

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II TER - sentenza 18 agosto 2004 n. 7763 - Pres. Scognamiglio, Est. Martino - Sipel s.r.l. (Avv.ti Oliveto e Longo) c. Comune di Ronciglione (Avv.ti Farronato e Mosillo) e Vicosystem s.r.l. (Avv. Acciari) - (accoglie il ricorso e condanna al risarcimento del danno).

1. Giustizia amministrativa - Mandato *ad litem* - Omessa indicazione nel ricorso del nome del legale rappresentante della persona giuridica che ha conferito il mandato - Nel caso in cui dagli atti di causa risulti possibile identificare il nome nonché la riferibilità ad esso della firma in calce al mandato - Non comporta inammissibilità.
2. Giustizia amministrativa - Legittimazione attiva - Nel caso di indizione di una trattativa privata - Spetta a qualsiasi ditta operante nel settore - Ragioni.
3. Giustizia amministrativa - Termine per l'impugnazione - Decorrenza - Nel caso di appalti di importo comunitario - Dalla completa realizzazione delle specifiche formalità pubblicitarie previste per la gara comunitaria, ovvero dalla diretta e piena conoscenza degli atti .
4. Giustizia amministrativa - Ricorso giurisdizionale - Notifica - Mediante il servizio postale - Efficacia - A seguito della sentenza della Corte Cost. n. 477/2002 - Dalla data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario - Onere di provare l'avvenuta notifica mediante deposito della cartolina di ricevimento - Permane.
5. Contratti della P.A. - Gara - Costituisce la regola generale - Casi in cui è possibile indire una trattativa privata - Sono da considerare eccezionali e vanno adeguatamente motivati.
6. Contratti della P.A. - Trattativa privata - Per contratto di importo inferiore alla c.d. "soglia comunitaria" - Al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalle norme di contabilità generale dello Stato di cui al R.D. n. 2440 del 1923, nonché n. 827 del 1924 - Illegittimità - Gara pubblica - Necessità - Sussiste.

1. L'omessa indicazione nell'intestazione del ricorso e nella procura *ad litem* del nome del legale rappresentante della persona giuridica che ha conferito il mandato non comporta l'inammissibilità del ricorso quando dagli atti di causa risulti possibile identificare il nome nonché la riferibilità ad esso della firma in calce al mandato (1).
2. Quando si contesta la mancata indizione di una gara viene in gioco un interesse strumentale e quindi la legittimazione attiva spetta ad una ditta che opera nel settore, dato che solo nella futura ed eventuale ipotesi di procedimento selettivo l'Amministrazione procedente potrà verificare se l'impresa possiede in concreto i requisiti per prendervi parte (2).
3. Nel settore degli appalti di valore comunitario, il termine per la notifica del ricorso (per i soggetti diversi dai diretti interessati) non decorre dalla mera pubblicazione dell'atto, ma dal diverso momento della completa realizzazione delle specifiche formalità pubblicitarie previste per la gara comunitaria, ovvero dalla diretta e piena conoscenza degli atti (3).
4. La circostanza che - a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 26 novembre 2002 n. 477 - la data di efficacia della notifica, per il notificante, coincide con la data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, non significa anche che l'interessato si possa ormai disinteressare dell'esito della notifica per posta, dato che il deposito della cartolina di ricevimento continua a costituire la prova dell'esistenza dell'avvenuta notifica, dovendosi in proposito distinguere tra perfezionamento della notifica (che si realizza per il richiedente al momento della presentazione dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario) ed esistenza della notifica (o meglio, prova della sua esistenza, che si realizza solo mediante il deposito in giudizio della cartolina di ricevimento) (4).

5. Il rispetto delle norme sull'evidenza pubblica è da intendersi regola generale, che vale anche per gli appalti pubblici sotto soglia. Ne deriva pertanto che anche per gli appalti sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da soggetti pubblici in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza del mercato unico europeo (5).

6. Nel caso di contratto della P.A. di importo inferiore alla c.d. "soglia comunitaria", deve considerarsi illegittima la presa d'atto di un'offerta prodotta da un'impresa e il conseguente affidamento dell'appalto alla stessa, a trattativa privata, effettuati tramite delibera della G.M. di rinnovo del precedente contratto, in quanto, anche nel questo caso è comunque necessario il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, e, in primo luogo, delle norme di contabilità generale dello Stato di cui al R.D. n. 2440 del 1923 nonché n. 827 del 1924 (implicitamente richiamate dall'art. 192, comma 1, lett. c., del d.lgs. n. 267/2000 - recante il testo unico sull'ordinamento degli enti locali) (1).

-----  
(1) Cass., Sez. Lav., 10 maggio 2003, n. 7168.

(2) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 1999, n. 546.

(3) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012.

(4) Cfr. Corte Cost., sent. 26-11-2002, n. 477, in questa *Rivista* pag. [http://www.lexitalia.it/corte/ccost\\_2002-477.htm](http://www.lexitalia.it/corte/ccost_2002-477.htm) con nota di G. VIRGA, *Eliminata l'alea della notifica per posta*.

(5) T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868.

(6) Ha osservato in particolare il TAR Lazio che, per i soggetti ordinariamente tenuti ad applicare la normativa nazionale e comunitaria nella scelta dell'altro contraente, il rispetto delle norme sull'evidenza pubblica è da intendersi regola generale, che vale quindi anche per gli appalti pubblici sotto soglia, come confermato sia dalla Corte di giustizia della Unione Europea, secondo la quale anche gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle procedure particolari e rigorose delle direttive, non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (in tal senso ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), che dal Consiglio di Stato, che riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica (ex artt. 33 D.L. vo n. 80 del 1998 e 6 legge n. 205 del 2000) alle società aventi i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (Cons. Stato, VI Sez., 2 marzo 2001 n. 1206), ha ritenuto la giurisdizione anche per gare di importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi, vanno comunque rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza.

Ne deriva pertanto che anche per gli appalti sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da soggetti pubblici in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza del mercato unico europeo (così in termini T.a.r. Campania, I, 20 maggio 2003, n. 5868).

Ha soggiunto che, in caso di trattativa privata c.d. "pura" vengono pure violati i principi di buon andamento e imparzialità, sanciti dall'art. 97 Cost., atteso che l'Amministrazione si preclude la possibilità di valutare una pluralità di offerte, e, conseguentemente, di affidare l'appalto all'impresa che offre, sul piano tecnico - economico, le migliori condizioni presenti sul mercato.

*Documenti correlati:*

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 10-6-2002, n. 3208, pag.  
[http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5\\_2002-06-10-2.htm](http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2002-06-10-2.htm) (è illegittima la delibera con la quale si affida un servizio pubblico mediante trattativa privata ove non siano stati indicati analiticamente i presupposti che giustificano il ricorso a tale forma eccezionale di affidamento).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 9-12-2002, n. 6764, pag.  
[http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5\\_2002-12-09-5.htm](http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2002-12-09-5.htm) (sui presupposti per l'affidamento a trattativa privata nei casi di urgenza).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 24-12-2001, n. 6383, pag.  
[http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5\\_2001-12-24.htm](http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2001-12-24.htm) (la disciplina della trattativa privata ha natura eccezionale; dopo la L. n. 109/94 non è possibile affidare lotti successivi al primo).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 18-6-2001, n. 3213, pag.  
[http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5\\_2001-3213.htm](http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2001-3213.htm) (individua i presupposti necessari per l'affidamento mediante trattativa privata della concessione di pubblici servizi, ritenendo insufficiente a tal fine il riferimento alla presunta maggiore convenienza tecnico-economica).

TAR SARDEGNA - CAGLIARI, sentenza 11-6-2003, n. 738, pag.  
[http://www.lexitalia.it/private/tar/tarsardegna\\_2003-06-11.htm](http://www.lexitalia.it/private/tar/tarsardegna_2003-06-11.htm) (sui presupposti necessari per poter procedere all'affidamento di servizi pubblici mediante trattativa privata).

TAR VENETO, SEZ. I, sentenza 13-9-2001, n. 2174, pag.  
[http://www.lexitalia.it/private/tar/tarveneto1\\_2001-09-13.htm](http://www.lexitalia.it/private/tar/tarveneto1_2001-09-13.htm) (è illegittima l'aggiudicazione mediante trattativa privata di una fornitura senza adeguata motivazione che dia conto della unicità dell'apparecchiatura da fornire).

-----

(omissis)

per l'annullamento

- della delibera della Giunta Municipale del Comune di Ronciglione n. 468 del 24 dicembre 2003, con la quale il Comune interessato ha deliberato "di prendere atto dell'offerta della soc. Vicosystem s.r.l. di aggiornamento ed ammodernamento delle procedure software prodotte dalla soc. Saga s.p.a., che si ritiene siano valide idonee e soddisfacenti per le esigenze di questo Comune", il cui contenuto è stato appreso dalla ricorrente solo in data 16 febbraio 2004, nonché della delibera della Giunta Municipale n. 348 del 30 settembre 2003, con la quale "è stato disposto il rinnovo con la soc. Vicosystem del contratto di manutenzione software ed hardware del centro elettronico comunale" ed, infine della delibera della Giunta Municipale n. 393 del 7 novembre 2003, con cui il Comune ha deliberato "di accettare l'offerta della soc. Vicosystem s.r.l. di aggiornamento ed ammodernamento delle procedure del centro elettronico Comunale secondo la proposta della ditta medesima, in atti e come descritta in premessa"; nonché per l'annullamento di tutti gli atti presupposti, prodromici, connessi e consequenziali.

*(omissis)*

## FATTO

1. Espone la ricorrente che, con tre delibere, rispettivamente in data 30 settembre 2003, 7 novembre 2003 e, infine, 24 dicembre 2003, il Comune di Ronciglione ha dapprima disposto di rinnovare il contratto in essere con la Vicosystem s.r.l. per la manutenzione software e hardware del centro elettronico comunale, ha successivamente accettato l'offerta della medesima società concernente l'aggiornamento e l'ammodernamento delle procedure software del Ced comunale, ha infine preso atto che l'offerta riguarda procedure software prodotte dalla società SAGA s.p.a. in quanto "valide, idonee e soddisfacenti per le esigenze di questo Comune". Espone altresì che la società controinteressata, fino all'interruzione dei rapporti con la ricorrente, intervenuta in data 11.12.2003, commercializzava prodotti e servizi informatici della stessa Sipel. Con nota pervenuta al Comune intimato in data 16.12.2003, la società ricorrente aveva pertanto informato il Comune intimato di tale circostanza, proponendo al contempo la stipulazione di un contratto di assistenza e manutenzione di programmi prodotti o distribuiti da sé medesima.

Con lettera del 20 gennaio 2004, non avendo ricevuto alcun riscontro, chiedeva all'Amministrazione di poter accedere a tutta la documentazione riguardante il rinnovo del contratto con la Vicosystem s.r.l.. Detta documentazione perveniva alla ricorrente in data 16.2.2004.

Con il presente ricorso deduce: Violazione del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 di attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE e del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 di attuazione della direttiva 92/50/CEE. Eccesso di potere per manifesta ingiustizia, illogicità e disparità di trattamento, carenza di motivazione; Violazione di legge rispetto alla legge 7 agosto 1990, n. 241: la ricorrente opera nel campo della manutenzione, aggiornamento e assistenza dei prodotti software. Fino all'interruzione dei rapporti commerciali, ha fornito all'interessata i propri prodotti software, consentendole così di aggiudicarsi l'appalto per la manutenzione del centro elettronico comunale, e di ottenere altresì il rinnovo del contratto medesimo, disposto dalla Giunta municipale con delibera n. 348 del 30 settembre 2003. Sottolinea altresì che la stessa attività di manutenzione è stata espletata dalla ricorrente o da personale della controinteressata su specifiche SIPEL. Asserisce ancora che l'accettazione dell'offerta di aggiornamento e ammodernamento delle procedure del centro elettronico comunale, di cui alla delibera n. 393 del 7 novembre 2003, si riferiva anch'essa all'utilizzo di software della ricorrente.

Tuttavia, a seguito della rottura dei rapporti commerciali con la ricorrente, la controinteressata ha reperito altro fornitore, comunicando al Comune di Ronciglione che si sarebbe avvalsa di prodotti della società SAGA s.p.a..

Il Comune intimato ha senz'altro accettato tale offerta, così come rimodulata, senza procedere ad alcuna verifica in ordine alla bontà della stessa e comunque disattendendo le legittime aspettative della ricorrente che aveva fornito tutti i precedenti aggiornamenti. In sostanza non di rinnovo si tratta ma di un nuovo contratto per l'assegnazione del quale si sarebbe dovuto procedere ad una pubblica gara. Né alcuna urgenza può invero profilarsi nella sola circostanza dell'entrata in vigore del nuovo sistema di gestione informatica della documentazione amministrativa posto che a tanto, il Comune sembra avere pensato solo alla vigilia del Natale 2003. Non vi è stato inoltre alcun risparmio di spesa posto che, sebbene i programmi vengano forniti in licenza d'uso gratuita, il canone di manutenzione è passato da € 9.230,00 a € 22.310,00. Domanda infine il risarcimento per la perdita di chance (di vittoria) conseguente alla mancata indizione della gara, quantificandolo in € 50.000, somma pari, a suo dire, al 20% dell'importo complessivo del servizio di appalto.

Si sono costituiti, resistendo, il Comune di Ronciglione e la società Vicosystem s.r.l..

Il Comune ha sollevato numerose eccezioni di irricevibilità e/o inammissibilità. Ha in primo luogo eccepito la nullità della procura *ad litem* in quanto non sono state indicate, né sono altrimenti individuabili le generalità del legale rappresentante della società che tale mandato ha conferito (con sottoscrizione illeggibile). La Sipel, secondo il Comune, è inoltre carente di interesse posto che l'appalto rinnovato dall'Amministrazione non riguarda soltanto i prodotti software ma anche l'assistenza e manutenzione dei prodotti hardware. La ricorrente non avrebbe quindi potuto partecipare ad una ipotetica gara d'appalto.

Il ricorso è stato poi notificato tardivamente, posto che le delibere n. 348 del 30.9.2003 e n. 393 del 7.11.2003 sono state prontamente pubblicate all'Albo pretorio (dal 21.10.2003 al 5.11.2003, la prima e dal 28.11.2003 al 13.12.2003 la seconda). Anche il deposito è avvenuto oltre il termine dimidiato derivante dal combinato disposto degli artt. 23 - bis e 21 comma 2, l.n. 1034/71. Invoca in proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 477 del 26.11.2002 sottolineando, nella fattispecie, che il ricorso è stato consegnato all'ufficiale giudiziario (per la notifica a mezzo posta) il giorno 10.4.2004 e che è stato depositato in Segreteria solo il 27.4.2004.

Nel merito, evidenzia che l'appalto oggetto del ricorso riguarda forniture e/o servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria e che, dal punto di vista del diritto interno, il Comune ha semplicemente disposto il rinnovo di un contratto prossimo alla scadenza ex art. 6, comma 2 del della l.n. 537 del 24.12.93, così come modificato dall'art. 44 della l. n. 724 del 23.12.94.

Ad ogni buon conto, sussistevano tutti i requisiti previsti per il ricorso alla trattativa privata, ex art. 9, comma 4, lett. d) ed e) del d.lgs. n. 358/92 ed art. 7, comma 2, lett. d), e) ed f) del d.lgs. n. 157/95. In particolare, la scadenza del contratto in essere con la Vicosystem veniva a coincidere con l'entrata in vigore delle norme sulla documentazione amministrativa informatizzata (ricorrendo pertanto il presupposto dell'urgenza). I nuovi prodotti software forniti (e la relativa assistenza) rappresentano comunque prestazioni di carattere complementare per le quali è pure prevista la trattativa privata. Ritiene poi evidenti i requisiti di convenienza economica per il Comune in quanto nella proposta di rinnovo la controinteressata ha dichiarato di voler mantenere gli stessi patti, condizioni e corrispettivi economici, fornendo al Comune, senza alcun costo aggiuntivo, le licenze d'uso del nuovo software. Sottolinea ancora che l'identità del fornitore non costituisce elemento essenziale del contratto (ai sensi dell'art. 1325 c.c.) e che, ad ogni buon conto, il rinnovo di un contratto di appalto per ragioni di convenienza economica tollera limitate modificazioni del rapporto originario.

Relativamente alla domanda di risarcimento del danno produce analitico conteggio degli importi derivanti dal contratto stipulato al fine di confutare l'astratta quantificazione operata dalla ricorrente.

La controinteressata Vicosystem ha poi messo l'accento sulla circostanza che il tipo di prodotto software da essa fornito non ha avuto alcuna rilevanza per il Comune in occasione dell'aggiudicazione, con gara pubblica, del precedente contratto in essere e che pertanto la fattispecie integra il mero rinnovo di quest'ultimo, sia pure con gli aggiornamenti richiesti dalle previsioni di cui al D.P.R. n. 445/2000.

Con ordinanza n. 3270/2004 è stata fissata, per la discussione del merito, l'udienza pubblica del 12 luglio 2004.

La ricorrente e l'Amministrazione resistente hanno depositato ulteriori memorie, precisando e sviluppando le proprie difese, in vista dell'udienza del 12 luglio 2004, alla quale il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 10/15.4.2004 e depositato il 27.4.2004, la società SIPEL s.r.l. ha impugnato tutti gli atti con i quali il Comune di Ronciglione ha determinato di affidare alla controinteressata, società VICOSYSTEM s.r.l., il contratto di manutenzione e assistenza software e hardware del centro elettronico comunale per il biennio 2004/2005.

Ha domandato altresì il risarcimento dei danni patiti in conseguenza della mancata effettuazione della gara.

2. In via preliminare, occorre esaminare le eccezioni di irricevibilità e/o inammissibilità sollevate dal Comune intimato.

2.a Circa la nullità della procura per mancata individuazione nominativa del soggetto indicato quale legale rappresentante, rileva il Collegio che, con la memoria conclusiva, il procuratore della ricorrente ha chiarito che la firma apposta in calce al mandato è quella del dr. Giorgio Ciocchetti, legale rappresentante della società Sipel, quale risultante dall'iscrizione nei registri della Camera di Commercio. Tale nominativo figura peraltro già nella documentazione versata in giudizio con il ricorso introduttivo, e segnatamente, nella copia della proposta di contratto inviata al Comune di Ronciglione il 5 dicembre 2003. Anche la sottoscrizione della procura a margine, per quanto apposta con grafia di non immediata interpretazione, corrisponde tuttavia al suindicato nominativo. Trova pertanto applicazione il pacifico orientamento della Cassazione civile secondo cui quando dagli atti di causa risulti possibile identificare il nome del legale rappresentante della persona giuridica che ha conferito il mandato *ad litem* nonché la riferibilità ad esso della firma in calce al mandato, l'omessa indicazione nell'intestazione del ricorso e nella procura del nome di detto rappresentante, non comporta l'inammissibilità dell'atto (Cass., Sez. Lav. n. 7168 del 10.5.2003).

2.b Il Comune ritiene poi che la Sipel non possa vantare alcun interesse o legittimazione ad impugnare in quanto non opera nel settore interessato dall'appalto. Il contratto in essere con la controinteressata riguarda infatti non solo la manutenzione e l'assistenza del "software" in uso presso il centro elettronico comunale, ma anche la manutenzione delle apparecchiature "hardware".

Premesso che quando si contesta la mancata indizione di una gara viene in gioco un interesse strumentale e quindi solo nella futura ed eventuale ipotesi di procedimento selettivo l'Amministrazione procedente potrà verificare se l'impresa possiede in concreto i requisiti per prendervi parte (cfr. C.S., V, 10 maggio 1999, n. 546), nella fattispecie, il fatto che la Sipel affermi di operare essenzialmente nel campo della realizzazione e commercializzazione di programmi applicativi per gli enti locali, lungi dall'escluderne la legittimazione, dimostra, semmai, esattamente il contrario, in quanto la ricorrente non solo è in grado di svolgere direttamente almeno una parte del servizio appaltato ma potrebbe in futuro, in associazione con altre imprese, partecipare ad una gara o comunque ad una trattativa relativa all'insieme delle prestazioni richieste dall'Amministrazione.

Tanto basta ad evidenziare la sussistenza, in astratto, della legittimazione a ricorrere in capo a Sipel, in quanto azienda che produce e/o commercializza programmi informatici, già in passato utilizzati dall'Amministrazione, provvedendo altresì alla relativa manutenzione e assistenza.

2.c Il Comune di Ronciglione ritiene poi il ricorso, notificato solo il 10/15.4.2004, ormai tardivo, perlomeno, in rapporto alla pubblicazione, all'Albo pretorio del Comune, delle impuginate delibere n. 348 del 30.9.2003 e n. 393 del 7.11.2003 (dal 21.10.2003 al 5.11.2003, la prima e dal 28.11.2003 al 13.12.2003 la seconda).

Il Collegio osserva che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la pubblicazione di un atto all'albo pretorio, ovvero negli albi degli uffici di una pubblica amministrazione, è valida agli effetti

della presunzione di conoscenza solo quando sia prescritta da una disposizione di legge che tale effetto espressamente riconosce e venga effettuata nei modi previsti dalla disposizione stessa.

Nel settore degli appalti di valore comunitario si è così affermato (C.S. , V, n.4012 del 22.7.2002), che il termine per la notifica del ricorso (per i soggetti diversi dai diretti interessati) non decorre dalla mera pubblicazione dell' atto, ma dal diverso momento della completa realizzazione delle specifiche formalità pubblicitarie previste per la gara comunitaria, ovvero dalla diretta e piena conoscenza degli atti.

In sostanza, una volta accertata la necessità della gara, nessuna efficacia può riconoscersi ad una pubblicazione non contemplata come idonea forma di pubblicità ovvero posta in essere ad altri fini.

Tali considerazioni valgono, a parere del Collegio, anche per gli appalti sotto - soglia, in quanto la pubblicità prescritta in materia di bandi persegue in entrambi i casi il fine di rendere possibile un sufficiente grado di conoscibilità, tale da consentire la massima competitività possibile tra i soggetti aspiranti ad acquisire la posizione contrattuale di controparte dell' Amministrazione Pubblica.

Si pensi ad esempio a quanto ad esempio prescritto dal D.P.R. n. 573 del 1994 - recante il regolamento di semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario - circa la pubblicità dei bandi di gara, che deve avvenire con modalità specifiche individuate dalle stesse Amministrazioni aggiudicatrici (artt. 5 e 6 in particolare). Anche le gare non soggette al vincolo comunitario richiedono in definitiva forme di pubblicità specifica e adeguata, di talché, ove l'Amministrazione abbia eluso la procedura concorrenziale, e le relative forme di pubblicità, non può invocare alcuna forma di conoscenza legale. Nella fattispecie, la valutazione della tempestività del ricorso va poi effettuata, a ben vedere, non già in rapporto alle delibere con le quali il Comune ha disposto il "rinnovo" del contratto in essere con la Vicosystem, oltre ad accettare genericamente la proposta di aggiornamento del software, bensì soprattutto in rapporto alla delibera n. 468 del 24.12.2004, con la quale ha preso atto che, unitamente agli aggiornamenti richiesti dall'entrata in vigore delle nuove norme sulla documentazione informatica, sarebbe stato sostituito il complesso delle procedure informatiche in uso mercé l'utilizzo dei prodotti della ditta Saga. E' solo con tale delibera infatti che, da un lato, si è concretizzato il sacrificio delle aspettative della ricorrente (che nel frattempo aveva fatto pervenire al Comune un propria proposta di contratto, mai esaminata), dall'altro, si sono definitivamente precisati l'assetto e i contenuti del rapporto negoziale tra l'Amministrazione e la controinteressata. Detta delibera risulta pubblicata all'Albo pretorio dal 3 al 18 febbraio 2004 ed è stata, pressoché contestualmente, conosciuta dalla ricorrente quando, in data 16 febbraio 2004, ha ricevuto la documentazione richiesta con l'istanza di accesso. Pertanto, sia considerando come *dies a quo* il 18.2.2004 (ultimo giorno di pubblicazione all'Albo Pretorio) sia, più correttamente, il 16.2.2004 (data della piena ed effettiva conoscenza acquisita attraverso l'istanza di accesso), poichè il ricorso è stato notificato all'Amministrazione il 15.4.2004 (data risultante dall'avviso di ricevimento), l'impugnazione di tutta la serie procedimentale, culminata nella cit. delibera n. 468/2004, si appalesa tempestiva e ricevibile.

2.d Le argomentazioni che precedono valgono anche a confutare la tesi della tardività del deposito ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 23 - bis comma 2, e 21, comma 2, della l. T.a.r..

Infatti, la sentenza della Corte costituzionale 26 novembre 2002 n. 477 (invocata dalla ricorrente) si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 149, comma 2, del codice di procedura civile, in combinato disposto con l'art. 4, comma terzo, della legge 20 novembre 1982, n. 890, nella parte in cui dette disposizioni prevedono che la notificazione si perfezioni, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. In particolare, la Corte ha ritenuto palesemente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa del notificante, che un effetto di decadenza possa discendere dal ritardo nel compimento di

un'attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi (l'ufficiale giudiziario e l'agente postale) e che, perciò, resta del tutto estranea alla sfera di disponibilità del primo. Detta pronuncia assume particolare rilievo nel giudizio amministrativo ai fini del rispetto del termine di decadenza previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi. Tuttavia, si è osservato in dottrina, la circostanza che la data di efficacia della notifica, per il notificante, coincida con la data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, non significa anche che l'interessato si possa ormai disinteressare dell'esito della notifica per posta, dato che il deposito della cartolina di ricevimento continua a costituire la prova dell'esistenza dell'avvenuta notifica. Si deve infatti distinguere tra perfezionamento della notifica (che si realizza per il richiedente al momento della presentazione dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario) ed esistenza della notifica (o meglio, prova della sua esistenza, che si realizza solo mediante il deposito in giudizio della cartolina di ricevimento).

Siffatto adempimento rimane quindi indispensabile, quantomeno ai fini della procedibilità del ricorso. Prescrive in particolare l'attuale testo dell'art. 21, comma 2, prima parte della l. T.a.r. che "Il ricorso, con la prova delle avvenute notifiche, e con copia del provvedimento impugnato, ove in possesso del ricorrente, deve essere depositato nella segreteria del tribunale amministrativo regionale, entro trenta giorni dall'ultima notifica.". In sostanza, non si possono trarre dalle norme sulla notificazione a mezzo posta, interpolate dalla Consulta in senso esclusivamente favorevole al notificante, effetti ulteriori rispetto a quelli dalla Corte stessa precisati e, per giunta, di segno diametralmente opposto, ciò in quanto gli oneri processuali successivi alla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, delineati dalle varie norme di settore, ivi comprese quelle relative al processo amministrativo, presuppongono pur sempre la formulazione originaria delle norme sulla notificazione a mezzo posta e, logicamente esigono, affinché sia dato ulteriore impulso al processo, che il contraddittorio si sia effettivamente instaurato.

Così, nella fattispecie, il ricorso risulta spedito a mezzo posta il 10.4.2004 e ricevuto, sia dal Comune che dalla controinteressata, il 15.4.2004. Pertanto, il deposito presso la Segreteria di questo T.a.r., avvenuto il 27.4.2004, rientra pienamente nel termine, sia pur dimidiato, previsto dal combinato disposto di cui agli artt. 23 - bis, comma 1 e e 21, comma 2, della l. T.a.r..

3. Venendo infine al merito del ricorso, il Collegio osserva quanto segue.

3.a In primo luogo, la circostanza che nella fattispecie si verta di un contratto di importo nettamente inferiore alla soglia comunitaria, non esclude la necessità del rispetto delle regole di evidenza pubblica, e, in primo luogo, delle norme di contabilità generale dello Stato di cui al R.D. n. 2440 del 1923 nonché n. 827 del 1924 (implicitamente richiamate dall'art. 192, comma 1, lett. c., del d.lgs. n. 267/2000 - recante il testo unico sull'ordinamento degli enti locali - alla stregua del quale "La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante.. le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base").

E' stato inoltre recentemente sottolineato che, per i soggetti ordinariamente tenuti ad applicare la normativa nazionale e comunitaria nella scelta dell'altro contraente, il rispetto delle norme sull'evidenza pubblica è da intendersi regola generale, che vale quindi anche per gli appalti pubblici sotto soglia, come confermato sia dalla Corte di giustizia della Unione Europea, secondo la quale anche gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle procedure particolari e rigorose delle direttive, non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (in tal senso ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), che dal Consiglio di Stato, che riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica (ex artt. 33 D.L. vo n. 80 del 1998 e 6 legge n. 205 del 2000) alle società aventi i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (Cons. Stato, VI Sez., 2 marzo 2001 n. 1206), ha ritenuto la giurisdizione anche per gare di importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi, vanno comunque rispettati

i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza. Ne deriva pertanto che anche per gli appalti sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da soggetti pubblici in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza del mercato unico europeo (così in termini T.a.r. Campania, I, 20 maggio 2003, n. 5868).

Va ancora soggiunto che, in caso di trattativa privata c.d. "pura" vengono pure violati i principi di buon andamento e imparzialità, sanciti dall'art. 97 Cost., atteso che l'Amministrazione si preclude la possibilità di valutare una pluralità di offerte, e, conseguentemente, di affidare l'appalto all'impresa che offre, sul piano tecnico - economico, le migliori condizioni presenti sul mercato.

3.b Sia il Comune che la controinteressata hanno poi molto insistito sulla ricorrenza, nella fattispecie, di un ipotesi di mero rinnovo del contratto in corso di manutenzione e assistenza, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della l. 24 dicembre 1993 n. 537, nel testo sostituito dall'art. 44 l. 23 dicembre 1994, n. 724. La circostanza che i programmi software siano stati modificati e per esigenze della controinteressata (che non disponeva più dei prodotti Sipel) e per la necessità di adeguarli alle sopravvenute disposizioni sul c.d. protocollo informatico, sarebbe del tutto irrilevante, in quanto, nell'economia del precedente contratto, la tipologia e il fornitore dei programmi non rivestivano carattere "essenziale" ai sensi dell'art.1325 c.c..

Inoltre, i nuovi prodotti sono stati concessi in licenza d'uso gratuita, mentre sono stati mantenuti, per il resto, gli originari corrispettivi economici.

Infine, sussisterebbero comunque i presupposti dell'urgenza, atteso che la scadenza del contratto originario (peraltro già più volte rinnovato, secondo quanto risulta dalla memoria difensiva della controinteressata), veniva a coincidere con il termine del 1.1.2004 stabilito dall'art. 50, comma 3, del D.P.R. n. 445/2000 per l'adeguamento dei sistemi informativi automatizzati delle pubbliche amministrazioni alle disposizioni previste dallo stesso testo unico, dalla legge sulla riservatezza dei dati personali e dall'art. 15, comma 2, della l.n. 59 del 1997.

3.c Rileva in primo luogo il Collegio che non risulta versato in giudizio da alcuno né il contratto per il biennio 2001 - 2003, né comunque il contratto originario (rep. n. 7911 del 17.3.1997, cit. a pag. 1 della memoria di costituzione della controinteressata), né infine il relativo bando di gara (risalente, deve presumersi, al 1996/97). Si tratta, per quanto è possibile evincere dagli atti di causa, di un contratto misto di forniture e servizi comprensivo della manutenzione dell'hardware (cioè delle apparecchiature del centro elettronico comunale, delle quali non è però chiaro il regime di disponibilità da parte del Comune, se cioè anch'esse siano state fornite dalla controinteressata) nonché della fornitura delle licenze d'uso dei programmi, di base e applicativi, per la gestione dei servizi demografici, di contabilità e tributi, del centro elettronico comunale, ed, infine, della formazione del personale e dell'assistenza relativamente alle procedure software.

Secondo l'impostazione del D.P.C.M. n. 452/97, capitolato sulle forniture emanato ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 39 del 1993, sono considerati nell'ambito della disciplina delle forniture, oltre all'acquisto e alla locazione di prodotti hardware, anche i servizi accessori di manutenzione e assistenza, nonché la concessione della licenza d'uso per i programmi applicativi che non siano appositamente sviluppati per l'Amministrazione aggiudicatrice. Recentemente, peraltro, il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, prendendo atto dei "significativi sviluppi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ed in particolare il processo di produzione, distribuzione ed evoluzione di programmi informatici che si basa sulla disponibilità del codice sorgente aperto" ha dettato specifiche direttive in materia di sviluppo e

utilizzo dei programmi informatici da parte delle pubbliche amministrazioni, prescrivendo che l'acquisizione dei programmi informatici, in rapporto alla soluzione tecnica ritenuta più soddisfacente alle proprie esigenze (sviluppo di programmi ad hoc, acquisizione mediante ricorso a licenza d'uso etcc.), avvenga comunque a seguito di una valutazione comparativa tra le diverse soluzioni disponibili sul mercato (dir. min. del 19.12.2003, pubblicata sulla G.U. n. 31 del 7 febbraio 2004).

Orbene, nella fattispecie, reputa il Collegio che, quand'anche il contratto originario configurasse come accessoria la fornitura e l'assistenza relativamente al software (di base e applicativo), e quindi anche a voler accedere alla tesi (documentalmente indimostrata), secondo la quale il contenuto del rapporto obbligatorio originario fosse in definitiva indifferente alle concrete caratteristiche e, correlativamente, all'identità del fornitore originario delle procedure software (in quanto prodotti ormai standardizzati), tanto non sarebbe sufficiente ad avallare la piena legittimità del comportamento del Comune.

Va in primo luogo ricordato che l'esercizio della facoltà di rinnovare un contratto per la fornitura di beni e servizi, ai sensi dell'art. 6 l. 24 dicembre 1993 n. 537, nel testo sostituito dall'art. 44 l. 23 dicembre 1994, n. 724, deve essere sempre valutata in modo rigoroso in quanto apporta una deroga alla regola generale dell'espletamento di procedure di evidenza pubblica, imposte dalla necessità di individuare - mediante valutazione comparativa basata su parametri obiettivi - il soggetto più idoneo all'affidamento del servizio.

E' stato altresì chiarito che le ragioni di convenienza imposte dall'art. 6 comma 2, della legge n. 537 del 1993 (nel testo sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994), non possono ritenersi sussistenti per il solo fatto che il contratto venga rinnovato alle stesse condizioni del precedente (C.S., V, 17.4.2003, n. 2079). In tal modo viene infatti elusa la finalità della disposizione che, letta complessivamente, e in particolare alla luce dei commi 6 e 11, impone quantomeno nuove negoziazioni capaci di ottenere le economie oggettivamente possibili in relazione alle concrete condizioni di mercato.

Pertanto, risulta illegittima, a parere del Collegio, già la sola decisione di rinnovare il contratto in essere (e cioè indipendentemente dalle modifiche successivamente apportate) senza previamente verificare quali fossero le attuali condizioni presenti sul mercato, in continua evoluzione, dei prodotti e servizi informatici.

Del tutto irrilevante, sotto questo profilo, è poi la circostanza che i nuovi programmi siano stati concessi in licenza d'uso gratuita giacché, nell'ambito del settore commerciale relativo ai programmi informatici le offerte in licenza d'uso a costo zero non affatto sono inusuali. L'interesse maggiore del produttore o del fornitore di software non è infatti quello di percepire immediatamente il prezzo, ma di acquisire l'esperienza attraverso la concreta sperimentazione del prodotto e di conseguire il vantaggio economico derivante dalla valorizzazione sul mercato nazionale ed internazionale, che ad esso deriva dalla sua utilizzazione presso una determinata struttura burocratica o aziendale (così C.S., V, 17 ottobre 2002, n. 5657). Peraltro, nella fattispecie, così come ammesso dal Comune, l'installazione delle nuove procedure ha comunque comportato una serie di operazioni (con onere economico a carico dell'Amministrazione) quali "mappatura rete, passaggio dati, revisione sistema etcc." nonché la necessità di "avviare i nuovi programmi" e formare il personale (cfr. nota del Segretario comunale versata in atti).

Il Collegio rileva ancora come non ricorra alcuna delle altre ipotesi nelle quali l'ordinamento prevede la possibilità di ricorrere alla trattativa privata pura.

Quanto alla pretesa urgenza, determinata dall'approssimarsi della data del 1.1.2004 - fissata dall'art. 50, comma 3, del D.P.R. n. 445, per l'introduzione ovvero l'adeguamento da parte delle pubbliche amministrazioni, dei sistemi informativi automatizzati finalizzati alla gestione del protocollo informatico

e dei procedimenti amministrativi - è facile notare che tale previsione risulta inserita nel testo unico sulla documentazione amministrativa, già nella sua versione originaria, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 42 del 20 febbraio 2001. Il Comune di Ronciglione era quindi ben consapevole di tale necessità di adeguamento sin dal rinnovo accordato per il biennio 2002/2003. Si tratta cioè non già di un'urgenza qualificata, oggettiva e insuperabile, bensì indotta dallo stesso comportamento dell'Amministrazione. E' poi evidente che il termine del 1.1.2004, ha carattere meramente ordinatorio, in quanto tende a stimolare l'adeguamento burocratico - organizzativo delle pubbliche amministrazioni senza che al suo superamento si riconnettano conseguenze di carattere sanzionatorio per gli Enti inadempienti.

Il Collegio osserva ancora che proprio la necessità di adeguare il centro elettronico comunale alle disposizioni sulla gestione automatizzata dei documenti amministrativi, esigeva, semmai, che il Comune verificasse attentamente, tra le soluzioni disponibili sul mercato, quale fosse la più idonea alle proprie esigenze oltre che rispondente alle surrichiamate disposizioni normative.

Ed ancora, la stessa circostanza che il settore dei prodotti informatici sia caratterizzato da accesa concorrenza, esclude di per sé la configurabilità non solo delle deroghe alle regole dell'evidenza pubblica previste dalla normativa interna ma anche di quelle di derivazione comunitaria, le quali, come già accennato presuppongono sempre l'oggettiva impossibilità (ovvero eccessiva onerosità) di conseguire la prestazione da parte di altri contraenti rispetto a quello direttamente individuato. Così ad esempio il d.lgs. n. 358 del 1992 e il d.lgs. n. 157 del 1995, prevedono la possibilità di aggiudicare a trattativa privata, senza preliminare pubblicazione di un bando, forniture e/o servizi di carattere complementare ma tanto prescrivono in relazione a "circostanze imprevedibili" che abbiano reso i nuovi servizi necessari per la prestazione del servizio principale oggetto dell'appalto (art. 7, comma 2, lett. f) del d.lgs. n. 157 del 1995), ovvero quando la sostituzione del fornitore originario obblighi l'Amministrazione ad affrontare incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate (art.9, comma 4, lett.d del d.lgs. n. 358 del 1992).

Del tutto fuori causa è poi l'applicazione, ventilata dalla difesa del Comune, dell'art. 7, comma 2, lett. f) del d.lgs. n. 157/95 alla stregua del quale "per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure di cui al comma 3; in questo caso il ricorso alla trattativa privata, ammesso solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, deve essere indicato in occasione del primo appalto e il costo complessivo stimato dei servizi successivi è preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto".

Non vi è infatti alcuna menzione, nelle difese del Comune e della controinteressata, dell'esistenza di un "progetto di base" e della determinazione, sin dall'appalto originario, della possibilità di ricorrere successivamente alla trattativa privata unitamente alla stima previsionale complessiva dei servizi da affidare.

Infine, anche dal punto di vista pratico, il contratto stipulato riguarda solo apparentemente "la ripetizione di servizi analoghi". La fornitura dei nuovi prodotti informatici, come già chiarito, ha infatti comportato la necessità di modificare tutte le procedure in atto, di convertire gli archivi e di formare adeguatamente il personale. Anche le prestazioni di manutenzione e assistenza ne sono risultate, a parere del Collegio, complessivamente rimodulate.

Le descritte modifiche, unitamente alla necessità di valutare attentamente le esigenze indotte dall'adeguamento del centro elettronico alle disposizioni sul "protocollo informatico", imponevano pertanto, a parere del Collegio, una specifica e approfondita istruttoria che è stata invece del tutto

pretermessa, non essendo a tanto sufficiente la generica affermazione, contenuta nella delibera n. 468/2004, secondo cui le nuove procedure software sono "valide, idonee e soddisfacenti per le esigenze di questo Comune".

Infine, e conclusivamente, all'epoca per cui è causa, era ancora vigente l'art. 24, comma 5, della l.n. 289 del 27.12.2002 (l.finanziaria 2003) alla stregua del quale "Anche nelle ipotesi in cui la vigente normativa consente la trattativa privata, le pubbliche amministrazioni possono farvi ricorso solo in casi eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei conti".

In definitiva, l'affidamento del contratto di cui si controverte, avvenuto a trattativa diretta, anziché mediante pubblica gara o, quantomeno, sulla base di una trattativa c.d. "negoziata" - in quanto disposto fuori dei casi tassativamente previsti e con motivazione incongrua e insufficiente - è illegittimo.

4. Resta a questo punto da esaminare la domanda di risarcimento del danno.

Secondo la più recente e condivisibile elaborazione giurisprudenziale, nei casi in cui ad un soggetto è preclusa in radice la partecipazione ad una gara o concorso, sicché non è possibile dimostrare, *ex post*, né la certezza della vittoria, né la certezza della non vittoria, la situazione soggettiva tutelabile è la *chance*, cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole. Il risarcimento per perdita di *chance* può avvenire in forma specifica o per equivalente.

Nel caso di illegittimo affidamento di appalto mediante trattativa privata, il risarcimento in forma specifica consiste nell'indizione di pubblica gara per l'appalto in questione. In tal modo la *chance* di successo viene tutelata in forma reale, sicché risultano esclusi danni da risarcire per equivalente, a parte il danno emergente legato al ritardo della procedura e alle spese aggiuntive sofferte (C.S., VI, 18 dicembre 2001, n. 6281).

L'art. 35 del d.lgs. n. 80/98 - non inciso dalla recente declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, e anzi dalla stessa espressamente salvaguardato - consente al Giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno anche in forma specifica. È stato chiarito che la reintegrazione in forma specifica del danno ingiusto, deve essere considerata alla stregua di una alternativa risarcitoria, potendo quest'ultima intervenire anche per equivalente e trova applicazione nel diritto amministrativo soprattutto in caso di tutela di interessi di tipo oppositivo.

Relativamente agli interessi pretensivi, secondo una prima linea di pensiero, viene qualificata in forma specifica la domanda di parte volta a conseguire il bene della vita negato.

Secondo altro orientamento, recentemente precisato e sviluppato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 37 del 19 gennaio 2004 della VI Sezione, la reintegrazione in forma specifica non costituisce un mezzo per impartire all'Amministrazione l'ordine di provvedere in un determinato modo (a tutela di interessi pretensivi) perché così opinando si darebbero all'istituto caratteri che non corrispondono in realtà alla vera e propria tutela aquiliana, ma tengono assai di più della tutela ripristinatoria che si ottiene con il giudizio di ottemperanza, il che presupporrebbe un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermato in sede civilistica sulla base dell'art. 2058 c.c.. Lo strumento risarcitorio si caratterizza infatti per l'imposizione all'Amministrazione di una prestazione diversa e succedanea rispetto a quella originaria. L'adozione di un determinato atto da parte dell'Amministrazione, attiene più ai profili di adempimento che a quelli risarcitori e "riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione in forma specifica finisce con l'estendere anche a tale fase i limiti propri di tale tutela che sono più rigorosi rispetto a quelli previsti per l'esecuzione. Infatti, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., tale valutazione non è richiesta in relazione all'esecuzione della

prestazione originariamente dovuta per la quale può rilevare solo la sopravvenuta impossibilità e salva la verifica se sia possibile applicare, in sede di giudizio di ottemperanza, l'art. 2933, comma 2, c.c., quale principio generale dell'ordinamento " (ordinanza n. 37/2004 cit.).

Circa i rapporti tra risarcimento per equivalente e risarcimento (o reintegrazione) in forma specifica, la struttura impugnatoria del processo amministrativo comporta che il *petitum* principale rimane sempre e comunque l'annullamento dell'atto illegittimo al quale consegue la necessità di rinnovo dell'atto nel rispetto delle regole procedurali previste. In base alle precedenti osservazioni circa la reale applicabilità, al processo amministrativo, delle regole civilistiche in tema di risarcimento in forma specifica, l'unico ostacolo a siffatta reintegrazione rimane la possibilità pratica di tale forma di ristoro che, nel caso di illegittima aggiudicazione a trattativa privata, è in genere preclusa dall'ormai intervenuta integrale esecuzione dell'appalto e quindi dall'impossibilità di esecuzione in forma specifica della decisione di annullamento. Va ancora soggiunto che, ove si sia in presenza, come nella fattispecie, di una specifica domanda di risarcimento per equivalente della *chance* occorre valutare anche se vi sia un effettivo interesse a tale esecuzione, e cioè se, al contrario, non vi sia invece una decisa opzione per la tutela in forma monetaria.

Il tema della forma di tutela accordabile alla lesione della *chance*, si intreccia poi strettamente con la problematica delle sorti del contratto stipulato dall'Amministrazione in violazione delle regole di evidenza pubblica. Le ultime pronunce sembrano ormai orientate ad affermare che il giudizio sulla sorte del contratto a seguito di vizi del procedimento di scelta del contraente debba comunque spettare al Giudice amministrativo (cfr. per tutte C.S.,VI, 27 ottobre 2003 n. 6666). In tale prospettiva, "la rimozione del contratto si connette non tanto ad un giudizio civilistico sul rapporto negoziale, bensì ad una forma di tutela reintegratoria in forma specifica, la quale, in sede di giurisdizione esclusiva, deve necessariamente comprendere anche statuizioni dichiarative o costitutive concernenti la sorte (validità o efficacia) del contratto stipulato" (sentenza n. 6666/2003 cit.).

Applicando le surrichiamate coordinate giurisprudenziali alla fattispecie il Collegio osserva quanto segue.

In primo luogo va affermata la responsabilità del Comune di Ronciglione in quanto l'evento dannoso è stato determinato dalla violazione di elementari regole di evidenza pubblica che, come già chiarito, rappresentano, nella materia dei contratti della pubblica amministrazione, applicazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità.

Circa la forma di tutela accordabile ai diritti e interessi lesi dagli atti annullati, rileva il Collegio che la reintegrazione in forma specifica è, in astratto, ancora possibile, in quanto il contratto ha durata biennale ed è pertanto ancora in corso di esecuzione.

La fornitura e l'installazione delle procedure software per l'avvio delle nuove procedure di stato civile e del protocollo informatico, sembrano tuttavia essere già avvenute (cfr. la già richiamata nota in atti del Segretario comunale là dove fa riferimento a prestazioni *una tantum* per il passaggio dati e l'avvio delle nuove procedure, nonché le affermazioni della controinteressata circa l'entrata in funzione del nuovo protocollo e l'avanzato stato di conversione degli archivi dei servizi anagrafici e dei servizi contabile - finanziario - amministrativo).

E' pertanto evidente che, sebbene non materialmente impossibile, alla stregua delle suesposte considerazioni circa la differenza intercorrente, nel processo amministrativo, tra "risarcimento" ed "esecuzione" in forma specifica, l'indizione della gara pubblica si presenta, a questo punto, alquanto onerosa per l'Amministrazione comunale che si sta già avvalendo delle nuove procedure. A ciò si aggiunga che la ricorrente ha particolarmente insistito sulla domanda di risarcimento per equivalente

della *chance*, con ciò in pratica manifestando il suo non particolare interesse, se non una vera e propria rinuncia, agli effetti ripristinatori e conformativi della sentenza di annullamento.

Il risarcimento per equivalente della perdita di *chance* deve essere quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al presumibile numero dei partecipanti alla gara e dividendo l'utile di impresa (quantificato in via forfettaria in misura pari al 10% del prezzo base dell'appalto) per il numero di partecipanti (T.a.r. Campania, Napoli, I, 20 maggio 2003, n. 5868).

Nella fattispecie, la ricorrente ha proposto una valutazione del tutto astratta (euro 50.000, corrispondenti, a suo dire, al 20% del valore dell'appalto), là dove l'Amministrazione ha per contro dimostrato con analitici conteggi, non smentiti dalla Sipel, che l'importo del contratto affidato alla controinteressata, ammonta complessivamente, nel biennio, a euro 73.852,48.

Nessuna delle parti ha poi saputo indicare quale sarebbe stato il presumibile numero di partecipanti, se gara vi fosse stata.

Il Collegio ritiene che il criterio più attendibile sia quello desumibile dalla gara precedente, e cioè quella che, per concorde affermazione delle parti, ha comportato l'affidamento del contratto originario alla Vicosystem.

Non risultano poi allegate dalla ricorrente ulteriori voci di danno (ad es. le spese sostenute per predisporre l'offerta del 5 dicembre 2003, che l'Amministrazione non ha neanche esaminato).

In definitiva, ai fini della liquidazione del danno il Collegio ritiene che si possa utilizzare lo strumento previsto dall'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80/98, come sostituito dall'art. 7 della l.n. 205/2000, che consente al Giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

Si dispone, pertanto, che l'Amministrazione provveda a liquidare una somma a favore della società Sipel a titolo sia di lucro cessante (mancato utile), che di danno emergente, secondo i criteri appresso indicati, formulando la relativa proposta entro il termine massimo di trenta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica, della presente decisione.

In particolare, il risarcimento del danno dovuto alla Sipel dovrà computarsi come segue:

1) Quanto al lucro cessante, vale a dire l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa dovrà anzitutto calcolarsi il 10% del valore dell'appalto, criterio cui fa riferimento la giurisprudenza in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, che quantifica in tale misura il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A. Detta somma dovrà essere divisa per il numero presumibile dei partecipanti alla gara, assumendo a parametro di riferimento il numero delle imprese ammesse alla gara in esito alla quale è stato affidato l'appalto originario. Il quoziente rappresenta il danno subito dalla Sipel a titolo di lucro cessante per lesione della chance di vittoria derivante dalla mancata indizione della gara pubblica.

2) la somma quantificata dovrà poi essere maggiorata di un ulteriore 5% , a titolo di determinazione in via equitativa del danno (emergente) da perdita di chance legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dell'appalto;

3) sulle somme liquidate ai sensi dei numeri precedenti, che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto con Vicosystem e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

4) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

5) Su tutte le somme dovute ai sensi dei precedenti numeri decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

Le spese di giudizio, infine, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

#### PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale de Lazio - Sezione Seconda Ter - accoglie il ricorso di cui in epigrafe sia con riguardo alla domanda di annullamento, che riguardo alla domanda di risarcimento del danno, che sarà liquidata con successivo accordo tra le parti alla stregua dei criteri stabiliti in motivazione. A tal fine l'Amministrazione soccombente è tenuta a formulare la relativa proposta nel termine di giorni 30 (trenta) dalla notificazione e/o comunicazione della presente sentenza.

Condanna in solido il Comune di Ronciglione e la controinteressata Vicosystem s.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio complessivamente liquidate in euro 2.500,00 (duemilacinquecento).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma il 12 luglio 2004 , in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati elencati in epigrafe.

- Consigliere Roberto SCOGNAMIGLIO Presidente

- Primo Referendario Silvia MARTINO estensore

Depositata in Segreteria il 18 agosto 2004.

( da [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) )