

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29827-il-collegio-ritiene-di-condividere-la-tesi-per-cui-il-provvedimento-amministrativo-lesivo-di-un-interesse-sostanziale-pu-essere-aggredito-o-in-via-impugnatoria-per-ottenerne-la-demolizione-o-in-v>

Autore: Lazzini Sonia

**il Collegio ritiene di condividere la tesi per cui il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito o in via impugnatoria per ottenerne la demolizione o in via risarcitoria per ottenere il risarcimento del danno e la**

**Tar Calabria, Catanzaro, 31.05.2010 n. 958**

il Collegio ritiene di condividere la tesi per cui il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito o in via impugnatoria per ottenerne la demolizione o in via risarcitoria per ottenere il risarcimento del danno e la facoltà di scelta del secondo strumento non è subordinata al presupposto che l'illegittimità dell'atto di cui trattasi debba essere stata richiesta e dichiarata in sede di annullamento, senza la necessaria pregiudiziale impugnazione dell'atto lesivo e, quindi, anche in carenza del previo annullamento giurisdizionale dell'atto (cfr., da ultimo, Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 14 dicembre 2009, n. 1188).

Il che non leva che l'accertamento del diritto al risarcimento del danno passa per l'accertamento (in via incidentale) della illegittimità dell'atto e con esso per l'acclaramento delle altre condizioni prescritte per la risarcibilità del danno conseguente ad illegittima azione amministrativa, segnatamente la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa e la verifica della ricorrenza del rapporto causa/effetto.

La domanda di risarcimento del danno è dunque ammissibile e tuttavia infondata.

L'infondatezza consegue alla valutazione dell'operato della resistente amministrazione in termini di legittimità.

Nella presente controversia, la mancata stipula del contratto consegue ad un dato oggettivo: la mancata produzione da parte della ricorrente, nella qualità di aggiudicataria della gara di cui trattasi, della prescritta (ed invero richiesta) documentazione, necessaria appunto per la detta stipula. La produzione dei documenti in questione era prevista nello stesso capitolato d'appalto, segnatamente all'art. 38 ed avrebbe dovuto essere quindi adempimento necessario e tuttavia naturale da compiersi a cura dell'aggiudicataria, appunto perché prescritto direttamente dalla stessa lex specialis di gara. Peraltro, con nota del 14 maggio 2004, il Comune di Botricello ha contestato alla ricorrente proprio la detta omissione di produzione documentale, per infine pervenire a dichiarare la decadenza della ricorrente stessa dalla stipula del contratto con la (legittima) delibera di Giunta del 23 novembre 2004. Del resto, solo con nota del 23 settembre 2004 la ricorrente aveva reso piena disponibilità a fornire la documentazione mancante, senza tuttavia produrla.

Giova sul punto ricordare che l'ultima parte del ricordato art. 38, prescrive proprio che "trascorso inutilmente tale termine è in facoltà dell'Amministrazione dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione. In tal caso l'aggiudicazione sarà effettuata a favore della ditta seconda classificata".

La acclarata legittimità dell'operato del Comune di Botricello rende quindi infondata la pretesa risarcitoria dedotta con il presente ricorso e così pure, per evidenti ragioni di coerenza logica, la pretesa di veder ordinato al citato Comune la consegna del Palazzetto dello Sport. La ricorrente, peraltro, costruisce detta ultima richiesta quale modalità concreta di realizzazione di un asserito obbligo contrattuale inadempito dal Comune. E' agevole rilevare come prima della stipula del contratto alcun obbligo contrattuale possa essere configurato a carico della stazione appaltante come, del resto, a carico dell'aggiudicatario, pur definitivo. Infatti, il procedimento pubblicistico di selezione del concessionario si conclude con l'aggiudicazione e la stipula del contratto (cfr. T.A.R. Bari, I Sezione, 7 maggio 2008 n. 1093).

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 958 del 31 maggio 2010 pronunciata dal Tar Calabria, Catanzaro

**N. 00958/2010 REG.SEN.**  
**N. 01369/2007 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 Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1369 del 2007, proposto da:  
Ricorrente. Servizi Sas di Maria F., rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Puccio, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenzo Puccio in Botricello, via Settembrini, 31;

***contro***

Comune di Botricello, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Sciumbata e Domenico Viscomi, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Sciumbata in Sersale, via Greco, 40;

***per l'accertamento del diritto al risarcimento dei danni***

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2010 il dott. Anna Corrado e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

In data 25 marzo 2002, il Comune di Botricello ha indetto una gara di appalto per l'affidamento della gestione del Palazzetto dello Sport. All'esito della procedura mediante pubblico incanto, è risultata aggiudicataria dell'appalto la ditta odierna ricorrente, cui l'aggiudicazione è stata formalmente comunicata con nota del Comune di Botricello del 25 giugno 2002 n. 4063.

Con la stessa nota il Comune ha rappresentato che *“non appena sarà realizzato il parcheggio a servizio della struttura si provvederà alla stipula del contratto”*.

In data 3 ottobre 2002 la ricorrente ha formalmente richiesto al Comune di conoscere i tempi per la stipula del contratto concernente l'appalto oramai aggiudicato.

In data 30 gennaio 2003, la ditta ricorrente ha quindi chiesto all'ente locale di poter utilizzare i locali che sarebbero stati adibiti a bar all'interno del Palazzetto dello Sport per allocarvi gli arredi.

In data 4 febbraio 2003 il Comune ha accolto detta ultima richiesta. Nella stessa comunicazione il Comune ha poi fatto presente *” che a tutt'oggi non è stato possibile definire il contratto con la ditta aggiudicataria, causa ritardo allaccio Enel, indipendente dalla volontà di quest'Ente”*.

In data 28 aprile 2004 la ricorrente, per il tramite del suo procuratore, ha invitato e diffidato il Comune di Botricello a stipulare il contratto derivante dall'aggiudicazione del bando di gara, assegnando all'amministrazione il termine di trenta giorni.

In risposta a detto atto di messa in mora il Comune ha respinto ogni addebito con nota in data 14 maggio 2004, facendo altresì presente che era la ricorrente a non aver ottemperato agli obblighi prescritti all'articolo 38 del bando di gara, e ciò per non aver presentato i documenti previsti entro il termine di 120 giorni dall'aggiudicazione, senza peraltro aver richiesto una proroga del termine stesso.

Con successiva nota del 23 settembre 2004 la ricorrente ha diffidato il Comune alla consegna immediata del Palazzetto dello Sport, dando la piena disponibilità a fornire la documentazione mancante.

E' quindi intervenuta la nota in data 6 dicembre 2004 con cui è stato comunicato alla ricorrente che, con delibera n. 59 del 23 novembre 2004, la Giunta municipale aveva deliberato la decadenza dal diritto alla stipula del contratto per inadempienza della ricorrente medesima agli obblighi previsto dal capitolato speciale.

Sulla scorta di quanto sopra ricostruito, la ricorrente ha citato il Comune di Botricello in giudizio innanzi all'A.G.O. per veder accertato il suo diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata consegna del Palazzetto e veder ordinato al detto Comune di adempiere l'obbligo contrattuale di consegna del Palazzetto dello Sport.

Con sentenza n. 184/2007 del 5 marzo 2007 il Tribunale di Catanzaro dichiarava il difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo.

Di qui la riassunzione del giudizio innanzi a questo Tribunale per veder accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere risarcita da tutti i danni derivanti dalla mancata consegna del Palazzetto dello Sport e per ordinare al Comune di Botricello l'adempimento dell'obbligo contrattuale di consegna del Palazzetto dello Sport.

Si è costituito in giudizio il Comune di Botricello, preliminarmente affermando la inammissibilità del proposto ricorso, e comunque affermandone la infondatezza nel merito.

Alla pubblica udienza del 22 aprile 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Eccepisce la resistente Amministrazione la inammissibilità del ricorso e delle pretese con esso avanzate in ragione della omessa impugnazione del provvedimento lesivo della posizione giuridica della ricorrente, e cioè della delibera

di Giunta municipale n. 59 del 23 novembre 2004 con cui la stessa ricorrente è stata dichiarata decaduta dal diritto di stipula del contratto.

L'eccezione non è fondata ed il ricorso deve, pertanto, essere esaminato nel merito.

La questione connessa alla esposta eccezione è quella, ben nota, della risarcibilità degli interessi legittimi e delle relative condizioni, problema che, a partire dalla sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 500 del 1999, è stato oggetto di elaborazione da parte della giurisprudenza, anche della Corte Costituzionale. Sul punto meritano di essere qui richiamati alcuni passaggi dell'ordinanza della VI Sezione del Consiglio di Stato 21 aprile 2009 n. 2436 che ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione dell'ammissibilità di un autonomo ricorso volto all'accertamento del danno proposto, come nella specie, in difetto della previa impugnazione dell'atto lesivo.

Nella citata ordinanza, comunque favorevole alla tesi della pregiudiziale, si legge che *"...a favore della tesi dell'autonomia delle due azioni si è pronunciata la Cassazione a Sezioni unite che, con ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 rese in sede di regolamento di giurisdizione, ha affermato che la domanda di risarcimento può essere proposta al giudice amministrativo anche in difetto del previo annullamento dell'atto lesivo, e che ove il giudice respingesse o dichiarasse inammissibile la domanda a causa del mancato previo annullamento dell'atto incorrerebbe in un diniego della propria giurisdizione, sindacabile da parte della Corte di cassazione. Siffatta conclusione è stata ribadita, da ultimo, con la sentenza delle Sezioni unite n. 30254 del 23 dicembre 2008, resa su ricorso proposto avverso la sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 12 del 2007, e che ha pronunciato il seguente principio di diritto: "Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi*

*legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento....."* Ancora nella citata ordinanza si rileva come anche *"il Consiglio di giustizia amministrativa della Sicilia ha sposato la tesi delle Sezioni unite, già precedentemente condivisa ( sent. 16 settembre 2008, n. 762)"* e che *"alcuni Tar....hanno risolto la questione sul piano della colpa del danneggiato che non ha tempestivamente proposto la domanda di annullamento e, quindi, hanno respinto in tutto o in parte la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 1227, co. 2., cod.civ."*. Invero la stessa VI Sezione, pur aderendo all'orientamento della cd. pregiudiziale amministrativa ha apportato, con recenti pronunce, ulteriori puntualizzazioni in relazione all'avviso della Corte di cassazione. È stato così riaffermato (sent. 3 febbraio 2009, n. 578) che l'irricevibilità dell'azione di annullamento conduce alla reiezione della domanda di risarcimento del danno, ritenendosi che l'applicazione del principio della pregiudiziale non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento (Cons. Stato, VI, 19 giugno 2008 n. 3059).

Secondo questa tesi, la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato o tardivamente impugnato è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno impedisce che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato.

Ciò premesso, il Collegio ritiene di condividere la tesi per cui il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito o in via impugnatoria per ottenerne la demolizione o in via risarcitoria per ottenere il risarcimento del danno e la facoltà di scelta del secondo strumento non è subordinata al presupposto che l'illegittimità dell'atto di cui trattasi debba essere stata richiesta e dichiarata in sede di annullamento, senza la necessaria pregiudiziale impugnazione dell'atto lesivo e, quindi, anche in carenza del previo annullamento

giurisdizionale dell'atto (cfr., da ultimo, Cons.giust.amm. Sicilia , sez. giurisd., 14 dicembre 2009 , n. 1188).

Il che non leva che l'accertamento del diritto al risarcimento del danno passa per l'accertamento (in via incidentale) della illegittimità dell'atto e con esso per l'acclaramento delle altre condizioni prescritte per la risarcibilità del danno conseguente ad illegittima azione amministrativa, segnatamente la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa e la verifica della ricorrenza del rapporto causa/effetto.

La domanda di risarcimento del danno è dunque ammissibile e tuttavia infondata.

L'infondatezza consegue alla valutazione dell'operato della resistente amministrazione in termini di legittimità.

Nella presente controversia, la mancata stipula del contratto consegue ad un dato oggettivo: la mancata produzione da parte della ricorrente, nella qualità di aggiudicataria della gara di cui trattasi, della prescritta (ed invero richiesta) documentazione, necessaria appunto per la detta stipula. La produzione dei documenti in questione era prevista nello stesso capitolato d'appalto, segnatamente all'art. 38 ed avrebbe dovuto essere quindi adempimento necessario e tuttavia naturale da compiersi a cura dell'aggiudicataria, appunto perché prescritto direttamente dalla stessa lex specialis di gara. Peraltro, con nota del 14 maggio 2004, il Comune di Botricello ha contestato alla ricorrente proprio la detta omissione di produzione documentale, per infine pervenire a dichiarare la decadenza della ricorrente stessa dalla stipula del contratto con la (legittima) delibera di Giunta del 23 novembre 2004. Del resto, solo con nota del 23 settembre 2004 la ricorrente aveva reso piena disponibilità a fornire la documentazione mancante, senza tuttavia produrla.

Giova sul punto ricordare che l'ultima parte del ricordato art. 38, prescrive proprio che” *trascorso inutilmente tale termine è in facoltà dell'Amministrazione dichiarare la decadenza*



*dall'aggiudicazione. In tal caso l'aggiudicazione sarà effettuata a favore della ditta seconda classificata'.*

La acclarata legittimità dell'operato del Comune di Botricello rende quindi infondata la pretesa risarcitoria dedotta con il presente ricorso e così pure, per evidenti ragioni di coerenza logica, la pretesa di veder ordinato al citato Comune la consegna del Palazzetto dello Sport. La ricorrente, peraltro, costruisce detta ultima richiesta quale modalità concreta di realizzazione di un asserito obbligo contrattuale inadempito dal Comune. E' agevole rilevare come prima della stipula del contratto alcun obbligo contrattuale possa essere configurato a carico della stazione appaltante come, del resto, a carico dell'aggiudicatario, pur definitivo. Infatti, il procedimento pubblicistico di selezione del concessionario si conclude con l'aggiudicazione e la stipula del contratto (cfr. T.A.R. Bari, I Sezione, 7 maggio 2008 n. 1093).

In conclusione, ribadite le svolte considerazioni, il Collegio respinge il ricorso in esame poiché infondato.

Sussistono tuttavia giuste ragioni per compensare integralmente fra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sede di Catanzaro, Prima Sezione respinge il ricorso di cui in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere

Anna Corrado, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2010

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

IL SEGRETARIO