



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 930 del 2015, proposto dalla (omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Anzisi, con domicilio eletto presso lo studio Perrotta-Casagrande Studio Legale in Roma, via della Giuliana, n. 32

contro

Comune di Casoria, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio
per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 2906/2014

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 il Cons. Giovanni Grasso e udito per l'appellante l'avvocato Gianfranco D'Angelo, in dichiarata delega dell'avvocato Anzisi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1.- Con sentenza n. 813 del 16 febbraio 2009, definitivamente confermata in seconde cure da Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2011, n. 4452, venivano annullate dal T.A.R. per la Campania – Napoli le determinazioni dirigenziali nn. 124 e 1489 del 7 novembre 2007, con cui il Comune di Casoria aveva affidato direttamente a Poste Italiane s.p.a. il servizio triennale di elaborazione informatica e notificazione dei verbali relativi alle sanzioni amministrative previste dal codice della strada.

Il giudizio era stato promosso dalla (omissis), odierna appellante e precedente gestore del servizio, che aveva contestato l'affidamento diretto, lamentando la mancata indizione di una procedura ad evidenza pubblica che le avrebbe dato l'opportunità di proseguire nell'attività.

Con distinto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo partenopeo, la (omissis) invocava il risarcimento dei danni subiti, all'uopo evidenziando che, decorso il triennio 2008/2011, non sarebbe stato più possibile assicurare la possibilità di ottenere l'affidamento mediante l'indizione di una gara. Segnatamente, ancorava la domanda risarcitoria alla valorizzata perdita di *chances*, prospetticamente parametrando l'entità del danno all'utile percepito da (omissis) per il triennio di svolgimento del servizio, pari ad € 138.600, oltre al lucro cessante nella misura del 10%, alle spese sostenute per affrontare i due gradi di giudizio - nella misura di €7.500,00 – ed ancora al danno per lesione dell'immagine professionale.

2.- Con la sentenza epigrafata, resa nel rituale contraddittorio delle parti, il primo giudice ha, per quanto di ritenuta ragione, accolto il ricorso, peraltro:

a) disconoscendo la auspicata parametrizzazione del danno al valore del contratto oggetto di aggiudicazione diretta (trattandosi, in realtà, di “*illegittimo ricorso a*

trattativa privata”, per il quale, per comune intendimento, “*non [era] possibile una valutazione prognostica e virtuale sull’esito di una procedura comparativa mai svolta*”;

b) negando la ristorabilità *sub specie damni* delle spese sostenute per la promozione della lite;

c) ritenendo insussistente il ventilato danno all’immagine;

d) ancorando la quantificazione, in via dichiaratamente equitativa, all’utile conseguito dalla stessa appellante nel periodo antecedente all’illegittimo affidamento diretto, nella misura del 2% dell’importo complessivamente erogato.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, la società impugna la ridetta statuizione, argomentandone – in relazione al disconoscimento e/o al ridimensionamento delle rivendicate poste risarcitorie – l’erroneità e l’ingiustizia e dolendosi, altresì, della disposta compensazione delle spese e competenze di lite.

4.- Benché ritualmente intimato, il Comune di Casoria non si è costituito in giudizio.

Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2018, sulle reiterate conclusioni di parte appellante, al causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L’appello è infondato e merita di essere respinto.

Non essendo, naturalmente, in contestazione l’an della azionata pretesa risarcitoria (in ordine al quale, anche in considerazione del difetto di appello incidentale, deve ritenersi formato il giudicato), la controversia attiene esclusivamente alla quantificazione del pregiudizio, correlato alla illegittima determinazione, assunta dal Comune di Casoria, di sottrarre al confronto concorrenziale la commessa per cui è causa, ledendo, per un verso, le potenziali aspettative dell’appellante, quale operatore di settore, alla relativa ed eventuale aggiudicazione e, per altro altro

verso, pregiudicandone la posizione economica, correlata alla qualità di gestore uscente, che avrebbe – come tale – verisimilmente protratto l'attività negoziale, ove l'Amministrazione non avesse optato per l'illegittimo affidamento diretto a gestore terzo.

2.- Ciò posto, deve preliminarmente riconoscersi la piena correttezza della sentenza impugnata, nella parte in cui ha disconosciuto la possibilità di liquidare, a titolo di risarcimento danni, le spese sostenute per la proposizione della lite.

Invero, per comune intendimento, le spese processuali (a differenze di quelle stragiudiziali: cfr. Cass. SS.UU, 10 luglio 2017, n. 16990) non rappresentano una posta di danno emergente, ma trovano ristoro all'interno del processo, mercé la relativa liquidazione da parte del giudice.

Ciò in quanto la difesa in giudizio non rappresenta, come tale, un illecito (il che confliggerebbe con il principio di cui all'art 24 Cost.), ed in correlazione alla regola che ne affida la relativa regolazione, in via esclusiva, al giudice che definisce il giudizio nel cui ambito quelle spese sono state sostenute: la condanna sulle spese è, invero, pronuncia consequenziale ad accessoria alla definizione del giudizio, ammissibile nei soli rapporti tra soggetti titolari di un rapporto processuale.

3.- Ciò posto, il primo giudice si è pienamente attenuto, nella definizione della controversia, al principio per cui, in materia di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo ricorso alla trattativa privata, proprio perché non c'è stata gara non è possibile una valutazione prognostica e virtuale sull'esito di una procedura comparativa mai svolta. Non è possibile prevedere, in particolare, quali e quante offerte sarebbero state presentate, quale offerta avrebbe presentato l'impresa che chiede il risarcimento, e se tale offerta sarebbe stata, o meno, vittoriosa.

Per tal via, quando ad un operatore è preclusa *in radice* la partecipazione ad una gara (di tal che non sia possibile dimostrare, *ex post*, né la certezza della sua vittoria, né la certezza della non vittoria), la sola situazione soggettiva tutelabile è la *chance*, e

cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole (cfr. Cons. Stato, sez. V 2 novembre 2011 n. 5837; Id., sez. V, 18 aprile 2012 n. 2256).

Pertanto, non può trovare accoglimento la domanda della società ricorrente che, muovendo dall'idea di un danno per mancata aggiudicazione, ha calcolato il valore economico del pregiudizio sulla base del fatturato di (omissis) per il servizio espletato.

In tali situazioni, si è talora ritenuto (cfr., per esempio, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 4 luglio 2006, n. 859) di utilizzare il criterio per cui il *quantum* del risarcimento per equivalente vada determinato ipotizzando, in via di medie e di presunzioni, quale sarebbe stato il numero di partecipanti alla gara se gara vi fosse stata (sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente) e dividendo l'utile d'impresa (quantificato in via forfettaria) per il numero di partecipanti: il quoziente ottenuto costituendo, in tale prospettiva, la misura del danno risarcibile.

Nondimeno, nel caso di specie, la mancata allegazione di dati utilizzabili allo scopo (che – giusta i principi generali in tema di onere della prova – gravava sulla parte danneggiata), ha reso inutilizzabile il criterio e necessario (cfr. art. 1226) il ricorso alla logica equitativa.

Appare, in effetti, corretto, nella concreta situazione esaminata, ancorare il pregiudizio subito dalla appellante alla impossibilità (riconnessa alla illegittima scelta di procedere alla scelta di un altro contraente) di continuare, quale gestore uscente, il servizio in corso di erogazione: e ciò in quanto – in assenza di ogni elemento idoneo a prefigurare le ipotetiche condizioni di un eventuale confronto concorrenziale, ormai precluso – la condotta serbata dall'Amministrazione si è, di fatto, risolta, nella sottrazione dell'utile derivante dalla continuazione del rapporto in essere.

Va perciò condivisa la scelta di liquidare il danno, nella congrua misura del 2% dell'importo erogato dal Comune di Casoria alla (omissis) nell'ultimo triennio precedente l'affidamento in favore di (omissis), trattandosi dello stesso servizio e di condizioni economiche sostanzialmente analoghe a quelle in precedenza applicate dalla stessa ricorrente.

4.- Non compete, per contro, il danno all'immagine (anche inteso come posta di un ventilato danno curriculare), posto che lo stesso postula l'illegittima conduzione di una procedura evidenziale ispirata a logiche anticoncorrenziali, come tali idonee a pregiudicare le *chances* di *aggiudicazione* del contratto da parte dell'operatore di settore. Come vale ripetere, nella specie il danno subito dall'appellante può essere ragionevolmente ancorato solo alla perdita degli utili correlati alla prospettiva continuazione, per il periodo residuo considerato, dei rapporti in essere.

5.- La scelta del primo giudice di disporre la compensazione delle spese di lite non appare arbitraria, stante la parziale reiezione delle pretese, nei termini azionati in prime cure: legittimandosi, di là da ogni altro rilievo, la valorizzazione della logica della soccombenza parziale.

6.- Nulla deve disporsi per le spese della presente fase processuale, in assenza di costituzione di parte intimata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Raffaele Prospero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO