

**GIURISDIZIONE: Competenza - Risarcimento del danno - Responsabilità precontrattuale della P.A. appaltante - Mancato affidamento del completamento della fornitura di un prodotto - Domanda - Controversie in materia - Giurisdizione del G.O. - Sussiste - Ragioni.**

**Tar Lazio - Roma, Sez. III, 20 settembre 2021, n. 9846**

in *Il Foro amm.*, 7/8, 2021, pag. 1070, con commento di Veronica Sordi, *Sussiste la giurisdizione del g.o. sulla domanda di risarcimento del danno per violazione dei principi di buona fede e correttezza promossa nei confronti di una stazione appaltante al di fuori di una procedura di evidenza pubblica.*

“[...] si era dato luogo a un affidamento diretto a scopo sperimentale e ha affermato che il prodotto oggetto della fornitura era giunto a un livello di assoluta esclusività ed era non presente sul mercato, in quanto sviluppato solo per le esigenze di RFI; inoltre, non erano esistenti prodotti analoghi e l'affidamento dei prodotti era stato, nei due contratti, di tipo “diretto” [...]. [...] in assenza dei relativi presupposti e dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica che ha contraddistinto sin dall'inizio i rapporti tra le parti, deve desumersi che RFI abbia agito “iure privatorum” per procurarsi a scopo sperimentale alcuni prodotti e che la fornitura oggetto del contendere era del tutto estranea a forme di selezione pubblica imposte dall'allora vigente d.lgs. n. 163/06, soprattutto in presenza della rappresentata esclusività del prodotto. Dato che nella presente sede viene invocata l'applicazione dell'art. 133, lett. e), n. 1, cit. e che tale norma fa esplicito riferimento solo alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ne deriva che la conseguente giurisdizione esclusiva anche in materia precontrattuale deve essere comunque legata, in concreto, a rapporti tra le parti originati da procedura ad evidenza pubblica, non essendo sufficiente, in astratto e a tal fine, la qualifica di “ente aggiudicatore” di una delle parti. Si ravvisa, quindi, nel caso di specie e nell'ottica rilevante ai fini del riparto di giurisdizione secondo il criterio del “petitum sostanziale”, la invocata lesione di posizioni giuridiche paritetiche, tradizionalmente emergenti in sede precontrattuale, quali la libertà negoziale delle parti e il diritto soggettivo di autodeterminazione nei rapporti negoziali, come tali delibabili dall'a.g.o. perché legate a trattativa diretta [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza collegiale n. 8623/2021 del 19 luglio 2021;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del 14 luglio 2021, tenutasi da remoto in videoconferenza ai sensi dell'art. 15 d.l. n. 137/2020, conv. in l. n. 176/2020, il dott. Ivo Correale come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, la Gambardella Telecomunicazioni s.r.l. (“Gambardella”) chiedeva l'accertamento del diritto ad ottenere il risarcimento, a titolo di responsabilità precontrattuale, di tutti i danni derivanti dal comportamento assunto da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (“RFI”), in qualità di stazione appaltante, per il mancato affidamento del completamento della fornitura del prodotto (Apparato radio portatile di alto profilo tecnologico tipo TP8000 in fonia GSM-Rail su infrastruttura GSM-R Europea) di cui ai precedenti contratti d'appalto n. 369/2010 e n.21678/2015, nonché per ottenere la condanna al pagamento delle somme a titolo di risarcimento dei danni, quantificate in euro 5.820.000,00, come da relazione consuntiva depositata in atti.

La ricorrente precisava di avere dato luogo, a partire dagli anni 2008 e 2010, a un progetto relativo allo sviluppo e alla fornitura di uno specifico ed esclusivo prodotto, consistente in un apparato radio portatile di alto profilo tecnologico “tipo TP8000” in fonia “GSM-Rail”, su infrastruttura “GSM-R Europea”. La prima fase di progetto si era svolta in accordo ed in parallelo con le risorse tecniche di RFI, con correlativa intesa circa una proporzionata acquisizione degli apparati speciali, non collocabili in altre realtà, poiché funzionanti specificamente con frequenze proprietarie della stessa RFI.

La medesima ricorrente precisava che vi era stato il consenso dell'allora “Direzione di Produzione” all'istituzione di un “rapporto diretto, specialistico e fiduciario” per un protocollo di sperimentazione, a totale carico di Gambardella, per la realizzazione di un apparecchio radio aventi le caratteristiche descritte, per consentire a RFI, nel breve periodo, di alienare le onerose frequenze (in “vhf/uhf”) e, contestualmente, dismettere le vecchie apparecchiature.

Presentata una prima coppia di campioni da sperimentare in concreto, era posto in essere un accordo che prevedeva, dapprima, la consegna di 30 “unità campione” per le primarie attività sperimentali e di verifica funzionale sul territorio (“DTP Cagliari” e “Scalo Marcianise”); in seguito, di 2000-2500 unità entro fine 2011 e poi di circa 4500 unità in 3 anni.

Era stipulato nel 2010 il contratto per la fornitura delle 30 “unità campione” in banda “GSM-R” e la ricorrente aggiungeva che, negli anni seguenti, anche in presenza di un progetto più oneroso del previsto, RFI aveva precauzionalmente disposto, attraverso la Direzione competente, una verifica

sulla assenza di simili prodotti sul mercato e di terze strutture interessate a progettarle, chiedendo alla Gambardella di progettare, realizzare e sottoporre un prodotto finito e confermandole ogni supporto necessario della propria struttura TLC, pur di raggiungere precisi indici funzionali e normativi imposti.

La ricorrente sosteneva, poi, che, negli anni 2014-15, il progetto aveva raggiunto un profilo di assoluta esclusività del prodotto e di affidabilità e sicurezza col sistema proprietario “GSM-R”, tanto che RFI aveva provveduto a deliberare l’acquisto di 450 apparati radio analogici in banda “GSM-R TP8000-R” più accessori; era quindi sottoscritto il relativo contratto di acquisto di tale prodotto “esclusivo” il 6 dicembre 2015.

Consegnati tali apparati nel febbraio 2016, ai fini della proiezione progettuale definitiva, Gambardella contattava il proprio fornitore per approvvigionarsi in anticipo di tutti i componenti occorrenti per la realizzazione delle speciali schede GSM-R, fondandosi anche sulla ritenuta affidabilità dell’interlocutore RFI.

Quest’ultima a sua volta aveva disposto, in sede negoziale, una fornitura senza profitto per la ricorrente, con il solo recupero delle documentate spese di fornitura, in attesa di acquisire ulteriori esiti funzionali dei prodotti speciali, condizione accettata da Gambardella proprio perché inserita in un apposito programma e in relazione al monitoraggio sul corretto funzionamento. Nel corso del 2017, RFI comunicava la sua volontà di determinare in dettaglio il piano per il completamento della fornitura, per ulteriori 2500 unità, oltre accessori, ed ulteriori 500 unità di scorta.

La ricorrente affermava, quindi, di aver avviato nuovi contatti con il proprio fornitore per l’acquisizione dei componenti per la realizzazione delle ulteriori 3000 schede “GSM-R” nei tempi richiesti e che, nel febbraio 2018, RFI rilasciava il documento di regolare esecuzione e di completo adempimento contrattuale del contratto del 6 dicembre 2015.

Alle sollecitazioni della ricorrente per ulteriori incontri dedicati alla definizione del progetto seguiva, però, nell’agosto 2018, la comunicazione di RFI di una sopravvenuta mancanza di esigenza di acquisire tali prodotti, ritenuti non soddisfacenti alla luce del costo preventivato e in riferimento a prodotti analoghi, che peraltro la ricorrente stessa riteneva però inesistenti.

In assenza di definizione nei successivi contatti tra le parti fino ancora al 2019, la ricorrente proponeva, quindi, il presente ricorso, lamentando “in diritto” quanto segue.

*“Violazione e falsa applicazione dei principi di buona fede oggettiva, di correttezza e di diligenza, di cui agli articoli 1175 e 1176 del Codice civile - violazione e falsa applicazione del principio di responsabilità precontrattuale di cui all’articolo 1337 del Codice civile - violazione e falsa*

*applicazione dei principi regolanti l'attività amministrativa, di cui alla Legge n.241 del 1990 - violazione e falsa applicazione del principio del legittimo affidamento”.*

Dal comportamento assunto da RFI nei confronti della ricorrente era maturato un affidamento incolpevole in capo a quest'ultima circa la possibilità di un nuovo contratto di fornitura, che aveva indotto la stessa a compiere conseguenti attività economicamente onerose, tali da produrle ingenti danni economici in assenza della conclusione della trattativa.

RFI, infatti, in violazione degli obblighi di buona fede oggettiva, correttezza e diligenza, di cui agli articoli 1175 e 1176 c.c., aveva improvvisamente interrotto il progetto di fornitura, in uno stato di trattative già avanzato per tutto il 2017.

Gambardella, in proposito, richiamava l'elaborazione giurisprudenziale per la quale il legame tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale non richiede l'avvio di un vero e proprio procedimento di formazione del contratto, ma che esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Tale legame è individuabile anche in assenza di una trattativa in senso tecnico-giuridico, se viene, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative, anche nei confronti di una pubblica amministrazione che svolge attività autoritativa e conclude un procedimento con un provvedimento legittimo. Per la ricorrente, infatti, non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede, pur non costituendo presupposto di validità di un provvedimento amministrativo, costituiscono regole di responsabilità per il comportamento complessivamente tenuto.

Tali deduzioni – per Gambardella – potevano applicarsi al caso di specie, ove RFI aveva, dapprima, dato luogo a più incontri per la stipula di un nuovo contratto di fornitura, ingenerando in capo alla ricorrente un ragionevole affidamento ed una fondata aspettativa del nuovo contratto, ma, poi, aveva interrotto ingiustificatamente la trattativa, ritenendo genericamente la fornitura ulteriore poco vantaggiosa ma in tal modo evidenziando (anche) un spreco delle pubbliche risorse destinate alla prima fornitura, da porre al vaglio della Corte dei Conti, secondo esplicita richiesta della ricorrente. In relazione al danno patito, la ricorrente evidenziava che vi era stata una sostanziale esposizione economica con il suo fornitore, richiamando la relativa relazione consuntiva depositata in atti che quantificava il danno nella cifra su riportata in epigrafe.

Si costituiva in giudizio RFI, affidando a successiva memoria per l'udienza di merito l'illustrazione delle tesi orientate a rilevare l'infondatezza del ricorso, sulla base della constatazione dell'assenza dei

presupposti individuati dalla giurisprudenza per riconoscere una responsabilità precontrattuale, nonché di principi di prova all'uopo destinati, sulla base della ricostruzione dei presupposti di fatto della fattispecie che riproponeva.

La ricorrente replicava con rituale memoria, insistendo nella sua domanda.

A sua volta RFI depositava una memoria di replica e la causa era trattenuta in decisione all'udienza del 14 luglio 2021 sulla base degli scritti.

Con l'ordinanza collegiale in epigrafe, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. e sulla base del rilievo per il quale, dopo il passaggio in decisione della causa, il Collegio aveva rilevato la sussistenza di seri dubbi in ordine alla giurisdizione di questo g.a., considerando che i rapporti tra le parti su cui si originava la domanda di parte ricorrente non si individuavano legati a procedura di evidenza pubblica, assegnava alle parti un termine di trenta giorni per presentare memorie vertenti su tale unica questione.

Depositava memoria la sola Gambardella il 16 agosto 2021, ove riteneva sussistente la giurisdizione di questo Tribunale sulla base della considerazione per la quale, nel presente contenzioso, era invocabile l'applicazione del "Codice Appalti" di cui al d.lgs. n. 163/06 vigente all'epoca dei fatti, per la presenza del parametro oggettivo, dato dalla strumentalità e dalla funzionalità del prodotto al servizio di trasporto, e del parametro soggettivo rappresentato dalla riconducibilità del soggetto appaltante RFI al novero degli enti aggiudicatori di cui all'art. 210 d.lgs. cit.

La causa era trattenuta nuovamente in decisione all'esito della camera di consiglio riconvocata alla data dell'8 settembre 2021.

## DIRITTO

Il Collegio rileva che le tesi di cui alla memoria ex art. 73, comma 3, c.p.a della ricorrente non possono trovare condivisione e che il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione.

Gambardella sostiene, in sostanza, che essendo RFI tenuta all'applicazione del "Codice dei contratti" di cui al d.lgs. n. 163/06, risultando la fornitura strumentale e funzionale al servizio pubblico gestito da RFI quale "ente aggiudicatore" ex art. 210 d.lgs. cit., opererebbe la giurisprudenza richiamata e legata all'applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e), n.1), c.p.a., anche per quanto riguarda la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

Ebbene, se è pur vero che una responsabilità precontrattuale è configurabile anche in capo a una pubblica amministrazione – cui è equiparabile un "ente aggiudicatore" - in tutti i casi in cui la stessa nelle trattative con i terzi abbia compiuto azioni o sia incorsa in omissioni contrastanti con i principi di correttezza, buona fede, lealtà e diligenza garantiti dal codice civile, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento

del contratto, è altrettanto vero che la giurisprudenza ha precisato che, quando la pubblica amministrazione agisce “iure privatorum”, è devoluta al giudice ordinario la controversia su tale responsabilità precontrattuale, ivi compreso l'accertamento dell'idoneità del comportamento atto ad ingenerare nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione di un contratto nel senso ora precisato (Cass. Civ. SSUU, 27.4.2017, n. 10413).

In definitiva, ai sensi del richiamato art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a. , sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie relative alle procedure di affidamento (anche in regime di concessione) di pubblici lavori, e forniture svolte da soggetti comunque tenuti al rispetto della normativa eurounitaria e nazionale in tema di evidenza pubblica, tra cui, di conseguenza, anche la controversia risarcitoria che inerisce al complesso degli atti e del contegno serbato dall'amministrazione, anche relativamente alla responsabilità precontrattuale (Cons. Stato, Sez. VI, 14.11.2012, n. 5747), ma pur sempre – aggiunge il Collegio - se questi si sono evidenziati nel corso di una procedura di affidamento ad evidenza pubblica.

E' necessario, quindi, che vi sia una procedura di “gara” e non rileva, a tal fine, che il comportamento dell'ente sia comunque diretto al perseguimento di finalità istituzionali ed ispirato ai generali criteri d'efficienza (TAR Sardegna, Sez. I, 2.3.2016, n. 197).

Nel caso di specie la stessa ricorrente ha evidenziato che si era dato luogo a un affidamento diretto a scopo sperimentale e ha affermato che il prodotto oggetto della fornitura era giunto a un livello di assoluta esclusività ed era non presente sul mercato, in quanto sviluppato solo per le esigenze di RFI; inoltre, non erano esistenti prodotti analoghi e l'affidamento dei prodotti era stato, nei due contratti, di tipo “diretto”.

Così pure, nella relazione consuntiva di parte depositata in atti dalla ricorrente, è chiaramente indicato che i vertici di RFI avevano istituito di fatto con Gambardella “...un rapporto diretto, fiduciario ed esclusivo”, verificando l'assenza sul mercato di “un tale esclusivo prodotto”.

Pertanto, in assenza dei relativi presupposti e dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica che ha contraddistinto sin dall'inizio i rapporti tra le parti, deve desumersi che RFI abbia agito “iure privatorum” per procurarsi a scopo sperimentale alcuni prodotti e che la fornitura oggetto del contendere era del tutto estranea a forme di selezione pubblica imposte dall'allora vigente d.lgs. n. 163/06, soprattutto in presenza della rappresentata esclusività del prodotto.

Dato che nella presente sede viene invocata l'applicazione dell'art. 133, lett. e), n. 1, cit. e che tale norma fa esplicito riferimento solo alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla

normativa statale o regionale, ne deriva che la conseguente giurisdizione esclusiva anche in materia precontrattuale deve essere comunque legata, in concreto, a rapporti tra le parti originati da procedura ad evidenza pubblica, non essendo sufficiente, in astratto e a tal fine, la qualifica di “ente aggiudicatore” di una delle parti.

Si ravvisa, quindi, nel caso di specie e nell’ottica rilevante ai fini del riparto di giurisdizione secondo il criterio del “petitum sostanziale”, la invocata lesione di posizioni giuridiche paritetiche, tradizionalmente emergenti in sede precontrattuale, quali la libertà negoziale delle parti e il diritto soggettivo di autodeterminazione nei rapporti negoziali, come tali delibabili dall’a.g.o. perché legate a trattativa diretta.

Conclusivamente, per le ragioni esposte, il Collegio dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito.

Tenuto conto della natura della controversia e del fatto che rimane ancora impregiudicata ogni decisione sul merito della stessa da parte del giudice munito di giurisdizione, a cui parte ricorrente potrà rivolgersi nel rispetto dell’art. 11 c.p.a., le spese del giudizio possono essere eccezionalmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione, con salvezza degli effetti ai sensi dell’art. 11 cod. proc. amm.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 14 luglio 2021 e 8 settembre 2021, tenutesi da remoto in videoconferenza ai sensi dell’art. 15 d.l. n. 137/2020, conv. in l. n. 176/2020, con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Ivo Correale**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Daniele**

## IL SEGRETARIO