

T.A.R. Sicilia, Catania, Sez.IV, 7 gennaio 2010, n.3

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Catania,
(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1087 del 2005, proposto da:
C. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. G.C., con domicilio eletto
in Catania;

contro

C. di M., rappresentato e difeso dall'avv. G. G., con domicilio eletto
in M.;

per ottenere

il risarcimento dei danni patiti a causa della mancata aggiudicazione
ed esecuzione dell'appalto dei lavori "lavori di costruzione di un
parcheggio e di completamento della via Archimede", per l'importo a
base d'asta di lire 823.590.042 (Euro 425.348,75).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di M.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2009 il dott.
Ettore Leotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Il C. di M. ha bandito una gara di appalto, a pubblico incanto, per
l'esecuzione dei "lavori di costruzione di un parcheggio e di
completamento della via Archimede", per l'importo a base d'asta di
Lire 823.590.042 (Euro 425.348,75).

Con verbale di gara del 13 dicembre 1995 sono stati ammessi n. 201
concorrenti e, determinata la media dell'11,05029%, l'appalto è stato
aggiudicato alla C. S.r.l., con il ribasso dell'11,077%.

Senonché, con esposto del 29 gennaio 1996 l'I. R. C. ha contestato
l'ammissione alla gara dell'I. P., perché la relativa offerta era
priva di firma, ed il C. R. di C. - Sezione di Catania, ha annullato
la delibera di G.M. n. 33 del 16 gennaio 1996 di approvazione degli
atti di gara.

Pertanto, con successivo verbale del 26 marzo 1996 la predetta gara è
stata riaperta e, disposta l'esclusione dell'Impresa P. e
rideterminata la media nella misura dell'11,03468%, l'appalto è stato
aggiudicato all'Impresa R. C., con il ribasso dell'11,05%. Gli atti di
gara sono stati approvati con delibera della G.M. n. 440 del 2 aprile
1996.

La seconda aggiudicazione è stata contestata dalla C. S.r.l. con
telegramma del 29 giugno 1996 ed è stata impugnata dalla stessa
Società con ricorso n. 3591/1996, notificato il 17 luglio 1996, con il
quale è stata dedotta l'illegittimità dell'ammissione alla gara della
C. I. A. e & S.r.l., la quale non avrebbe prodotto il modulo GAP.

Con sentenza n. 735 del 29 marzo 2001 questo Tribunale - Sezione Prima
ha dichiarato inammissibile per carenza d'interesse il predetto
ricorso.

Senonché, con decisione n. 188 del 5 aprile 2002, in accoglimento
dell'appello della C. S.r.l., il C.G.A. ha annullato la sentenza di I°
grado:

- per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di riapertura
della gara;

- perché, in effetti, la C. e & S.r.l. doveva essere esclusa e la gara
doveva essere riaperta, con conseguente ricalcolo della media delle

offerte (da determinare senza alcuna limitazione del numero delle cifre decimali), tenendo conto che, ai sensi dell'art. 43 della L.R. n. 21/1985, modificato dall'art. 38 della L.R. n. 10/1993, l'aggiudicazione doveva essere disposta a favore dell'offerta il cui ribasso percentuale (del quale andavano prese in considerazione tutte le cifre decimali) eguagliava o più si avvicinava per eccesso alla media dei ribassi, da rideterminare a seguito dell'esclusione dell'offerta della C. Ing. A. e & S.r.l.

Con la stessa decisione è stata rigettata l'eccezione di rito sollevata dalla difesa del C. di M., secondo cui vi sarebbe stato un autonomo profilo di carenza d'interesse del ricorso della C. S.r.l., in quanto, oltre all'offerta della C e & S.r.l., avrebbe dovuto essere esclusa l'offerta della 2. C. S.r.l., a sua volta inadempiente nella produzione di altro documento prescritto dal bando di gara.

A tal proposito, il Giudice di appello ha affermato quanto segue:

"Siffatta eccezione ... è ... destituita di fondamento, ove soltanto si consideri che l'esclusione di altra impresa, per motivo del tutto diverso da quello formante oggetto di censura, costituisce circostanza meramente ipotetica, incerta nell'an e nel quando, in quanto inerente all'esercizio di futura e meramente eventuale attività procedimentale e provvedimentale, di cui l'Amministrazione non ha finora ritenuto di avvalersi".

Indi la predetta decisione ha così concluso:

"In forza dell'effetto ripristinatorio del giudicato, l'amministrazione comunale deve rinnovare integralmente, ora per allora, il procedimento di apertura della gara, riformulando la media delle offerte, senza tener conto di quella presentata dall'impresa C. I. A. e C., esclusa dal nuovo esperimento di gara, addivenendo alla conseguente aggiudicazione".

Frattanto, ricevuta il 17 luglio 1996 la notificazione del ricorso n. 3591/1996 con annessa domanda cautelare, il C. di M. il 18 luglio 1996 ha stipulato il contratto di appalto con l'i. R., di modo che, quando sono state adottate le decisioni del Giudice amministrativo, i lavori sono risultati già eseguiti da tempo.

Poiché il Comune di M. non ha adottato alcun provvedimento in esecuzione della decisione del C.G.A., con ricorso notificato il 27 aprile 2005, depositato il 5 maggio 2005, la C. S.r.l. ha adito questo Tribunale, chiedendo il risarcimento dei danni patiti a causa della mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto dei lavori di cui trattasi, danni che sono stati così quantificati:

- Euro 42.534,87 (Lire 82.359.004) per mancato utile d'impresa, equivalente al 10% dell'importo contrattuale;
- Euro 149.770,00 per mancato incremento delle potenzialità lavorative che l'esecuzione dell'appalto avrebbe comportato alla ricorrente in relazione alla maggiore qualificazione tecnica ed economica valida (sia con il vecchio sistema dell'ANC, che con il nuovo delle SOA) ai fini della partecipazione a future gare d'appalto;
- Euro 13.396,00 per danni, spese vive ed aliquota, spese generali sostenute per la partecipazione.

Il tutto per complessivi Euro 205.700,87 o altra maggiore o minore somma, da accertarsi mediante consulenza tecnica d'ufficio.

Il Comune di M. si è costituito in giudizio per avversare il gravame, sostenendo che l'E. avrebbe sempre agito nel pieno rispetto delle regole dell'imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione ed ha evidenziato in particolare che tra la data di svolgimento della gara (26 marzo 1996) e la data di stipulazione del contratto (18 luglio 1996) sarebbero trascorsi più di tre mesi, senza che in tale lasso di tempo la C. S.r.l. avesse avanzato alcun rilievo in proposito.

Alla pubblica udienza del 3 dicembre 2009 la causa è passata in decisione.

2) Il ricorso è fondato.

Dalla copia dello "stato di avanzamento n. 1 dei lavori a tutto il 25 luglio 1996", prodotta in giudizio dalla parte ricorrente, risulta che il C. di M. ha proceduto alla consegna informale dei lavori all'I. R. C. in data 10 maggio 1996, ossia più di due mesi prima della stipulazione del contratto di appalto.

Ancora, dalla documentazione depositata in giudizio risulta che la C. S.r.l. ha contestato la seconda aggiudicazione con telegramma del 29 giugno 1996 e che il ricorso al Tar n. 3591/1996, proposto dalla stessa I., è stato notificato al C. di M. il 17 luglio 1996, il giorno prima della stipulazione del contratto di appalto con l'I. R. C., avvenuta il 18 luglio 1996.

Tali fatti, unitariamente considerati, danno la piena prova della colpa grave dell'Amministrazione che:

- ha consentito la realizzazione dell'opera in via di fatto, ancora prima della stipula del relativo contratto;
- pur di legittimare il proprio operato, non supportato dalla necessaria attività negoziale, ha stipulato il contratto di appalto senza attendere l'esito del giudizio cautelare avanti il Tar, come sarebbe stato opportuno fare in via prudenziale.

Ciò ha di fatto vanificato la fase cautelare del ricorso n. 3591/1996 ed ha reso irreversibile la realizzazione dei lavori da parte dell'I. R.

Ancora, allorché il giudizio avverso la seconda aggiudicazione è stato definito con decisione del C.G.A. n. 188 del 5 aprile 2002, la stessa A. ha illegittimamente ommesso di ripetere le operazioni di gara, che sicuramente si sarebbero concluse con l'aggiudicazione a favore della C. S.r.l.

Il Collegio perviene a tale conclusione, osservando che:

- Contrariamente a quanto sostenuto dal C. resistente, l'offerta della 2. C. S.r.l. non poteva essere esclusa, atteso che per giurisprudenza assolutamente pacifica l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo può essere disposto a distanza di molti anni soltanto in presenza di un interesse pubblico all'annullamento, diverso dal semplice ripristino della legalità violata, interesse pubblico che nel caso in specie la Stazione appaltante non ha prospettato neppure nei propri scritti difensivi.

In ogni caso, di tale potere annullatorio l'A. c. non si è concretamente avvalsa, anche dopo la decisione del C.G.A. n. 188/2002.

- Dedotte le offerte dell'I. P. (già esclusa dalla Stazione appaltante), nonché della C. I. A. e S.r.l. (da escludere in esecuzione della decisione del C.G.A. prima citata), le offerte rimaste in gara sarebbero state n. 199, con conseguente media dell'11,05423%.

Pertanto, ai sensi dell'art. 43 della L.R. 29 aprile 1985 n. 21 (nel testo sostituito dall'art. 38 della L.R. 12 gennaio 1993 n. 10), con il rifacimento delle operazioni di gara ed in mancanza di offerte presentanti una percentuale di ribasso superiore a tale media incrementata del 4 per cento, l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato, "in favore del concorrente che ha presentato l'offerta che eguaglia o, in mancanza, che più si avvicina in eccesso alla media in tal modo ottenuta", ossia della C. S.r.l., che aveva presentato il ribasso dell'11,077%.

Accertata l'esistenza della colpa grave da parte dell'A. c. e la sicura aggiudicazione (virtuale) dell'appalto a favore della C. S.r.l., il Tribunale deve procedere alla quantificazione del danno patito da quest'ultima come conseguenza di tale colpa grave.

Preliminarmente deve essere disattesa la richiesta di consulenza tecnica di ufficio avanzata dalla parte ricorrente per quantificare il danno subito, in quanto la consulenza non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio che incombe sulla parte stessa (Cfr. Cons. Stato, V, 5 aprile 2005 n. 1563; idem, V, 6 aprile 2009, n. 2143).

A - La ricorrente sostiene anzitutto di aver subito un danno da "lucro cessante", per mancato utile d'impresa, quantificato nel 10% del prezzo a base di gara, ai sensi dell'art. 345 della L. n. 2248 del 1865 All. F.

Il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, con sentenza 21 maggio 2009 n. 3144, alla quale espressamente si rinvia, ha affermato testualmente che:

" ... il criterio del 10%, se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che una impresa trae dall'esecuzione di un appalto, non possa (può), tuttavia, essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata.

Come recentemente affermato da questo Consiglio (sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967), il criterio del 10%, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Appare allora preferibile l'indirizzo che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478).

Nel senso che la percentuale del 10% non rappresenti un criterio automatico di quantificazione del danno sembra deporre, del resto, anche l'art. 20, comma 4, d.l. n. 185/2008, convertito dalla l. n. 2/2009. Tale norma, con riferimento agli appalti relativi ad investimenti pubblici strategici da individuarsi con successivo d.P.C.M., stabilisce che il risarcimento del danno, possibile solo per equivalente, non possa comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere, che sarebbero state seguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario in base all'offerta economica presentata in gara.

Pur essendo dettata con riferimento ad una particolare tipologia di appalti, tale norma conferma che il 10% non possa essere riconosciuto automaticamente, e che sia possibile quantificare il danno in misura minore. Se ciò vale, per espressa previsione legislativa, nei casi in cui (come accade per gli appalti cui si riferisce la l. n. 2/2009) il risarcimento per equivalente rappresenta l'unico strumento di tutela (essendo espressamente escluso il subentro), si deve ritenere che, a maggior ragione, ciò valga anche quando (come accade negli altri casi) la tutela per equivalente è alternativa (almeno in origine) con la tutela in forma specifica.

Inoltre, il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria

perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile.

Si tratta, appunto, di una applicazione del principio dell'aliunde perceptum (ben nota alla giurisprudenza civilistica: basti pensare all'aliunde perceptum del lavoratore illegittimamente licenziato e poi reintegrato), in base al quale, onde evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio, quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione.

Come questo Consiglio ha avuto modo di precisare, tuttavia, l'onere di provare l'assenza dell'aliunde perceptum grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa.

Tale ripartizione dell'onere probatorio, che ha sollevato in dottrina alcune perplessità (si è sostenuto che l'aliunde perceptum verrebbe in considerazione come fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno e non come fatto costitutivo, con la conseguenza che la relativa prova dovrebbe gravare sulla stazione appaltante e non sul privato), muove, tuttavia, come sopra si evidenziava, dalla presunzione, a sua volta fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili.

In sede di quantificazione del danno, pertanto, spetterà all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione all'Amministrazione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno".

Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, tale prova è mancata, essendosi la C. S.r.l. limitata ad allegare l'esistenza di un danno pari "all'utile di impresa previsto dal prezzario regionale", quantificato pertanto erroneamente sul prezzo posto a base di gara, anziché sul prezzo offerto.

Tenuto conto delle considerazioni espresse dal Consiglio di Stato nella sentenza richiamata, risulta equo liquidare, a titolo di lucro cessante, una somma pari all'8% dell'importo dell'offerta economica presentata dall'Impresa ricorrente.

Poiché sul prezzo iniziale a base di gara di Lire 823.590.042 (Euro 425.348,75) la C. S.r.l., con un ribasso dell'11,077%, ha presentato un'offerta di Lire 732.360.974 (Euro 378.232,87), la somma in questione va determinata in Lire 58.588.877 (Euro 30.258,62).

B - La C. S.r.l. chiede poi il risarcimento dei danni subiti per mancato incremento delle potenzialità lavorative che l'esecuzione dell'appalto avrebbe comportato (c.d. danno "curriculare"), in relazione alla maggiore qualificazione tecnica ed economica valida (sia con il vecchio sistema dell'A., che con il nuovo delle SOA) ai fini della partecipazione a future gare d'appalto, e quantifica tali danni in Euro 149.770,00, senza tuttavia spiegarne il metodo di calcolo.

Osserva il Collegio che, come rilevato in numerose decisioni del giudice di appello (Cfr. Cons. Stato, VI, 9 giugno 2008 n. 2751; Cons. Stato, VI, 2 marzo 2009 n. 1180; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2009 n. 3144) "il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a

prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa (può) essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocuenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara.

In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale".

Ciò premesso, tale danno va generalmente rapportato, in via equitativa, a valori percentuali compresi fra l'1% e il 5% dell'importo globale dell'appalto da aggiudicare, depurato del ribasso offerto.

Nella specie, tenuto conto dell'entità dei lavori, il suddetto danno va determinato equitativamente nella misura del 2 % (due per cento) del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso offerto.

Pertanto, alla somma di Lire 58.588.877 (Euro 30.258,62) per danno da "lucro cessante" deve aggiungersi la somma di Lire 14.647.219 (Euro 7.564,65) per danno "curriculare".

C - La ricorrente reclama infine Euro 13.396,00 per danni (non meglio identificati), spese vive ed aliquota, spese generali sostenute per la partecipazione.

La giurisprudenza amministrativa (Cfr. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2009, n. 3144 citata) ha chiarito che "nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751)".

Né si può sostenere che l'impresa abbia sostenuto spese generali per un cantiere che non ha mai attivato.

Conseguentemente tale richiesta risarcitoria, peraltro non documentata, deve essere rigettata.

3) In conclusione, previo riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, l'Amministrazione intimata va condannata a pagare alla parte ricorrente le somme relative, come sopra determinate, entro il termine massimo di sessanta (60) giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notifica della presente decisione.

Trattandosi di debiti di valore (risarcimento del danno), sulle somme così liquidate deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte all'I., che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, 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).

Sulle somme rivalutate non vanno aggiunti gli interessi legali dalla data della stipulazione del contratto fino alla data di deposito della presente decisione, atteso che, altrimenti, si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto (cfr. C. G.A. 22 aprile 2005, n. 276; Cons. Stato, IV, 28 aprile 2006, n. 2408).

Gli interessi legali sulle somme dovute spettano invece dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302; Cons. Stato, IV, 28 aprile 2006, n. 2408 citata).

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate in dispositivo, sono poste a carico dell'Amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania, Sezione Quarta accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, previo riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, condanna il C. di M. a pagare all'Impresa ricorrente le somme di cui in motivazione, nel termine ivi indicato.

Condanna lo stesso C. al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in Euro 500,00 (pari al contributo unificato), e degli onorari e diritti di avvocato, liquidati in Euro 3.000,00 (tremila) oltre Iva e C.p.a. come per legge ed il rimborso spese generali nella misura del 12,50%.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Biagio Campanella, Presidente
Ettore Leotta, Consigliere, Estensore
Francesco Brugaletta, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO