

Gara d'appalto illegittima e risarcimento da violazione di interesse legittimo
TAR Catania, sentenza 20.08.2004 n. 2265 ([Emanuela Tiramani](#))

Il Tar Catania, nell'annullare gli atti relativi ad una gara ufficiosa per l'appalto del servizio di trasporto studenti, condanna l'ente locale al risarcimento dei danni derivanti da lesione di interesse legittimo.

Con la sentenza n. 2265 del 20.08.04, Il Tar si sofferma sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione derivante dalla emanazione di atti illegittimi, come maturata dall'evoluzione giurisprudenziale.

Dall'iniziale inquadramento come responsabilità extracontrattuale o aquiliana operata dalle SS.UU. della Corte di Cassazione con la sent. n. 500 del 1999, la giurisprudenza amministrativa ha ulteriormente articolato tale responsabilità, distinguendo una responsabilità "da contatto" (cfr. Cons. Stato sez. V sent. n. 4239/2001, Corte di Cassazione sent. n. 10.01.03 n. 157) e una responsabilità "mista o trasversale".

La responsabilità da *contatto* riecheggia la responsabilità contrattuale: si riferisce al doveroso comportamento del soggetto pubblico nei confronti delle specifiche regole che ne disciplinano il potere, comportamento collegato all'affidamento del privato in ordine alla positiva conclusione del procedimento amministrativo. Da tale inquadramento derivano dei "corollari applicativi in ordine alla disciplina concretamente applicabile, con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile, all'onere della prova dell'imputazione soggettiva. Infatti, nell'ambito della responsabilità contrattuale, spetta al debitore provare che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile (c.d. presunzione di colpa: art. 1218 C.c.)."

Nella responsabilità *mista o trasversale* il contatto tra privato e pubblica amministrazione si qualifica come situazione giuridica relativa *sui generis*, non rientrante nello schema dell'art. 2043 c.c., ed assimilabile alla responsabilità precontrattuale o a quella per inadempimento delle obbligazioni.

Mentre la responsabilità aquiliana si riferisce alla configurabilità di interesse legittimo di tipo "oppositivo", le altre due ipotesi si ricollegano all'interesse legittimo di tipo "pretensivo".

Nel caso di specie, il collegio ha ritenuto che la fattispecie concreta rientrasse nella ipotesi della responsabilità aquiliana o extracontrattuale, facendo propria l'impostazione del Tar Catanzaro, II, n. 222/04, secondo il quale l'intervento (lesivo) della p.a. agisce *ab externo* "rispetto alla posizione soggettiva dell'interessato, colpendo o ponendo in pericolo non le aspettative di quest'ultimo bensì la pretesa, tutelata dal diritto, di non essere impedito nella libera esplicazione delle potenzialità connesse e legittimate dal preesistente atto autoritativo ampliativo ovvero dal titolo giuridico già posseduto ovvero di non veder irrimediabilmente compromessa quella situazione di vantaggio".

Il ricorrente, infatti, difende una posizione di vantaggio, configurando la lesione di un interesse oppositivo alla conservazione del beneficio acquisito, derivantegli direttamente da disposizioni di legge (L.R. Siciliana n. 23/1974), che impongono all'amministrazione di assicurare il servizio di trasporto gratuito degli studenti pendolari utilizzando i servizi di linea già esistenti.

(Altalex, 22 ottobre 2004. Nota a cura della [dott.ssa Emanuela Tiramani](#))

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania -
Sezione Seconda - nelle persone dei magistrati

dott. VINCENZO ZINGALES - Presidente

dott. ROSALIA MESSINA - Componente, rel. est.

dott. FRANCESCO BRUNO - Componente

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

su:

ricorso n. 2002/03 R.G.;

ricorrente: AZIENDA SICILIANA TRASPORTI - A.S.T., in persona del legale rappresentante *p.t.*, commissario straordinario ing. Dario Lo Bosco (difensore l'avv. Gabriella Plaja, domiciliataria in Catania l'avv. Alessandra Marino);

resistente: COMUNE DI BUCCHERI, in persona del legale rappresentante *p.t.*, (difensore l'avv. Antonio Angelico, domiciliato *ex lege* in Segreteria);

controinteressati intimati: DITTA RIBERA BUS DI RIBERA FRANCESCO DI BUCCHERI e DITTA NOLEGGIO BUS DI REALE GIUSEPPE DI BUCCHERI, non costituite;

oggetto: annullamento, previa sospensione, della deliberazione della Giunta municipale del Comune di Buccheri 13/02/03 n. 16, consegnata in copia alla ricorrente Azienda il 13/03/03, di autorizzazione al Capo Area Affari legali all'espletamento di procedure necessarie per il servizio di trasporto studenti pendolari relativamente alle tratte Buccheri - Palazzolo e Buccheri - Lentini e viceversa, fino al 31/12/05; delle note 04/03/03 nn. prot. 1847 e 1848 inviate all'Agenzia A.S.T. di Siracusa a mezzo raccomandata del servizio postale 06/03/03 e ricevuta il successivo 07/03/03, di invito a gara ufficiosa per l'aggiudicazione, mediante trattativa privata, della fornitura del servizio di trasporto studenti pendolari per le tratte Buccheri - Lentini e viceversa e Buccheri - Palazzolo Acreide e viceversa dalla data di affidamento al 31/12/05 (*ricorso originario*);

ed inoltre, annullamento, previa sospensione: del verbale di gara 20/03/03 di aggiudicazione del servizio alla ditta Ribera Bus di Ribera Francesco di Buccheri per la tratta Buccheri - Palazzolo Acreide e viceversa, e del verbale di gara in pari data di aggiudicazione del servizio, per la tratta Buccheri - Lentini e viceversa, alla ditta Noleggio Bus di Reale Giuseppe di Buccheri; della determinazione 25/03/03 n. 27, prot. n. 2481, del Capo Area Affari generali del Comune di Buccheri, di presa d'atto delle risultanze di gara del trasporto studenti pendolari per la tratta Buccheri - Palazzolo Acreide; della determinazione 25/03/03 n. 27 (28A), prot. n. 2482, del Capo Area Affari generali del Comune di Buccheri, di presa d'atto delle risultanze di gara del trasporto studenti pendolari per la tratta Buccheri - Lentini; dei relativi contratti di affidamento, stipulati tra il Comune e le ditte aggiudicatrici sopra indicate, in data 24 aprile 2004, rispettivamente repertorio n. 3039 e n. 3040; risarcimento del danno costituito dal mancato introito relativo agli abbonamenti oggetto di controversia (*motivi aggiunti*);

Visto il ricorso con i relativi allegati, ed i motivi aggiunti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore la dott. Rosalia Messina;

Uditi, alla udienza pubblica del 9 giugno 2004, i difensori delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto ed in diritto, quanto segue

FATTO E DIRITTO

1. Premesse di fatto.

Con il ricorso in epigrafe, e con i motivi ad esso aggiunti, sono stati impugnati dall'Azienda siciliana trasporti - A.S.T. gli atti relativi alle gare indette dal Comune di Buccheri per l'affidamento del servizio di trasporto gratuito degli studenti pendolari, inclusi gli atti di affidamento di detto servizio alle ditte controinteressate Ribera Bus di Ribera Francesco, e Noleggio Bus di Reale Giuseppe, per le tratte, rispettivamente, Buccheri - Lentini e viceversa, e Buccheri - Palazzolo Acreide e viceversa.

Per l'affidamento del su descritto servizio di trasporto, che in passato e fino al mese di Aprile 2003 era stato espletato dalla ricorrente Azienda, il Comune di Buccheri deliberava (del. di G.m. 13/02/03 n. 16) di indire gare ufficiose da espletare il 20/03/03, ed invitava alla partecipazione la stessa Azienda.

In data 17/03/03 questa diffidava mediante atto stragiudiziale il predetto Comune affinché annullasse o revocasse in autotutela la procedura di selezione dei contraenti.

Ne seguiva l'impugnata nota 24/04/03 n. 3480, con la quale il Comune ingiungeva all'Azienda di non emettere abbonamenti per studenti pendolari nei mesi successivi.

Insorgeva l'Azienda con il ricorso in epigrafe, deducendo le censure di seguito indicate:

1. Violazione di legge per mancata e/o falsa applicazione dell'art. 1 L.r. n. 24/1973, come mod. dall'art. 9 L.r. n. 14/2002 e dall'art. 139, comma 60 e 61 L.r. n. 4/2003 (finanziaria reg.); violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.); omessa e/o insufficiente motivazione; violazione dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità di cui all'art. 1 L. n. 241/1990; violazione del principio del giusto procedimento di cui all'art. 3 della L. n. 241/1990, in quanto la normativa vigente garantisce il trasporto gratuito degli studenti pendolari attraverso il rilascio di abbonamenti a servizi pubblici di linea ovvero, su richiesta motivata, degli interessati, mediante altri mezzi gestiti direttamente dal Comune o mediante servizio affidato a terzi, e, nella fattispecie, non ricorrerebbe alcuno dei presupposti per la deroga all'utilizzazione dei servizi pubblici di linea;
2. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti; violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.); omessa e/o insufficiente motivazione; violazione dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità di cui all'art. 1 L. n. 241/1990; violazione del principio del giusto procedimento di cui all'art. 3 della L. n. 241/1990, in quanto il servizio di trasporto gratuito degli studenti è già garantito dalla ricorrente Azienda in forza di concessione ex D.A. 07/11/97 n. 485/2TR.

Il Comune di Buccheri si costituiva in resistenza, innanzitutto sollevando due eccezioni (di irricevibilità del ricorso per decorrenza del termine decadenziale di impugnativa e di inammissibilità del ricorso

stesso per omessa notificazione ai controinteressati, aggiudicatari delle gare ufficiose espletate), ed in secondo luogo contestando la fondatezza delle censure dedotte dall'Azienda ricorrente.

Con memoria la ricorrente sosteneva l'infondatezza delle predette eccezioni, sottolineando la tempestività del ricorso ai sensi della ben nota pronuncia della Corte costituzionale (n. 477/2002) secondo la quale la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data della consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario; applicando detti principi al caso di specie, la data della notificazione è da considerare il 05/05/03 (data, appunto, della consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario), notificazione che risulta tempestiva rispetto alla data di ricezione delle note impugnate (07/03/03).

Inoltre l'Azienda, al fine di sostenere l'ammissibilità del gravame, richiamava l'art. 21 L. T.a.r. e la nozione tecnica di controinteressati ivi delineata, alla luce della quale le ditte aggiudicatrici delle gare oggetto di controversia non sarebbero state qualificabili come controinteressate al momento della proposizione del ricorso; avendo l'Azienda interesse all'annullamento ed alla sospensione, in radice, delle gare in sé considerate, era insorta avverso gli atti di indizione delle procedure di selezione, con iniziativa giurisdizionale, quindi, anteriore all'espletamento ed alla aggiudicazione di esse.

L'Azienda faceva presente di avere comunque fatto istanza di accesso agli atti di aggiudicazione provvisoria, ai fini di impugnativa con motivi aggiunti; questi ultimi - notificati anche alle ditte ditta Ribera Bus di Ribera Francesco di Buccheri e ditta Noleggio Bus di Reale Giuseppe di Buccheri - venivano in effetti depositati in data 18 luglio 2003.

Con detti motivi aggiunti l'Azienda impugnava gli atti meglio in epigrafe specificati, tanto in via autonoma quanto in via derivata (pag. 7 dei motivi aggiunti).

Oltre a riprodurre le doglianze (già sopra esposte) di cui al ricorso originario (motivi primo e terzo dell'atto di motivi aggiunti), l'Azienda deduceva, altresì, violazione di legge per mancata e/o falsa applicazione della L. n. 1822/1939; violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.); omessa e/o insufficiente motivazione; violazione dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità di cui all'art. 1 L. n. 241/1990; violazione del principio del giusto procedimento di cui all'art. 3 della L. n. 241/1990, rilevando che:

- in assenza di una riforma del trasporto pubblico locale nella Regione siciliana è ancora in vigore il sistema delle concessioni di cui alla citata legge statale n. 1822/1939;
- che, ove il Comune di Buccheri avesse ritenuto di dover fare applicazione di tale disciplina generale, anziché di quella speciale di cui alla L.r. n. 24/1973, sarebbe comunque incorso nella violazione della citata legge del 1939 (segnatamente, degli artt. 1 e 5), non avendo tenuto conto dei diritti di preferenza del concessionario di autoservizio finitimo.

La ricorrente chiedeva anche il risarcimento del danno consistente nella perdita degli abbonamenti dal mese di maggio 2003 al 31 dicembre 2005 (data di scadenza dei contratti con le ditte controinteressate).

Il Comune di Buccheri eccepiva l'irricevibilità dei motivi aggiunti, sostenendo che l'Azienda, non avendo partecipato alle gare, non era da annoverare fra i destinatari diretti degli atti impugnati, ma solo soggetto terzo rispetto ad essi, con la conseguenza che nei suoi confronti il termine decadenziale di impugnativa decorreva dalla pubblicazione degli atti all'Albo pretorio.

Nel merito, rilevava il Comune di non ricevere più finanziamenti regionali per assicurare il trasporto gratuito agli studenti pendolari, e quindi di poter legittimamente disporre gare per un servizio il cui costo grava sul solo bilancio comunale.

Con ordinanza cautelare n. 1687/2003 questa sezione accoglieva l'istanza di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso e con i motivi ad esso aggiunti, ritenendo sussistere il prescritto *fumus* ai sensi dell'art. 1, terzo comma, L.r. n. 24/1973; fissava altresì l'udienza pubblica del 9 giugno 2004 per la trattazione della causa nel merito.

Con successive memorie le parti hanno illustrato ulteriormente le proprie difese.

Parte ricorrente ha reso innanzitutto noto che la decisione cautelare aveva avuto esecuzione.

Ha inoltre richiamato, a conferma delle proprie tesi, la recente Circolare (in atti) dell'Assessore ai Beni culturali e ambientali ed all'Istruzione pubblica, 08/10/2003, n. 16, applicativa della L.r. n. 24/1973 e successive modificazioni. In particolare, la difesa dell'Azienda ha contestato le affermazioni di controparte relative alla spesa per il servizio di trasporto gratuito degli studenti pendolari, sostenendone l'inconducenza: una cosa sarebbe il finanziamento regionale richiamato da parte resistente (onere aggiuntivo che l'art. 13 L.r. n. 8/2000 - finanziaria regionale per l'anno 2000 - poneva a carico dell'Assessorato regionale Enti locali sul fondo speciale allo stesso assegnato per gli interventi a sostegno delle autonomie locali per ciascuno degli anni 2000, 2001, 2002), altra cosa è l'onere relativo all'applicazione della più volte citata L.r. n. 24/1973, dalla stessa posto a carico dell'Assessorato regionale Beni culturali ed ambientali ed istruzione pubblica.

Dal canto suo, il Comune di Buccheri ribadiva l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti, e negava la pertinenza del dato normativo su cui si incentrano le difese di parte ricorrente, cioè l'art. 1 L. r. n. 24/1973, asserendo la mancanza di ogni attinenza del servizio di trasporto gratuito degli alunni pendolari istituito dal Comune con il normale servizio di autolinea garantito dall'A.S.T. indiscriminatamente a tutti gli utenti.

2. Esame delle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità sollevate dal Comune resistente.

L'eccezione di irricevibilità del ricorso originario è infondata, come per altro esattamente rilevato da parte ricorrente, atteso che il ricorso stesso è stato consegnato all'ufficiale giudiziario il sessantesimo giorno decorrente dalla ricezione, da parte dell'Azienda, delle note impugnate.

Parimenti infondata è l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti, atteso che l'A.S.T., in qualità di soggetto che in precedenza svolgeva il servizio, era - contrariamente a quanto sostenuto da parte resistente - destinataria di effettivi negativi rivenienti dall'aggiudicazione del servizio stesso ad altri soggetti; pertanto, l'aggiudicazione doveva esserle comunicata individualmente. Né in contrario rileva la circostanza, invocata da parte resistente, della mancata partecipazione dell'Azienda alla selezione, cui era stata invitata; infatti, l'Azienda aveva reso noto al Comune che intendeva contestare e contrastare l'iniziativa di procedere ad affidamento del servizio mediante espletamento delle gare indette, tanto è vero che in data 17/03/03 aveva diffidato con atto stragiudiziale il predetto Comune affinché le annullasse o le revocasse in autotutela.

Vale infine la pena di osservare che nessun apprezzabile interesse a sollevare l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti diretti avverso l'aggiudicazione alle imprese controinteressate sussiste in capo alla resistente amministrazione, atteso che, anche in assenza di impugnativa specifica ed autonoma, gli atti di aggiudicazione (per di più provvisoria) in caso di accoglimento del ricorso originario, avente ad oggetto il bando (ovvero l'invito a partecipare alla gara), resterebbero necessariamente travolti per il venir meno dell'atto di indizione della gara.

3. Esame del ricorso e dei motivi aggiunti nel merito.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Come già ritenuto in sede di sommaria deliberazione ai fini dell'erogazione della tutela cautelare (ord. n. 1687/2003), la normativa applicabile alla fattispecie è chiara, ed è favorevole alle tesi sostenute dall'Azienda ricorrente.

L'art. 1 della L.r. n. 24/1973 recita infatti:

"1. La Regione siciliana garantisce attraverso i Comuni il trasporto gratuito agli alunni della scuola dell'obbligo e delle scuole medie superiori residenti nel comune, o frazione diversa dello stesso Comune che si recano presso altro Comune, o frazione diversa dello stesso Comune, per frequentare scuole pubbliche statali o paritarie, qualora non esista nel Comune di residenza, o frazione dello stesso, la corrispondente scuola pubblica. Ai fini dell'applicazione del presente articolo sono assimilati alle frazioni le borgate e gli agglomerati urbani e rurali. ... 3. Il Sindaco, sulla base delle certificazioni attestanti la frequenza scolastica, assicura agli alunni il trasporto gratuito attraverso il rilascio di abbonamenti a servizi pubblici di linea o, su richiesta motivata degli interessati, mediante altri mezzi gestiti direttamente dal Comune o mediante servizio affidato a terzi."

Come si vede, è compito regionale assicurare il trasporto gratuito degli studenti pendolari; sono poi i Comuni a dovere in concreto disporre per le singole realtà locali, ed il modo principale e normale di assicurare il servizio è quello di fornire agli studenti abbonamenti ai servizi pubblici di linea; gli altri sistemi (gestione diretta del servizio da parte del Comune, affidamento a terzi) sono descritti come deroghe residuali ed eccezionali, anzi, più precisamente, come mezzi sostitutivi del servizio pubblico subordinati a motivate richieste degli interessati che nella fattispecie non sono state invocate dal Comune resistente.

Le contestazioni che svolge parte resistente sul piano dell'individuazione delle norme applicabili e della interpretazione di esse non possono essere condivise.

Fuorviante è il richiamo alla normativa (art. 13 L.r. n. 8/2000 - finanziaria regionale per l'anno 2000) che prevedeva in via del tutto transitoria provvidenze a favore dei Comuni (a carico del fondo speciale dell'Assessorato Enti locali per gli interventi a sostegno delle autonomie locali negli anni 2000-2002), al fine di sostenere che "prima" i fondi provenivano dalla Regione (e solo per questo si applicavano le norme regionali, pare di capire) mentre "ora" è lo stesso Comune a sostenere in proprio la spesa facendo del "proprio" denaro, pertanto, quello che crede, e nel modo in cui ritiene più opportuno (come se la provenienza dei fondi influisse sull'applicabilità delle norme, regionali se i fondi sono regionali, ricavate da fonti e principi diversi se i fondi non sono regionali).

Tutto ciò, a prescindere dalla mancata indicazione di norme o principi dai quali ricavare i principi adombrati (se si è bene inteso) da parte resistente, urta contro la corretta ricostruzione del sistema normativo di settore proposta dalla ricorrente Azienda, e soprattutto contro il chiaro dettato della norma su riportata (art. 1 L.r. n. 24/1973, ed in particolare contro il comma terzo), che non risulta abrogata, e che chiaramente affida al Sindaco il compito di provvedere in concreto al trasporto gratuito degli studenti pendolari nei modi e nei termini sopra chiariti.

Riprova della sopravvivenza della normativa *de qua* è data dalla circostanza che recentemente essa è stata oggetto di modificazione da parte di due leggi regionali (n. 14/2002 e n. 4/2003); si veda anche la Circolare dell'Assessorato Beni culturali etc. 16/2003, intitolata "Legge regionale 26 maggio 1973, n. 24 'Provvedimenti per assicurare il trasporto gratuito agli alunni della scuola dell'obbligo e delle scuole medie superiori' e sue successive modificazioni ed integrazioni (nel testo aggiornato alla legge regionale n. 4/2003). Circolare applicativa".

Di rilievo, infine, la Circolare Ass. reg.le Turismo e Trasporti 19/10/1990, la quale raccomanda espressamente ai Sindaci dei Comuni siciliani di avvalersi, per il trasporto gratuito degli studenti pendolari, dei servizi pubblici esistenti, definendo questo sistema come "ordinario", mentre "eccezionale" è definito il ricorso ad altri mezzi. La Circolare chiarisce che neppure la temporanea inesistenza di servizi pubblici giustifica il ricorso a mezzi diversi da quello ordinario, *"in quanto è sempre possibile richiedere all'autorità regionale competente l'istituzione, anche sperimentale, dei servizi di linea necessari"*, come pure ritiene insufficiente l'eventuale minore costo dei vettori alternativi, *"in quanto il paragone non va fatto con metodi sbrigativi, ma tenendo anche conto che ai prezzi offerti devono corrispondere almeno le garanzie e lo standard di servizio assicurati dai pubblici servizi"*. Infine, viene fatta raccomandazione ai Sindaci di *"provvedere per tempo alla ricognizione dei servizi pubblici esistenti nella zona e di prendere gli opportuni contatti con l'Assessorato regionale Trasporti per richiedere l'istituzione di eventuali servizi integrativi"*, e di astenersi *"dall'indire qualunque gara per l'affidamento in proprio dei servizi di trasporto"*.

Risultano dunque fondate le doglianze di violazione di legge per mancata e/o falsa applicazione dell'art. 1 L.r. n. 24/1973, come mod. dall'art. 9 L.r. n. 14/2002 e dall'art. 139, comma 60 e 61 L.r. n. 4/2003 (finanziaria reg.), di violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), e di omessa e/o insufficiente motivazione, di cui al primo motivo di gravame, riprese anche nei motivi aggiunti.

Pertanto, assorbiti i profili di censura non esaminati, vanno accolti - confermandosi la soluzione seguita in sede cautelare - il ricorso originario ed i motivi ad esso aggiunti, con conseguente annullamento degli atti impugnati; vanno così annullati la lettera di invito e tutti gli atti di gara che ne sono seguiti, incluse le aggiudicazioni alle ditte controinteressate indicate in epigrafe ed i relativi contratti con esse stipulati da parte dell'amministrazione appaltante.

4. La domanda risarcitoria.

L'A.S.T. ha anche chiesto, con i motivi aggiunti, il risarcimento dei danni subiti (si ricorda, in proposito, che con il ricorso originario erano stati impugnati gli atti di indizione delle gare, e che solo con i motivi aggiunti si impugnano le aggiudicazioni alle ditte controinteressate nelle more intervenute a seguito dell'espletamento delle gare stesse).

Orbene, ritiene il collegio che, nei limiti che verranno precisati, la domanda sia fondata e meritevole di accoglimento.

Vale la pena di soffermarsi brevemente sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da emanazione di atti illegittimi.

La violazione di posizioni di interesse legittimo è stata qualificata, dalla fondamentale sentenza delle SS. uu. della Cassazione n. 500 del 1999, come responsabilità extracontrattuale o aquiliana ai sensi dell'art. 2043 C.c..

La giurisprudenza amministrativa, pur prendendo le mosse da un analogo inquadramento della responsabilità derivante dall'emanazione di atti amministrativi illegittimi, responsabilità che si descrive come *"saldamente inserita nel sistema dell'illecito delineato dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile, anche per esigenze di coerenza complessiva dell'ordinamento e di necessaria omogeneità delle tecniche di protezione giuridica degli interessi meritevoli di tutela"* (C.S., V, n. 4239/2001, espressamente adesiva all'impostazione della citata sentenza n. 500/1999 delle SS. uu., ma tuttavia già contenente aperture in altre direzioni), ha imboccato una via più articolata. Ulteriori approfondimenti della tematica portano i giudici amministrativi ad introdurre distinzioni che, inizialmente più

schematiche, nelle decisioni recenti vengono sviluppate in dettaglio. Si sostiene, in particolare, che dal rapporto amministrativo scaturisce, in alcune ipotesi, una peculiare figura di responsabilità, di difficile (ed ancora incerto e controverso) inquadramento, della quale è forse più semplice dire ciò che *non è*: non è responsabilità aquiliana, non è neppure "vera" responsabilità contrattuale. Si parla di responsabilità da "contatto sociale" tra i privati destinatari dei provvedimenti e l'amministrazione; il dovere di comportamento del soggetto pubblico (e quindi la misura della colpa) viene definita non solo in funzione delle specifiche regole che disciplinano il potere, ma anche, e soprattutto, valorizzando la progressiva emersione dell'affidamento del privato in ordine alla positiva conclusione del procedimento (C.S., sent. - già cit. - n. 4239/2001; v. anche C.S., V., n. 3796/2002).

La giurisprudenza amministrativa, in altri termini, comincia ad isolare e distinguere dalle altre le ipotesi in cui il predetto contatto sociale si atteggi, in concreto, come procedimento amministrativo ad iniziativa (istanza) privata, finalizzata ad ottenere il soddisfacimento di una pretesa; in tali ipotesi l'interesse del privato non è, necessariamente, a "soddisfazione garantita", poiché la sua attuazione risulta mediata dal procedimento amministrativo (cfr. C.S., sent. n. 4239/2001, cit.). Secondo questa lettura interpretativa il diritto al risarcimento del danno conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riconducibile al modello aquiliano di cui all'articolo 2043 C. c., ed è caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni. Dalla parziale assimilazione tra la responsabilità contrattuale e quella conseguente all'adozione di atti amministrativi illegittimi deriverebbero importanti corollari applicativi in ordine alla disciplina concretamente applicabile, con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile, all'onere della prova dell'imputazione soggettiva. Infatti, nell'ambito della responsabilità contrattuale, spetta al debitore provare che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile (c.d. presunzione di colpa: art. 1218 C.c.).

La stessa Corte di Cassazione si allontana dall'iniziale orientamento monoliticamente incentrato sulla natura aquiliana della responsabilità dell'amministrazione, osservando come *"nel dibattito sull'eterno problema del risarcimento da lesione dell'interesse legittimo s'insinua probabilmente oggi, a differenza che in passato, il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, e in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana"* (sentenza 10 gennaio 2003, n. 157). Tale decisione osserva che *"il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo la sentenza Cassazione 500/99/SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 C.c.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa"*. Da ciò deriva il corollario della risarcibilità del danno a prescindere dalla spettanza del bene della vita, posto che l'interesse al rispetto delle regole sul procedimento (partecipazione, speditezza, motivazione esaustiva) *"che costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali. Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico"* (Cass., decisione da ultimo citata).

L'orientamento appena illustrato viene ripreso e temperato dal Consiglio di Stato (VI, n. 1945/2003), che chiarisce come *"L'incertezza circa la spettanza del bene della vita, che nella concezione accolta dalla sentenza n. 500 preclude il risarcimento, perde quindi, almeno in parte, il suo originario rilievo: il danno ristorabile, infatti, non è più ricondotto alla sola perdita dell'utilità sostanziale cui il privato aspira, ma, prima ancora, all'inadempimento del rapporto che si genera in relazione all'obbligo imposto dalla norma."*, precisando, ancora, che *"non di rado, la pretesa risarcitoria, in specie quando azionata da soggetti che entrano in contatto con l'amministrazione in quanto portatori di interessi economici di rilievo, non ha ad oggetto il mero pregiudizio derivante dalla violazione dell'obbligo di comportamento"*

imposto all'amministrazione, a prescindere quindi dalla soddisfazione dell'interesse finale, ma, al contrario, proprio il pregiudizio connesso alla preclusione dall'Amministrazione frapposta alla realizzazione del bene finale anelato". In ipotesi siffatte, conclude la sent. n. 1945/2003, la ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione in termini di responsabilità derivante dalla mera violazione degli obblighi imposti a presidio dell'affidamento del privato, "meritoria laddove consente di ristorare in via equitativa il pregiudizio anche nelle ipotesi in cui non si riesca a comprovare la spettanza dell'utilità finale, non può certo condurre ad un abbattimento della portata rimediabile della tutela ristoratoria, precludendo al privato di invocare, dimostrandolo anche con riguardo al quantum, il risarcimento del danno pieno, subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita".

Senza dilungarsi ulteriormente sulle molte e complesse questioni che la problematica involge, ci si limita a riassumere lo stato del dibattito dottrinario e giurisprudenziale in materia - schematizzando al massimo per ragioni di sintesi - ed a ricordare che sono state proposte tre ricostruzioni della responsabilità della pubblica amministrazione: responsabilità da contatto (parzialmente assimilabile quella contrattuale, a fronte di interessi pretensivi); responsabilità aquiliana (a fronte di interessi oppositivi); responsabilità mista o trasversale (sempre a fronte di interessi pretensivi), caratterizzata dall'atteggiarsi del contatto fra privato e amministrazione come situazione giuridica di tipo relativo *sui generis* che esula dallo schema dell'art. 2043 C.c., e che per alcuni aspetti va assimilata alla responsabilità precontrattuale, mentre, per altri, va assimilata a quella per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente rilievo dell'elemento soggettivo, ma con inversione dell'onere della prova (sarebbe il debitore a dover fornire la prova negativa dell'elemento soggettivo): cfr., sui diversi orientamenti testé riassunti, T.a.r. Marche, n. 911/2003; T.a.r. Catanzaro, II, n. 222/2004; C.S., VI, n. 204/2003.

Nella fattispecie concreta, si potrebbero in astratto adottare due soluzioni.

Secondo una certa impostazione, la natura della responsabilità derivante dalla adozione di un atto illegittimo assume connotazioni particolari, concretamente avvicinabili all'inadempimento di una precedente obbligazione, quando l'invalidità dell'atto amministrativo impugnato deriva dal contrasto con precedenti atti regolanti i rapporti fra l'amministrazione ed il soggetto interessato. Laddove, come nel caso di specie, vi sia contrasto fra gli atti impugnati e precedenti atti amministrativi convenzionali (si vedano, in atti: il D.A. 7/11/97 n. 485/2TR, che autorizza l'A.S.T. ad aggiungere le corse scolastiche Buccheri-Lentini e Buccheri-Palazzolo Acreide al programma di esercizio dell'autolinea Catania-Siracusa; le determinazioni comunali, aventi ad oggetto il relativo servizio in favore degli studenti - 12/02/96 n. 1435; 22/11/01 n. 217/A e 7/01/03 n. 1/A/2003 - recanti i relativi impegni di spesa per gli anni 2001, 2002 e parte del 2003) la colpa dell'amministrazione consisterebbe nel vanificare ingiustificatamente l'impegno consensualmente assunto (v. la già citata sentenza del T.a.r. Marche n. 911/2003); in questo caso, si potrebbe parlare di responsabilità contrattuale, o comunque di quel *tertium genus* di responsabilità, con connotati *sui generis*, assimilabile per alcuni aspetti alla responsabilità contrattuale, e non già ad una ipotesi di responsabilità aquiliana.

Secondo un'altra impostazione (cfr.: T.a.r. Catanzaro, II, n. 222/2004, citata), nelle ipotesi in cui il privato difenda posizioni favorevoli derivanti da precedenti atti amministrativi ampliativi (nella specie, l'A.S.T. si troverebbe nella situazione ora descritta, svolgendo il servizio di trasporto gratuito degli studenti del Comune di Buccheri in applicazione della normativa regionale portata dalla L.r. n. 23/1974, e per effetto degli atti già poco sopra menzionati) si configurerebbe la lesione di un interesse oppositivo (alla conservazione del beneficio acquisito); l'intervento (lesivo) della p.a. agisce *ab externo* "rispetto alla posizione soggettiva dell'interessato, colpendo o ponendo in pericolo non le aspettative di quest'ultimo bensì la pretesa, tutelata dal diritto, di non essere impedito nella libera esplicazione delle potenzialità connesse e legittimate dal preesistente atto autoritativo ampliativo ovvero dal titolo

giuridico già posseduto ovvero di non veder irrimediabilmente compromessa quella situazione di vantaggio' (T.a.r. Catanzaro, *ibidem*).

Il collegio ritiene preferibile, nella concreta fattispecie, adottare questa seconda opzione interpretativa, tenuto anche conto del fatto che nel caso in esame non si è in presenza di un rapporto contrattuale o para-contrattuale; la posizione vantaggiosa dell'A.S.T. deriva infatti, a ben guardare, direttamente da precise disposizioni di legge che imponevano ed impongono all'amministrazione di assicurare il servizio di trasporto gratuito degli studenti pendolari utilizzando i servizi pubblici di linea e pagando i relativi abbonamenti. Tali norme devono essere applicate senza lasciare ai soggetti coinvolti margini di individuazione consensuale del contenuto degli obblighi rispettivamente ad essi facenti capo, di tal che non è dato ravvisare, nel rapporto in questione, aspetti negoziali.

Sussiste certamente la perdita economica lamentata dall'A.S.T., che ne ha altresì indirettamente documentato l'ammontare (si vedano in atti le fatture relative ai periodi di servizio svolti, dalle quali è dato desumere l'ammontare della perdita per i periodi in cui il servizio è stato sospeso per fatto imputabile al Comune di Buccheri), senza, per altro, contestazioni di parte resistente. Innegabilmente sussiste il nesso eziologico fra gli atti del Comune di Buccheri - che ha indetto le gare per l'affidamento del servizio *de quo* ed ha diffidato l'A.S.T. dal rilasciare abbonamenti agli studenti - e detta perdita. Sussiste, altresì, la colpa dell'amministrazione, destinataria di specifiche direttive ed istruzioni (v. *supra*, paragrafo precedente, nella parte in cui sono richiamate le disposizioni assessoriali applicative della L.r. n. 24/1973 e successive modificazioni) alle quali l'amministrazione comunale avrebbe dovuto attenersi, osservando il divieto, in esse chiaramente espresso, di determinarsi come si è, invece, con gli atti impugnati, determinata.

Nella fattispecie in esame, la sospensiva concessa dalla sezione ha evitato che si verificassero danni ulteriori e più gravi rispetto alla perdita degli introiti relativi agli abbonamenti per il periodo di vigenza dei contratti stipulati con le ditte controinteressate: tali somme, indicate nell'atto di motivi aggiunti (l'ultimo atto che è stato notificato alle controparti), ed ulteriormente specificate nella memoria del 2 maggio 2004, sono state richieste dall'Azienda a titolo risarcitorio.

Spettano, in conclusione, alla ricorrente Azienda, a titolo di risarcimento del danno - come da essa Azienda espressamente richiesto - le somme dalla stessa quantificate nei motivi aggiunti, limitatamente all'effettiva perdita economica e quindi limitatamente al periodo anteriore all'effettivo operare della misura cautelare di cui all'ord. n. 1687/2003 (è evidente che, dopo che il Comune si è conformato alla predetta decisione, non si sono prodotti - come già si accennava poco prima - ulteriori danni).

La richiesta di reintegrazione in forma specifica cui si accenna in ricorso è, ad avviso del collegio, impropria, posto che dall'annullamento degli atti impugnati (dall'atto iniziale della gara, la lettera-invito, fino ai contratti stipulati con le controinteressate) deriva automaticamente il definitivo consolidarsi della posizione dell'Azienda precedente alla emanazione di essi; nella specie, poi, tale posizione è stata interinalmente riacquistata già per effetto della concessione della misura cautelare (sulla necessità di non confondere la reintegrazione in forma specifica con l'effetto conformativo tipico della sentenza di annullamento, v., da ultimo, C.S., V, n. 1280/2004).

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (sez. II) - così statuisce:

1. accoglie il ricorso in epigrafe, per l'effetto annullando gli atti impugnati con il ricorso originario e con i motivi ad esso aggiunti, come precisato in motivazione;
2. accoglie la domanda di risarcimento del danno corrispondente alla perdita del corrispettivo che l'A.S.T. avrebbe conseguito per gli abbonamenti rilasciati agli studenti pendolari fruitori del servizio gratuito nel periodo anteriore alla concessione della misura cautelare di cui all'ord. n. 1687/2003 e all'effettivo conformarsi ad essa da parte del Comune di Buccheri, come precisato in motivazione;
3. pone le spese e gli onorari di giudizio - liquidati nella somma complessiva e forfettaria di euro 1.500 (millecinquecento) - a carico del resistente Comune, e li dichiara irripetibili nei confronti delle ditte controinteressate, non costituite.

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

Così deciso in Catania, in camera di consiglio, in data 9 giugno 2004.

L'estensore

F.to Rosalia Messina

Il Presidente

F.to Vincenzo Zingales

Depositata in Segreteria il 20/08/2004

(da [www](#).