sia in grado di produrre pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali (c.d. danno conseguenza). In particolare, è necessario verificare se sussista un nesso di causalità giuridica tra fatto lesivo e danni concretamente subiti; invero, e più precisamente, non si tratta di ricostruire un nesso eziologico, sul piano normativo, ma di determinare le conseguenze risarcitorie secondo il criterio delineato dagli artt. 1223 e 2056 c.c.

A questo punto occorre accertare se sono presenti tutti gli elementi costitutivi della fattispecie illecita.

5.— Per quanto attiene all'elemento oggettivo, nella specie viene in rilievo una responsabilità da provvedimento illegittimo. Con sentenza di questo Tribunale n. 1776 del 2001, il cui contenuto è stato indicato nella parte in fatto, è stata accertata la invalidità degli atti impugnati.

6.— Per quanto attiene all'elemento soggettivo, la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che non è «richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a. (...). Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie

Nel caso in esame, avendo riguardo al suesposto orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi che la ricorrente, in mancanza della dimostrazione da parte della p.a. dell'errore scusabile, abbia assolto al proprio onere probatorio, mediante la dimostrazione dell'illegittimità del provvedimento.

Per quanto attiene al nesso di causalità materiale o strutturale, occorre stabilire se la condotta colposa dell'amministrazione sia stata idonea a ledere l'interesse legittimo pretensivo della ricorrente.

Tale nesso eziologico tra condotta e bene giuridico protetto si ricostruisce applicando la teoria condizionalistica che, secondo la nota formula, impone di eliminare mentalmente la condotta illecita per valutare se anche senza di essa si sarebbe verificato l'evento lesivo. Se poi non si è a conoscenza della efficacia eziologica di talune condizioni si deve ricorrere alle cosiddette leggi statistiche di copertura.

La teoria condizionalistica può in alcuni casi essere "corretta" mediante l'applicazione della teoria della causalità adeguata: sono imputabili all'agente soltanto le conseguenze normali della propria condotta.

Mentre però nel sistema di tutela penalistica si deve dimostrare in giudizio il nesso causale al di là di ogni ragionevole dubbio, nel diritto civile e amministrativo, in ragione della diversa valenza dei beni che

vengono in rilievo, vale la regola del “più probabile che non” (Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Detto ciò, è bene aggiungere che la questione del nesso causale assume, sotto alcuni aspetti, una rilevanza di minore problematicità in quanto, proprio in ragione del “contatto” normalmente preesistente tra p.a. e privato, è più agevole dimostrare la causalità della condotta dell'amministrazione. Sotto altri aspetti, assume contorni più complessi in quanto il giudizio causale presuppone un giudizio prognostico modulato alla luce del livello di discrezionalità di cui gode l'amministrazione stessa

Applicando questi principi al caso in questione deve ritenersi che, in mancanza di specifica contestazione da parte dell'amministrazione che non ha adempiuto alle specifiche richieste istruttorie formulate da questo Tribunale, deve ritenersi, in ragione del livello di discrezionalità dell'amministrazione e della natura del procedimento, che sia provato il nesso casuale. In altri termini, nella controversia in esame, la combinazione dei predetti elementi e soprattutto tenuto conto del comportamento processuale dell'amministrazione (art. 116 c.p.c.), deve ritenersi provata la lesione del bene della vita della ricorrente da parte dell'amministrazione

Si legga anche

Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114).

L'annullamento dell'aggiudicazione non è satisfattivo della pretesa della ricorrente, in quanto, come da questa dedotta e non contestato, i lavori in questione sono stati eseguiti dall'A.T.I. aggiudicataria o comunque si trovano in uno stato che non consente il subentro di altra impresa.

Deve, quindi, essere esaminata la domanda di risarcimento del danno, riproposta in appello.

Con riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, questa Sezione ha già aderito a quell'orientamento favorevole a restare all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, (Cons. Stato, VI, 23 giugno 2006 n. 3981; 9 novembre 2006 n. 6607; IV, 6 luglio 2004 n. 5012; 10 agosto 2004 n. 5500).

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo dell'illecito, si rileva che la ricorrente ha dimostrato che, in assenza dell'illegittimità commessa dall'amministrazione, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto, in quanto le uniche due A.T.I., che la precedevano in graduatoria, avrebbero dovuto essere escluse.

Sussiste, dunque, il danno per non aver potuto eseguire i lavori e non aver tratto il relativo utile di impresa e tale danno si pone in rapporto di diretta causalità con la accertata illegittimità.

3.2. Per quanto concerne, l'elemento soggettivo, sulla base dei richiamati precedenti giurisprudenziali, va ribadito che non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a... Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Si deve, peraltro, tenere presente che molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, inerenti la difficoltà interpretativa che ha causato la violazione; in simili casi il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla *questio iuris*, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio *iura novit curia*.

Spetta, quindi, al giudice valutare, in relazione ad ogni singola fattispecie, la configurabilità concreta della colpa, che spetta poi all'amministrazione superare; inoltre, in assenza di discrezionalità o in presenza di margini ridotti di essa, le presunzioni semplici di colpevolezza saranno più facilmente configurabili, mentre in presenza di ampi poteri discrezionali ed in assenza di specifici elementi presuntivi, sarà necessario uno sforzo probatorio ulteriore, gravante sul danneggiato, che potrà ad esempio allegare la mancata valutazione degli apporti resi nella fase partecipativa del procedimento o che avrebbe potuto rendere se la partecipazione non è stata consentita.

Va, infine, precisato che alcun elemento contrario alla effettuata ricostruzione della nozione di colpa della p.a. può trarsi dalla giurisprudenza comunitaria.

Con una recente sentenza la Corte di Giustizia ha sanzionato lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei soggetti lesi in seguito alle violazioni del diritto comunitario che regolano la materia dei pubblici appalti alla allegazione della prova, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico siano stati commessi colposamente o dolosamente (Corte Giust., 14 ottobre 2004, C-275/03).

Tuttavia, tale decisione appare riferirsi all'onere della prova in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità della p.a. e non alla esigenza di accertare la responsabilità, prescindendo dalla colpa dell'amministrazione.

Come illustrato, nell'ordinamento italiano la possibilità per il privato danneggiato di utilizzare presunzioni pone sostanzialmente a carico della p.a. l'onere di dimostrare l'esistenza di un errore scusabile, senza alcuna lesione, quindi, dei principi comunitari.

Inoltre, va considerato che la stessa Corte di Giustizia, pur non facendo riferimento alla nozione di colpa della p.a., utilizza, a fini risarcitori, il criterio della manifesta e grave violazione del diritto comunitario, sulla base degli stessi elementi, descritti in precedenza e utilizzati nel nostro ordinamento per la configurabilità dell'errore scusabile (Corte Giust. CE, 5 marzo 1996, C- 46 e 48/93, *Brasserie du Pecheur*, in cui, al punto 78, viene riconosciuto che alcuni degli elementi indicati per valutare se vi sia violazione manifesta e grave sono riconducibili alla nozione di colpa nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali).

Precisata la nozione di colpa della p.a., si tratta ora di applicare i suesposti principi alla fattispecie in esame.

Nel caso di specie, l'amministrazione ha ammesso alla procedura due A.T.I., che non avevano i requisiti per partecipare, violando lo stesso bando da lei predisposto.

Né può essere invocata la poca chiarezza della *lex specialis*, in quanto questa è stata appunto approvata dalla stessa amministrazione.

Va, infine, evidenziato che non esclude la colpa la circostanza che il giudice di primo grado abbia dato ragione all'amministrazione con decisione ribaltata in appello, in quanto anche il Tar può incorrere in errore (come nel caso di specie, causa l'erronea applicazione dell'art. 28 del d.P.R. n. 34/00) e comunque non appare ragionevole dare rilevanza ad un fatto successivo a quello che ha generato l'illecito; aderendo a tale impostazione, la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile nelle sole ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi del giudizio, finendo il giudizio di primo grado ad essere quello decisivo.

Si è trattato, quindi, di un evidente errore, che in alcun modo può essere ritenuto scusabile e ciò conduce a ritenere sussistente l'elemento della colpa dell'amministrazione appellata.

3.3. Sotto il profilo della quantificazione del danno, la ricorrente ha indicato il criterio del 25 % dell'offerta presentata, quale mancato ammortamento delle spese generali di azienda (15 %) e mancato utile che l'impresa avrebbe tratto dall'aggiudicazione dell'appalto (10 %).

Il criterio indicato non corrisponde a quello utilizzato dalla prevalente giurisprudenza (10 % dell'importo offerto dal ricorrente).

Tuttavia, la giurisprudenza ha anche precisato che il danno derivante ad una impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito (10 %), solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile, (Cons. Stato, V, 24 ottobre 2002 n. 5860; VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

In applicazione di detto principio, il danno risarcibile deve essere ridotto al 5 % dell'importo offerto e corrisponde ad euro 27.727,95 (5 % di euro 544.559,19).

Tale somma deve intendersi già attualizzata e deve essere aumentata, in via equitativa, ad Euro 35.000,00 in considerazione dell'ulteriore danno, consistente nell'incidenza del mancato svolgimento del rapporto con la p.a. sui requisiti di qualificazione e di valutazione, invocabili in successive gare (cfr., sempre, Cons. Stato, VI, 9 novembre 2006 n. 6607); l'aumento è in questo caso particolarmente rilevante, in considerazione della specificità dei lavori in questione e della difficoltà di svolgere lavori dello stesso tipo ai fini della formazione di una pregressa esperienza dell'impresa.

4. In conclusione, l'appello deve essere accolto con conseguente annullamento dell'atto impugnato, in riforma della sentenza di primo grado.

L'amministrazione appellata deve essere, altresì condannata al risarcimento del danno, quantificato nella complessiva somma di euro 35.000,00, oltre agli interessi legali dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1485 del 31 dicembre 2009, emesso dal Tar Calabria, Catanzaro

**N. 01485/2009 REG.SEN.**

**N. 00049/2003 REG.RIC.**



**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 Calabria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 49 del 2003, proposto da:  
Ricorrente, rappresentato e difeso dall'avv. Oreste Morcavallo, con domicilio eletto presso Oreste Morcavallo in Cosenza, corso D'Italia, 23;

***contro***

Comune di Lungro, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Belsito, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Catanzaro, via De Gasperi 76/B;

***per la condanna***

del Comune di Lungro al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Lungro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2009 il dott. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO

1.— La ricorrente premette che con apposito ricorso era stata impugnata la deliberazione n. 176 del 23 agosto 1999 della Giunta municipale del Comune di Lungro, di approvazione definitiva dell'affidamento, in favore dell'ATP coordinata dal Prof. Giuseppe Mandaglio, dell'incarico tecnico-professionale di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva dei lavori di sistemazione della frana in località S. Leonardo.

Questo Tribunale, con ordinanza n. 833 del 1999, ha rigettato la richiesta di misura cautelare, che veniva, invece, accolta in sede di appello con ordinanza n. 370 del 2000.

Con delibera n. 71 dell'11 maggio 2000 il Comune di Lungro, in esecuzione della predetta ordinanza del Consiglio di Stato, ha nominato un commissario ad acta con il compito di porre in essere gli adempimenti necessari a dare esecuzione alla ordinanza stessa.

Con delibera n. 128 del 19 luglio 2000 la Giunta municipale, violando quanto disposto dal Consiglio di Stato con la citata ordinanza, approvava nuovamente il progetto preliminare redatto dall'A.T.P. redatto dal prof. Mandaglio.

Tale atto veniva nuovamente impugnato.



Con sentenza n. 1776 del 28 novembre 2001 questo Tribunale accoglieva il ricorso, ritenendo fondata la censura con cui si era dedotta la illegittima attribuzione ad un professionista esterno all'amministrazione di dare esecuzione all'ordinanza del Consiglio di Stato che aveva ritenuto fondato, in sede cautelare, il ricorso proposto dalla ricorrente.

Nella predetta sentenza il Tribunale ha aggiunto «che tra i provvedimenti sospesi dalla richiamata pronuncia cautelare del Consiglio di Stato vi erano anche i verbali della Commissione di ammissione alla gara della ATP coordinata dal prof. Mandaglio, onde la esecuzione della ordinanza di sospensione (pur nel difetto di indicazioni motivazionali specifiche) non poteva che passare attraverso la rinnovazione di tutti gli atti di gara sospesi, id est in definitiva (avuto riguardo all'ampio petitum di lite) per la rinnovazione dell'intera gara d'appalto. In altri termini, l'iter seguito dall'amministrazione di Lungro per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato in premessa indicata appare illegittimo non solo, su di un piano giuridico-formale, in ordine all'investitura di soggetti estranei alla p.a. per l'adozione di atti eminentemente amministrativi, ma anche su quello del contenuto sostanziale dell'attività ritenuta bastevole ed in concreto posta in essere ai predetti fini ottemperativi».

1.1.— Alla luce di quanto sin qui esposto si chiede la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno subito dalla ricorrente, non essendo più possibile ottenere il bene della vita cui la ricorrente stessa aspirava, in quanto gli interventi finalizzati alla sistemazione della frana sono stati sostanzialmente completati sulla base della progettazione fornita dalla associazione temporanea di impresa controinteressata.

In particolare, si assume che sarebbe “indubbio il nesso di causalità” tra l'atto dell'amministrazione e la mancata aggiudicazione, in quanto la ricorrente si è collocata al secondo posto.

Per quanto attiene alla quantificazione del danno si chiede che lo stesso venga liquidato in via equitativa ex art. 1226 cod. civ. per perdita di chance.

Si chiede, inoltre, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno esistenziale, per lesione della «immagine professionale degli ingegneri».

1.2.— Con ordinanza istruttoria dell'11 gennaio 2008, n. 2 questo Tribunale ha chiesto all'amministrazione di depositare i seguenti atti: «copia dell'avviso pubblico concernente la procedura selettiva per l'affidamento dell'incarico tecnico – professionale di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva dei lavori di sistemazione della frana in località San Leonardo del Comune di Lungro; copia del contratto di appalto stipulato tra l'ricorrente, coordinata dal prof. Mandaglio, che è risultata affidataria del predetto incarico ed il Comune di Lungro; copia del mandato o dei mandati di pagamento in favore dell'ricorrente, coordinata dal prof. Mandaglio; qualsiasi altro documento e/o chiarimento ritenuto utile ai fini della decisione del ricorso in epigrafe».

A fronte dell'inesecuzione di tale ordine istruttorio, questo Tribunale ha emesso una nuova ordinanza (16 maggio 2008, n. 78) finalizzata a richiedere i predetti elementi probatori.

L'amministrazione ha adempiuto solo parzialmente. E' stata, pertanto, emanata una terza ordinanza (3 dicembre 2008, n. 175), cui non è seguito alcun adempimento, volta ad ottenere la graduatoria dalla quale risulti la posizione in cui è stata collocata la ricorrente stessa e ogni altra documentazione ritenuta utile.

## DIRITTO

1.— Il ricorrente, come risulta dall'esposizione in fatto, chiede che l'amministrazione comunale venga condannata al risarcimento del danno subito a causa della mancata aggiudicazione ad essa della gara per il conferimento dell'incarico tecnico professionale per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva relativa ai lavori di sistemazione della frana in località San Leonardo.

2.— In via preliminare, è bene chiarire che la responsabilità dell'amministrazione si inquadra nell'ambito del modello della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. La presenza di un "contatto" sociale tra la parte e l'amministrazione nel corso del procedimento non è idoneo a fare ritenere che siamo in presenza di una responsabilità contrattuale: è infatti indubbio che tale "contatto" non può fare sorgere un rapporto contrattuale di fatto al rispetto di determinati diritti e obblighi di natura negoziale. Lo stesso contatto però, pur non essendo sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 2043 c.c., certamente condiziona, almeno sotto alcuni aspetti, la ricostruzione di taluni elementi della fattispecie illecita in ragione del fatto che in questo caso il danno è commesso da un soggetto che comunque normalmente ha già instaurato un rapporto con il privato. In altri termini, nel caso di specie viene in rilievo una responsabilità civile speciale ma pur sempre riconducibile al modello delineato dalla richiamata disposizione codicistica.

3.— Chiarito ciò, per stabilire, pertanto, se la ricorrente ha "diritto" al risarcimento del danno occorre verificare se sono presenti tutti gli elementi prefigurati dal citato art. 2043.

A tale proposito, deve rilevarsi che la richiesta di risarcimento del danno da illecito civile presuppone normalmente l'accertamento della c.d. "regola della fattispecie" e della c.d. "regola delle conseguenze".

I due aspetti sono intimamente connessi.

La verifica del perfezionamento della fattispecie lesiva impone che il giudice verifichi l'esistenza dell'elemento oggettivo, dell'elemento soggettivo, del nesso di causalità materiale (o strutturale); dell'evento lesivo, rappresentato dalla lesione della situazione giuridica meritevole di protezione. In particolare, occorre accertare che il "fatto" (comprensivo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo) sia eziologicamente idoneo a cagionare un danno ingiusto.

In relazione al secondo profilo, il giudice deve verificare se il “fatto lesivo” sia in grado di produrre pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali (c.d. danno conseguenza). In particolare, è necessario verificare se sussista un nesso di causalità giuridica tra fatto lesivo e danni concretamente subiti; invero, e più precisamente, non si tratta di ricostruire un nesso eziologico, sul piano normativo, ma di determinare le conseguenze risarcitorie secondo il criterio delineato dagli artt. 1223 e 2056 c.c.

4.— A questo punto occorre accertare se sono presenti tutti gli elementi costitutivi della fattispecie illecita.

5.— Per quanto attiene all’elemento oggettivo, nella specie viene in rilievo una responsabilità da provvedimento illegittimo. Con sentenza di questo Tribunale n. 1776 del 2001, il cui contenuto è stato indicato nella parte in fatto, è stata accertata la invalidità degli atti impugnati.

6.— Per quanto attiene all’elemento soggettivo, la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che non è «richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a. (...). Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di: a) contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; b) di formulazione incerta di norme da poco

entrate in vigore; c) di rilevante complessità del fatto; d) di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata» (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114).

Nel caso in esame, avendo riguardo al suesposto orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi che la ricorrente, in mancanza della dimostrazione da parte della p.a. dell'errore scusabile, abbia assolto al proprio onere probatorio, mediante la dimostrazione dell'illegittimità del provvedimento.

7.— Per quanto attiene al nesso di causalità materiale o strutturale, occorre stabilire se la condotta colposa dell'amministrazione sia stata idonea a ledere l'interesse legittimo pretensivo della ricorrente.

Tale nesso eziologico tra condotta e bene giuridico protetto si ricostruisce applicando la teoria condizionalistica che, secondo la nota formula, impone di eliminare mentalmente la condotta illecita per valutare se anche senza di essa si sarebbe verificato l'evento lesivo. Se poi non si è a conoscenza della efficacia eziologica di talune condizioni si deve ricorrere alle cosiddette leggi statistiche di copertura.

La teoria condizionalistica può in alcuni casi essere “corretta” mediante l'applicazione della teoria della causalità adeguata: sono imputabili all'agente soltanto le conseguenze normali della propria condotta.

Mentre però nel sistema di tutela penalistica si deve dimostrare in giudizio il nesso causale al di là di ogni ragionevole dubbio, nel diritto civile e amministrativo, in ragione della diversa valenza dei beni che vengono in rilievo, vale la regola del “più probabile che non” (Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Detto ciò, è bene aggiungere che la questione del nesso causale assume, sotto alcuni aspetti, una rilevanza di minore problematicità in quanto, proprio in ragione del “contatto” normalmente preesistente tra p.a. e privato, è più agevole

dimostrare la causalità della condotta dell'amministrazione. Sotto altri aspetti, assume contorni più complessi in quanto il giudizio causale presuppone un giudizio prognostico modulato alla luce del livello di discrezionalità di cui gode l'amministrazione stessa. In altri termini, il giudice amministrativo nel valutare quale sarebbe stata la situazione senza il comportamento illecito della p.a. deve tenere conto degli spazi di discrezionalità riconosciuti alla p.a. stessa. A ciò si aggiunga un ulteriore elemento di complessità, che nel nostro caso comunque non rileva in quanto i lavori sono stati interamente eseguiti, rappresentato dall'esigenza di non incidere in spazi riservati a valutazioni di esclusiva spettanza della p.a. nel caso in cui l'amministrazione possa ancora riesercitare il potere "emendato" dal vizio riscontrato in sede giudiziale.

Applicando questi principi al caso in questione deve ritenersi che, in mancanza di specifica contestazione da parte dell'amministrazione che non ha adempiuto alle specifiche richieste istruttorie formulate da questo Tribunale, deve ritenersi, in ragione del livello di discrezionalità dell'amministrazione e della natura del procedimento, che sia provato il nesso casuale. In altri termini, nella controversia in esame, la combinazione dei predetti elementi e soprattutto tenuto conto del comportamento processuale dell'amministrazione (art. 116 c.p.c.), deve ritenersi provata la lesione del bene della vita della ricorrente da parte dell'amministrazione.

8.— Per quanto attiene, infine, alla determinazione del danno, avuto riguardo, in ragione della peculiarità della fattispecie oggetto di giudizio, alla complessità di tale determinazione, può farsi applicazione del criterio di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, il quale demanda al giudice di determinare i «criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine». Nella specie l'accordo deve avere ad oggetto una determinazione del danno commisurata all'importo dell'offerta nella misura pari al tre per cento, in quanto

L'impresa non ha dimostrato di non aver potuto, incolpevolmente, utilizzare mezzi e personale per l'espletamento di altri servizi (Consiglio Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2763; si v. pure Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 491).

La somma risarcitoria così definita dovrà essere aumentata della rivalutazione monetaria e degli interessi legali da calcolarsi fino alla data di notifica della domanda giudiziale e, successivamente, dei soli interessi legali fino alla formulazione dell'offerta risarcitoria (Consiglio di Stato, sez IV, 24 dicembre 2008, n. 6538).

In definitiva, dunque, la domanda di risarcimento del danno patrimoniale deve essere accolta nei limiti esposti, con condanna del Comune di Lungro a corrispondere alla ricorrente una somma risarcitoria che tenga conto dei criteri sopra esposti.

9.— Per quanto attiene, invece, alla domanda di risarcimento del danno esistenziale, deve rilevarsi come tale domanda presupponga che si dimostri in maniera rigorosa che il provvedimento illegittimo abbia cagionato un danno non patrimoniale ad un diritto della persona costituzionalmente garantito (Cass., sez. un., 11 dicembre 2008, n. 26793). Nella specie, la ricorrente non ha provato che la condanna della p.a. sia stata idonea, sul piano causale, a determinare una lesione della predetta situazione giuridica protetta. La domanda deve, pertanto, essere rigettata.

10.— In mancanza di costituzione in giudizio dell'amministrazione, non occorre pronunciarsi sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, accoglie la domanda di risarcimento del danno e condanna il Comune di Lungro a corrispondere alla ricorrente la somma determinata a seguito della stipulazione

dell'accordo nel rispetto dei criteri indicati nella parte motiva della presente sentenza.

Nulla sulle spese.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 5 giugno e 9 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/12/2009

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

IL SEGRETARIO