

Publicato il 15/06/2022

N. 04059/2022 REG.PROV.COLL.
N. 03725/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3725 del 2019, proposto da C.S.A. s.c.p.a. (già Consorzio C.S.A. e C.S.A. s.c.a.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Stanga, Alberto Saggiomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera San Pio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanna Fucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

previa disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi

della violazione degli obblighi contrattuali e di legge, della legittimità della risoluzione del rapporto d'appalto intercorso tra l'attrice e l'Azienda Ospedaliera G. Rummo, giusta contratto del 30.1.2009 disposta dalla ricorrente a seguito dell'omesso riscontro alla diffida ex art. 1454 c.c. del

16.12.2014 e del diritto al risarcimento dei danni ovvero dell'indennizzo ex art. 2041 c.c..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Pio di Benevento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2022 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'atto introduttivo del presente giudizio la società ricorrente chiede, previo accertamento della risoluzione di diritto per inadempimento conseguente alla diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. notificata alla parte resistente, la condanna dell'Azienda Ospedaliera convenuta al risarcimento dei danni subiti nel corso della esecuzione del rapporto contrattuale di seguito indicato, per essere stata costretta ad erogare le prestazioni richieste in misura inferiore rispetto alle previsioni della *lex specialis* di gara, con conseguenti e non preventivabili diseconomie.

Giova premettere che il giudizio veniva inizialmente proposto innanzi al giudice ordinario e successivamente riassunto, in seguito a declaratoria di difetto di giurisdizione, presso questo Plesso ai sensi dell'art. 11 c.p.a. e dell'art. 59 della L. n. 69/2009 con ricorso inviato per la notifica il 20.9.2019 e depositato il 24.9.2019.

In punto di fatto, il Consorzio ricorrente espone che:

- all'esito di aggiudicazione della procedura ristretta indetta dall'Azienda Ospedaliera "G. Rummo" di Benevento, in data 30.1.2009 stipulava il contratto per l'affidamento del servizio di archiviazione e custodia delle cartelle cliniche di ricovero in regime ordinario e diurno, per la durata di 10 anni;

- il servizio veniva successivamente esteso alla archiviazione, custodia, e rilascio all'utenza dei certificati radiografici e dei referti di P.S., previo corrispettivo a carico dell'utenza;
- con atto di citazione notificato il 17.6.2016 invocava la condanna dell'Azienda Ospedaliera al pagamento della somma complessiva di € 885.876,00 a fronte dell'avvenuta risoluzione unilaterale, ad opera della C.S.A., del predetto contratto, conseguente ad una diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c.;
- in sintesi, C.S.A. sosteneva che, in sede di redazione della disciplina di gara, l'Azienda Rummo sarebbe venuta meno agli obblighi di correttezza e buona fede ed avrebbe rappresentato una realtà distorta, al punto di ingenerare nell'impresa aggiudicataria la convinzione che avrebbe potuto maturare profitti diversi da quelli realmente conseguiti; in particolare, lamenta di aver elaborato un numero di cartelle cliniche decisamente inferiore rispetto a quello originariamente individuato come parametro orientativo dalla P.A., con conseguente indebito abbattimento dei corrispettivi maturati;
- soprattutto, le argomentazioni si appuntano: I) sull'art. 2 del capitolato tecnico, nella parte in cui prevedeva un fabbisogno presunto, disponendo quanto segue: *"I quantitativi oggetto del servizio richiesto previsti per l'anno 2007 sono circa 35.000 cartelle cliniche. Per gli anni successivi si prevedono quantitativi similari. L'indicazione in termini numerici è presuntiva e pertanto potrà subire variazioni in relazione all'andamento reale dei ricoveri, dei servizi erogati e delle politiche sanitarie. L'A.O. si riserva la facoltà con obbligo senza condizioni per la ditta di estendere (sempre a costo zero) il presente appalto ad altra documentazione e alle radiografie e lastre radiografiche e relativa documentazione"*; II) sull'art. 24 del contratto d'appalto che, nel limitare la tariffa che gravava sull'utenza, non specificava il numero minimo di copie della cartelle cliniche (e, quindi, il volume dell'attività) al fine di garantire all'appaltatore un valore certo su cui fondare le proprie aspettative di utile e che, secondo la tesi attorea, andava necessariamente integrato con

l'art. 2 del capitolato tecnico citato onde individuare il parametro di riferimento per la determinazione del fabbisogno minimo;

- lamentava un forte scostamento dei ricavi conseguiti dalla commessa rispetto alle previsioni indicate nel capitolato speciale d'appalto; in particolare, considerando i ricavi attesi e calcolati sulla base delle informazioni orientative fornite dall'ente appaltante (produzione di 35.000 cartelle cliniche annue cui corrisponderebbe un fatturato di circa € 262.500 annui), la parte ricorrente lamenta un danno complessivo di € 1.473.509 quantificabile sulla base dello scostamento tra i ricavi attesi e quelli effettivamente conseguiti per tutta la durata dell'appalto, così ripartito: I) importo di € 885.876,00 maturato alla data del 15.6.2015, quantificato nell'atto introduttivo del giudizio civile; II) ulteriore somma di € 587.633,00, relativamente al periodo successivo 15.6.2015 – 30.1.2019 (data di conclusione del rapporto);
- in via gradata, ove ritenuta pregiudizievole della posizione giuridica dell'impresa, impugnava per violazione dell'art. 1341 c.c., in combinato disposto con gli artt. 1665 e ss. c.c., l'art. 24 del contratto del 30.1.2009, per indeterminatezza dell'oggetto contrattuale e vessatorietà delle clausole, nella parte in cui non si fa richiamo al dato certo del corrispettivo da riconoscere all'impresa e l'art. 2 del capitolato tecnico, *in parte qua* laddove quantifica in n. 35.000 cartelle il “fabbisogno presunto”, senza che le quantità indicate possano considerarsi impegnative per l'Azienda Ospedaliera;
- adduceva profili di responsabilità precontrattuale in capo alla committente ex art. 1337 c.c., ai sensi del quale *“le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”* per violazione degli obblighi informativi in ordine alla effettiva convenienza del contratto, tenuto conto della indeterminatezza dell'oggetto contrattuale con conseguente alterazione del rapporto sinallagmatico;
- lamentava anche la violazione dell'art. 4 del capitolato tecnico in quanto l'amministrazione avrebbe trascurato di far rispettare ai propri dirigenti medici l'obbligo di immediata “chiusura della cartella” contestualmente alle

dimissioni dei pazienti cagionando un pregiudizio patrimoniale sul presupposto che, con il decorso del tempo, l'utenza perderebbe interesse alla estrazione di copia, con conseguente abbattimento dei compensi percepiti dall'operatore affidatario;

- l'amministrazione avrebbe omesso di adottare i necessari adempimenti volti al riequilibrio del rapporto, in violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del rapporto contrattuale ex artt. 1175 e 1375 c.c. pertanto, come si è visto, la istante notificava apposita diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. del 16.12.2014 non riscontrata dalla parte resistente, con conseguente risoluzione di diritto del contratto per inadempimento;

- in via subordinata, C.S.A. chiedeva la condanna dell'Azienda Ospedaliera a titolo di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. al pagamento in favore dell'attrice di un indennizzo commisurato all'importo sopra indicato, ovvero a quello maggiore o minore ritenuto congruo dall'adito Tribunale;

- con sentenza n. 38 del 10.1.2019 il Tribunale civile di Benevento dava atto che la controversia riguarda la presunta responsabilità della stazione appaltante per la condotta tenuta prima della stipula del contratto, nella fase di predisposizione della *lex specialis*, avendo l'Azienda ospedaliera, nella prospettazione attorea, ingenerato nel contraente la falsa rappresentazione circa la remuneratività del servizio come sopra descritto; per l'effetto, il giudice ordinario declinava la propria giurisdizione in favore di quella del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) n.1 del c.p.a..

Tanto premesso, con il gravame riassunto innanzi a questo T.A.R., la ricorrente, successivamente alla scadenza naturale del contratto, ripropone le medesime domande giudiziali (risarcitorie, di risoluzione contrattuale previo accertamento della illegittimità delle disposizioni della *lex specialis*, in subordine di condanna al pagamento dell'indennizzo ex art. 2041 c.c.) di cui chiede l'accoglimento, allegando perizia di parte in ordine al danno economico subito.

Resiste in giudizio l'Azienda Ospedaliera che replica alle censure, ritiene che il rapporto contrattuale in questione debba essere qualificato come concessione di servizi, con conseguente devoluzione del "rischio operativo" sul contraente, argomentazione da cui fa discendere la richiesta di reiezione del gravame proposto. Eccepisce la tardività delle censure dirette contro le disposizioni ritenute lesive contenute nel capitolato speciale d'appalto e conclude per il rigetto del mezzo di gravame.

All'udienza del 24.5.2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

La risoluzione della controversia discende dall'inquadramento giuridico del rapporto in contestazione che, per le ragioni di seguito illustrate, va qualificato come concessione di servizi devoluta alla giurisdizione esclusiva di questo giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) del c.p.a. (*"controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità"*).

Al riguardo, giova rammentare che il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi per l'assunzione da parte del concessionario del c.d. "rischio operativo" (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2426/2021): mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sul primo, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione. In altri termini, l'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza essere l'unico, è versato direttamente

dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre nella concessione di servizi il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo, e la concessionaria non è direttamente retribuita dalla amministrazione aggiudicatrice ma ha il diritto di riscuotere la remunerazione presso terzi.

Tale indirizzo è, peraltro, coerente con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., Sez. Unite, n. 9965/2017), secondo cui la qualificazione di un'operazione come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi va svolta esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione Europea. Ebbene, ai fini del diritto dell'Unione, un appalto pubblico di servizi comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi mentre, al contrario, è ravvisabile concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del concessionario di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, traendo la propria remunerazione dai proventi ricavati dagli utenti, di modo che sul concessionario gravi il rischio legato alla gestione del servizio (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 novembre 2011, causa C-348/10; 10 marzo 2011, causa C-274/09; 18 luglio 2007, causa C-382/05; 20 ottobre 2005, causa C-264/03; 18 gennaio 2007, causa C-220/05).

La nozione unionale di concessione di pubblico servizio è stata chiaramente recepita dalle norme di settore che si sono succedute:

- dapprima il D.Lgs. n. 163/2006, art. 3, comma 12, che ha attuato le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha stabilito che la "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo;
- in seguito, la lettera vv) del D.Lgs. n. 50/2016, art. 3, di attuazione delle direttive n. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, ha definito

"concessione di servizi" il *"contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale uno o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi"*.

Nella concessione di servizi è centrale, quindi, l'elemento del "rischio operativo" che sussiste qualora l'aggiudicatario rinvenga il proprio profitto direttamente nei pagamenti ai quali sono tenuti gli utenti dei servizi. Tale nozione si rinviene nella definizione di concessione fornita dall'art. 5 della successiva direttiva n. 2014/23/UE, in cui si legge del rischio *"legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o entrambi"*, configurabile allorché, *"in condizioni normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione"*.

Analoga definizione è contenuta nell'art. 3, lett. zz) del D.Lgs. n. 50/2016, laddove per "rischio operativo" si intende *"Il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile"*.

Anche la giurisprudenza amministrativa si è adeguata a questa distinzione, rimarcando (tra varie, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2624/2014) che, quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui si può

affermare che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi; tanto, che è giunta a ritenere (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 13/2013) che la concessione di servizi presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione, appunto, del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi e di sfruttare economicamente il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Nel caso in esame, il servizio affidato a C.S.A. consisteva nell'archiviazione e custodia delle cartelle cliniche ospedaliere e dei referti di Pronto Soccorso, nonché nella consegna di copia di tale documentazione all'utenza. Ai sensi dell'art. 2 del capitolato speciale di appalto, il servizio era svolto in locali messi a disposizione dall'azienda, senza previsione di alcun canone e senza alcun corrispettivo prefissato per il concessionario; detto servizio era remunerato con il pagamento - direttamente effettuato da parte della utenza - del costo della copia delle cartelle cliniche rilasciate (art. 26 del capitolato speciale d'appalto, secondo cui ... *“L’A.O. affida al Soggetto aggiudicatario la riscossione di quanto dovuto per il rilascio delle copie della documentazione, decidendo però di stabilire le seguenti condizioni inderogabili: 1. devono essere previste le seguenti fasce economiche di rimborso inderogabili: 1. devono essere previste le seguenti fasce economiche di rimborso da parte degli utenti, a seconda del numero di pagine costituenti il documento ... il costo del rilascio della singola copia del documento conforme per gli utenti non potrà essere inferiore a euro 10 e superare gli euro 30,00 iva inclusa”*); la disciplina di gara escludeva espressamente oneri a carico dell'Azienda Ospedaliera (art. 26 del capitolato speciale d'appalto: *“Non è previsto che al Soggetto Aggiudicatario venga riconosciuta direttamente dall'Azienda alcuna somma per l'erogazione dei servizi stabiliti nel presente Capitolato”*).

In base a tali previsioni il rischio economico della gestione veniva assunto in via esclusiva dal Consorzio e, peraltro, l'erogazione del servizio veniva rivolta, non già in favore dell'amministrazione, ma della collettività degli utenti che frequentava la struttura pubblica e che corrispondeva il corrispettivo dovuto.

Dal predetto inquadramento del rapporto come concessione di servizi discende la conseguente operatività della regola di cui all'art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui nei contratti di concessione opera il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz), riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico - finanziario, fermo restando che detto rischio non può subire artificiose modifiche ad opera della stazione appaltante, dovendosi considerare solo il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico.

Al riguardo, si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione.

Il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (Corte di Giustizia UE, 27 ottobre 2005, causa C-234/03; T.A.R. Calabria, n. 1600/2017).

Alla luce delle richiamate considerazioni, nella fattispecie in scrutinio l'operatore non può lamentarsi dello squilibrio sinallagmatico e della insoddisfacente redditività del servizio; invero, l'esistenza di un concreto rischio operativo era ben desumibile dalla disciplina di gara (art. 2 del capitolato speciale), laddove si chiariva la natura meramente presuntiva del fabbisogno stimato (rapportato ai quantitativi previsti per l'anno 2007, stimati

in circa 35.000 cartelle cliniche, con stima simile per gli anni successivi) che avrebbe potuto subire *“variazioni in relazione all'andamento reale dei ricoveri, dei servizi erogati e delle politiche sanitarie”*.

Analoga precisazione era contenuta nella lettera di invito (art. 1, oggetto della fornitura) che chiariva quanto segue: *“le quantità riportate nel capitolato rappresentano il fabbisogno presunto; pertanto esse non sono impegnative, quindi la Ditta è tenuta ad effettuare la prestazione corrispondente al reale fabbisogno della A.O., sia in aumento che in diminuzione”*.

Non può essere accordato rilievo preminente alla indicazione contenuta nel capitolato speciale d'appalto circa il numero di cartelle cliniche (n. 35.000) del 2007 che, per espressa previsione, costituiva un parametro orientativo, potendo subire variazioni in relazione all'andamento reale dei ricoveri, dei servizi erogati e delle prestazioni sanitarie (art. 26 capitolato speciale d'appalto).

Al riguardo, è stato chiarito in giurisprudenza che l'esatto computo del valore del contratto assume rilevanza per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione ex art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 e art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016 che si traducono nell'informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4343/2016; Sez. V, n. 748/2017; deliberazione AVCP n. 40 del 19 dicembre 2013), con la precisazione che tale valore non può essere computato con riferimento al costo o canone della concessione, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio.

Nella presente fattispecie, da un lato l'amministrazione ha stimato il volume dei ricavi che il servizio avrebbe potuto generare, allo scopo di orientare gli operatori economici circa la dimensione economica del servizio da affidare, fornendo una stima orientativa, dall'altro l'operatore era reso espressamente edotto che l'effettiva remuneratività del servizio dipendeva dal flusso di accesso degli utenti e dalle relative richieste di copie delle cartelle cliniche;

ovviamente, resta impregiudicato che, in ogni caso, il rischio di cui il concessionario è portatore discende anche dalle scelte imprenditoriali in merito all'organizzazione dei mezzi e delle modalità di offerta del servizio, in quanto capaci di orientare la domanda e di condizionare, almeno in una certa misura, i fattori esogeni (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2926/2017). Va in ogni caso chiarito che la previa stima approssimativa del fatturato compiuta dalla stazione appaltante non può ritenersi idonea a neutralizzare l'alea imprenditoriale (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2926/2017) e a trasferire il rischio di impresa dal concessionario all'amministrazione appaltante, stravolgendo l'oggetto specifico della concessione di servizi, contraddistinto, come visto, dall'assunzione di un rischio operativo da parte del concessionario.

Dalle considerazioni illustrate discende che, sulla base della disciplina di gara, l'operatore ricorrente è stato messo in condizioni di formulare consapevolmente la propria offerta, in quanto edotto sulla natura meramente indicativa del fatturato riferito a precedenti annualità; pertanto, alcuna responsabilità a titolo di responsabilità precontrattuale può essere imputata all'amministrazione per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. nella predisposizione della disciplina di gara, peraltro non tempestivamente impugnata (con conseguente preclusione delle censure riferite alla presunta vessatorietà delle clausole contrattuali) e, pertanto, non ritenuta preclusiva della possibilità di formulare un'offerta in sede di gara.

Si aggiunga che, contrariamente alle deduzioni di parte ricorrente, non è predicabile la risoluzione di diritto del contratto d'appalto conseguente alla presunta inerzia della stazione appaltante sulla diffida ad adempiere del 16.12.2014, con cui si contestava il mancato rispetto dei quantitativi indicati nella disciplina di gara e la tardiva "chiusura" delle cartelle da parte dei Primari della struttura sanitaria che avrebbero negativamente inciso sull'equilibrio sinallagmatico.

In senso contrario, si è visto che non è prospettabile un inadempimento dell'amministrazione rispetto a previsioni di redditività del servizio non vincolanti ma meramente indicative, sicché l'insussistenza per le ragioni illustrate di un effettivo inadempimento dell'amministrazione appaltante preclude, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. Civ., n. 40325/2021), l'operatività del meccanismo risolutivo di cui all'art. 1454 c.c. (Cass. Civ., n. 7463/2020: *“anche ai fini dell'accertamento della risoluzione di diritto conseguente alla diffida ad adempiere, intimata dalla parte adempiente e rimasta senza esito, il giudice è tenuto a valutare la sussistenza degli estremi, soggettivi e oggettivi, dell'inadempimento, verificando, in particolare, sotto il profilo oggettivo, che l'inadempimento non sia di scarsa importanza, alla stregua del criterio indicato dall'art. 1455 c.c.”*).

Non persuade l'argomentazione attorea in ordine alla presunta *culpa in vigilando* della parte resistente per non aver curato la tempestiva “chiusura” delle cartelle cliniche da parte del personale sanitario.

In materia di responsabilità contrattuale la giurisprudenza di legittimità ha da tempo chiarito che è onere del creditore - attore dimostrare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del debitore è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno lamentato (Cass. Civ., n. 10050/2022; 29315/2017; n. 3704/2018), mentre è onere del debitore dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza.

Nel caso specifico, non vi è prova che la dedotta *culpa in vigilando* abbia effettivamente cagionato il mancato conseguimento del fatturato atteso, non risultando comprovato il rapporto di causalità nei termini descritti tra il ritardo nella “chiusura” delle cartelle ed il pregiudizio patrimoniale. Difatti, in base alla scrutinata disciplina di gara e contrattuale, la previsione di fatturato su cui la esponente fondava le proprie aspettative di redditività dipendeva

dalle richieste di estrazione di copia da parte della utenza (sulla quale, come si è visto, gravava l'onere di pagamento della tariffa) e non vi è prova che il relativo calo sia da imputare ad una condotta negligente dei sanitari nel confezionamento delle cartelle cliniche, fondandosi la diversa ermeneutica su un convincimento dell'istante privo di supporto probatorio.

Neppure ha pregio la domanda subordinata di condanna dell'intimata amministrazione al pagamento dell'indennizzo ex art. 2041 c.c..

Ed invero, il requisito di sussidiarietà che contraddistingue l'istituto non consente che detta azione possa essere esperita in alternativa subordinata a quella contrattuale per eluderne gli esiti sfavorevoli, ogni qual volta, cioè, quest'ultima, sebbene astrattamente configurabile, non consenta in concreto, per ragioni di fatto o di diritto, il recupero dell'utilità trasferita da una parte all'altra; al contrario, esso sta a significare soltanto che gli spostamenti patrimoniali non sorretti da giusta causa devono essere retrattati nei limiti del minor valore tra arricchimento a danno (Cass. Civ., n. 13967/2019).

L'indennità di cui alla richiamata disposizione va quindi corrisposta nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dalla parte nell'erogazione della prestazione e non, come ritiene l'istante, per sopperire al mancato guadagno che lo stesso avrebbe potuto trarre dalla esecuzione del rapporto contrattuale nei termini auspicati.

In conclusione, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso va conclusivamente rigettato.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3225/2017; n. 3229/2017; Cassazione civile, Sez. V, n. 7663/2012). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

La regolazione delle spese di giudizio segue la soccombenza in applicazione del criterio di cui agli artt. 91 c.p.c. e 26 c.p.a..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore della controparte processuale che liquida in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO