

Il TAR Campania, Sezione staccata di Salerno (sez. prima), con sentenza 11618 depositata il 5/10/2010, è intervenuto in tema di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo riconoscendo utilizzabili, quanto alla sussistenza o meno dell'elemento soggettivo della colpa, *"l e regole di comune esperienza e la presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c. come desunte dalla singola fattispecie".*

LEGGI DI SEGUITO LA SENTENZA DEL TAR CAMPANIA, SEZIONE SALERNO, n. 11618 / 2010 ...

N. 11618/2010 REG.SEN.

N. 00317/2005 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 317 del 2005 ed atti con motivi aggiunti proposti dalla s..r.l. ..., rappresentata e difesa dall'avv.to ..., con domicilio eletto presso lo stesso in Salerno ...,

contro

la Provincia di Avellino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti ... e presso quest'ultimo domiciliata in Salerno nella segreteria del Tribunale,

nei confronti di

ditta ..., rappresentata e difesa dall'avv.to ..., con domicilio eletto presso lo stesso in Salerno nella segreteria del Tribunale,

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- quanto al ricorso principale: 1) del verbale di gara del 18/1/2005 della Commissione esaminatrice, col quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara per l'appalto di fornitura di pali e polloni d'intreccio e la gara medesima è stata provvisoriamente aggiudicata alla ditta ...; 2) ove occorra, dell'art. 1 del disciplinare di gara laddove si prevede l'indicazione dell'importo del ribasso in cifre ed in lettere;

- quanto al primo atto con motivi aggiunti: 1) della determinazione Dirigenziale n. 497 del

26/1/2005, di aggiudicazione definitiva dell’appalto alla ditta ...;

- quanto al secondo atto con motivi aggiunti: 1) della determinazione Dirigenziale n. 497 del 26/1/2005;

e per l’accertamento del diritto al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Avellino e della ditta ...;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2010 il dott. Ferdinando Minichini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Col ricorso notificato e depositato il 21 febbraio 2005 e con i collegati atti con motivi aggiunti, la s.r.l. ... ha impugnato gli atti della sua esclusione dalla gara indetta dalla Provincia di Avellino per la fornitura di pali e polloni da intreccio, nonchè quelli di aggiudicazione dell'appalto alla ditta ....

Questo Tribunale, con la sentenza non definitiva n. 5612 del 2 luglio – 10 ottobre 2009, ha accolto l'impugnativa, ha annullato gli atti impugnati ed ha disposto gli incombenti istruttori per la decisione relativa alla pure svolta domanda di risarcimento dei danni.

La resistente Provincia ha adempiuto alla richiesta istruttoria con la relazione depositata il 12 novembre 2009 ed ha depositato documenti il 4 febbraio 2010.

La società ricorrente ha depositato memoria difensiva il 29 gennaio 2010.

Nell'odierna udienza la causa è stata trattenuta per la decisione definitiva.

DIRITTO

Come è stato esposto in narrativa, questo Tribunale, con la sentenza non definitiva n. 5612/2009, ha accolto l'impugnativa proposta dalla s.r.l. ... avverso gli atti della sua esclusione dalla gara indetta dalla Provincia di Avellino per la fornitura di pali e polloni da intreccio e di aggiudicazione della stessa alla ditta ..., ed ha disposto incombenti istruttori per la decisione in ordine ai conseguenziali effetti di reintegrazione in forma specifica della posizione della ricorrente ovvero per equivalente risarcitorio.

La Provincia, con la relazione depositata il 12/11/2009 in adempimento dell'incombente istruttorio, ha chiarito che, a seguito del contratto stipulato il 21/5/2005, la fornitura oggetto dell'appalto è stata interamente eseguita dalla ditta ....

Per gli elementi da ultimo esposti ravvisa il Tribunale che, stante la completata attività di consegna della fornitura, nella complessiva valutazione degli interessi coinvolti sia a parte debitoris che a parte creditoris, debba escludersi la reintegrazione in forma specifica della posizione di parte ricorrente della quale, pertanto, va esaminata la domanda risarcitoria in via surrogatoria.

Al riguardo si deve, in primo luogo, precisare che la società ricorrente, senza l'adozione degli atti impugnati ed annullati in sede giurisdizionale, sarebbe essa risultata aggiudicataria dell'appalto, posto che, come si è ribadito nella decisione non definitiva n. 5612/2009, l'unica offerta ritenuta valida dall'Amministrazione appaltante è quella della controinteressata ....

Sussiste pertanto il profilo oggettivo che è uno degli elementi che dà luogo alla responsabilità dell'Amministrazione per risarcimento del danno, essendo evidente che il danno per mancata aggiudicazione dell'appalto è diretta conseguenza delle illegittimità accertate.

Si osserva poi che, in tema di accertamento della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione, questo Tribunale, in materia di appalti pubblici, aderisce all'orientamento giurisprudenziale secondo cui alla detta responsabilità appare più pertinente lo schema della disciplina relativa alla responsabilità aquiliana perché questa rivela una maggiore coerenza con i caratteri oggettivi della lesione degli interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela. (Cfr. Cons. di Stato -Sez. VI - 23/6/2006 n. 3981; id. 9/11/2006 n. 6607; id. Sez. IV 6/7/2004 n. 5012 ; id. Sez. IV 10/8/2004 n. 5500 ; decisione n. 2430/2004 di questo Tribunale)

Quanto alla sussistenza o meno dell'elemento soggettivo della colpa, inoltre, il Tribunale, condividendo il medesimo orientamento giurisprudenziale, reputa che al privato danneggiato dal provvedimento amministrativo illegittimo non va richiesto un particolare sforzo probatorio perché, pur non essendo configurabile in assenza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa della p.a., possono soccorrere al riguardo le regole di comune esperienza e la presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c. come desunte dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato, dunque, può invocare l'illegittimità del provvedimento amministrativo come indice presuntivo della colpa e può anche allegare circostanze ulteriori per provare l'assenza dell'errore scusabile della p.a.

Spetterà allora all'amministrazione provare la sussistenza dell'errore scusabile che è prefigurabile, esemplificativamente, nelle ipotesi di formulazione incerta della normativa applicata e da poco tempo entrata in vigore, di estrema complessità dei fatti su cui cade l'applicazione della norma, di influenza decisiva e determinante di fatti o comportamenti di altri soggetti ed in altre ipotesi di analoga significativa rilevanza.

Nel caso in esame si rivela sussistente la responsabilità della p.a. anche sotto il profilo soggettivo, tenuto conto dei principi generali che ordinariamente vengono seguiti in materia e dell'assenza di ragioni ostative alla piana applicazione della normativa disciplinatrice della gara.

A quest'ultimo riguardo non v'è dubbio, infatti, che una condotta appena normalmente diligente della stazione appaltante non avrebbe portato all'esclusione dalla gara della ricorrente la cui offerta, come si pone in luce nella più volte citata decisione non definitiva n. 5612/2009, era perfettamente ricavabile dall'agevole (e, per limitatezza delle voci, istantanea) sommatoria del prezzo delle singole voci esposte; e che, in presenza di analoga normale diligenza, la controinteressata sarebbe stata esclusa dall'appalto per mancato inoltro in allegato alla domanda di partecipazione alla gara della copia della carta d'identità ad integrazione autenticativa della relativa sottoscrizione, inoltro prescritto dalla normativa di gara a pena di esclusione dal procedimento.

Va conseguentemente accolta la domanda risarcitoria.

Per la quantificazione del danno la società ricorrente ha chiesto, per lucro cessante, il 10% del valore dell'appalto ed il 3% per perdita di chance correlata all'impossibilità di far valere nelle future gare il requisito economico relativo all'esecuzione dei lavori, nonché, per danno emergente, le spese sostenute per la partecipazione alla gara e quelle relative all'immobilizzazione del personale, dei mezzi tecnici e dei materiali.

Al riguardo va ancora richiamata la giurisprudenza che ha rinvenuto nell'art. 345 della legge 20/3/1865 n. 2248 all. F e nell'art. 122 del D.P.R. 21/12/1999 n. 554 (ora art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006) il riferimento normativo a cui rapportarsi per la liquidazione del danno risarcibile, laddove le dette norme determinano nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore nel caso di recesso facoltativo dell'amministrazione.

Il criterio di massima individuato è condivisibile e va in concreto applicato tenendosi conto che il suddetto 10%, a norma dei richiamati art. 122 del D.P.R. n. 554/1999 ed art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006, va calcolato sui quattro quinti dell'importo a base d'asta depurato dell'eventuale ribasso offerto dall'impresa lesa nel suo interesse all'aggiudicazione. (Cfr. Cons. di Stato -A.P.- 5/9/2005 n. 6; id. T.A.R. Sicilia - CT - Sez. III - 20/10/2005 n. 1792)

Il calcolo dell'utile economico spettante per la mancata aggiudicazione dell'appalto, calcolato con il criterio da ultimo indicato va, poi, ridotto del 5% nei casi in cui, come quello in esame, l'impresa non abbia documentato di non aver potuto utilizzare per altre intraprese i mezzi e le maestranze in essa organicamente inseriti e sistematicamente operanti e disponibili (fermo aziendale), non potendosi, evidentemente, consentire che essa consegua un doppio lucro dall'accoglimento del ricorso.

Nel caso in esame, poi, non può essere accolta, per mancanza di ogni indicazione a comprova del danno patito, la domanda risarcitoria relativa al danno emergente che è ex se agevolmente quantificabile quantomeno con l'individuazione delle spese sostenute, nonché quella relativa alla mancata acquisizione di qualificazione servente le ulteriori gare ed al mancato ammortamento delle attrezzature e del materiale, precisandosi che, per il materiale, non può assumere rilevanza l’acquisto dello stesso da altro soggetto perché, in assenza di registrazione del relativo atto, non v’è certezza della data di compravendita.

Ne consegue che la domanda di risarcimento va parzialmente accolta nei sensi e nei limiti innanzi indicati e sulle somme dovute a titolo risarcitorio, vertendosi in tema di debito di valore da responsabilità extracontrattuale, è dovuta la rivalutazione monetaria a decorrere dalla data di stipulazione del contratto con l’illegittima aggiudicataria sino alla pubblicazione della presente decisione, data dalla quale sono dovuti gli interessi legali in considerazione che il debito, stante la liquidazione giudiziale, si trasforma in debito di valuta.(Cfr. Cons. di Stato – Sez. VI – 21/5/2009 n. 3144)

Ne consegue che la Provincia va condannata al pagamento in favore della società ricorrente del 10% dei quattro quinti dell'importo a base d'asta diminuito dell'eventuale ribasso offerto dalla ricorrente medesima e poi ridotto del 5%, nonché delle somme risultanti dal calcolo della rivalutazione monetaria e degli interessi legali come innanzi precisato sulle somme dovute a titolo risarcitorio.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno poste a carico della Provincia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – 1° Sezione di Salerno – definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, proposto dalla s..r.l. ..., accoglie parzialmente la domanda di ristoro dei danni e, per l'effetto, condanna la Provincia resistente al risarcimento dei danni in favore di parte ricorrente nei sensi e nei limiti indicati in motivazione.

Condanna la Provincia al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio che si liquidano, per onorari e spese di lite, nella complessiva somma di € 1.700,00 (millesettecento) oltre i.v.a., c.p.a. e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giovanni De Leo, Presidente

Ferdinando Minichini, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2010

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

IL SEGRETARIO