

Pubblicato il 13/10/2017

N. 04801/2017 REG.PROV.COLL.
N. 06386/2011 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6386 del 2011, proposto da Armando Albi Marini, in qualità di capo gruppo del R.T.P., nonché da Aldo Loris Rossi e Luigi Vinci, in qualità di membri del R.T.P., rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Palma, Simona Scatola e Francesco Rinaldi, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Napoli, via G.G. Orsini, 30;

contro

il Comune di Castellammare di Stabia, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per

del diritto al risarcimento del' danno, patrimoniale e non patrimoniale, da illegittima attività provvedimentoale, e precisamente da illegittima aggiudicazione di lavori oggetto di pubblico appalto, quantificato in euro 110.000,00, o in quella diversa somma, maggiore

o minore, che si riterrà di giustizia e risulterà in corso di causa, oltre interessi e rivalutazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2017 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato il 29 novembre e depositato il 13 dicembre 2011, l'Ing. Armando Albi Marini, l'Arch. Aldo Loris Rossi e l'Ing. Luigi Vinci – il primo quale capo gruppo ed i secondi nella qualità di membri del raggruppamento temporaneo di professioni (di seguito R.T.P.) – hanno agito per il risarcimento del danno conseguente all'illegittimo affidamento del progetto esecutivo per il restauro delle Antiche Terme Stabbiane disposto, con determinazione n. 160 del 2.11.1999, dal Comune resistente in favore del R.T.P. raggruppamento temporaneo di professionisti Arch. Adele Pezzullo.

La difesa di parte ricorrente ha rappresentato sotto il profilo fattuale:

- di aver proposto rituale e tempestivo ricorso avverso la sopra indicata determinazione; il relativo giudizio è stato definito con sentenza di questo Tribunale del 20.4.2000, n. 1132 che, in accoglimento del gravame, ha annullato gli atti impugnati;
- che avverso la sopra indicata sentenza, il R.T.P. Arch. Adele Pezzullo ha proposto ricorso in appello, al quale ha fatto seguito

l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3954 del 28.7.2000 di accoglimento dell'istanza cautelare, con conseguente sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado;

- che, tuttavia, con decreto n. 5989 del 23.9.2009, depositato in data 2 ottobre 2009, il Consiglio di Stato, sez. V, ha dichiarato l'estinzione del giudizio proposto avverso la sentenza di questo Tribunale n. 1132 del 2000, per non essere stato riassunto nel termine perentorio prescritto, successivamente all'interruzione determinata dal decesso dell'appellante, Arch. Adele Pezzullo, avvenuta in data 23.12.2003;

- che con ricorso iscritto al numero di R.G. 6007 del 2010, gli odierni ricorrenti hanno agito per l'ottemperanza della sentenza n. 1132 del 2000, divenuta, per le ragioni sopra esposte, incontrovertibile a seguito del relativo passaggio in giudicato;

- che, sebbene non costituita nel giudizio di ottemperanza, l'amministrazione intimata ha prodotto una nota del 14.12.2010 con la quale ha rappresentato il definito espletamento del servizio oggetto di appalto con la consegna degli elaborati progettuali;

- che con sentenza n. 3888 del 18 luglio 2011 questa Sezione ha dichiarato inammissibile il ricorso per l'ottemperanza (R.G. n. 6007 del 2010), rilevando la preclusione della riedizione della procedura in ragione degli effetti materiali e giuridici *medio tempore* prodotti in dipendenza della sospensione dell'efficacia della sentenza di questa Sezione n. 1132 del 2000 disposta con l'ordinanza del Consiglio di Stato n.3954 del 28.7.2000. Nondimeno, con la medesima pronuncia, è stata anche rilevata la proponibilità in via autonoma della domanda risarcitoria. In altri termini, esclusa la possibilità di accedere ad un risarcimento in forma specifica, secondo la pretesa in quella sede

azionata, è stata prospettata la proponibilità di una azione risarcitoria per equivalente.

Su tali basi, con il presente giudizio, parte ricorrente ha proposto la domanda risarcitoria per equivalente.

La pretesa in questa sede azionata muove dalla spettanza in favore dei ricorrenti – il cui raggruppamento si è classificato al secondo posto della graduatoria a suo tempo approvata ed annullata in sede giurisdizionale – dell'affidamento in argomento, tenuto conto dell'erronea attribuzione dei punteggi che, ove correttamente assegnati, avrebbero determinato la prevalenza dei ricorrenti sugli altri concorrenti. Nell'articolazione difensiva, tuttavia, il pregiudizio lamentato risulta incentrato sulla perdita di *chance* e su ulteriori voci di danno correlate. Evidenziate le ragioni per le quali risulterebbero integrati nella fattispecie gli elementi costitutivi della responsabilità dell'amministrazione, parte ricorrente ha, quindi, qualificato e quantificato il danno nei seguenti termini: 1) costi sostenuti per la partecipazione alla gara nonché ulteriori spese sostenute per esercitare il proprio diritto di difesa avverso l'illegittima aggiudicazione, per un importo pari a 30.000,00 euro; 2) perdita di utile d'impresa, quantificato nella misura del 10% dell'importo oggetto di appalto, ossia di euro 387.342,00, per una somma, dunque, pari ad euro 40.000,00; 3) danno curriculare, per un importo pari ad euro 20.000,00; 4) danno non patrimoniale da discriminazione e all'immagine dei professionisti, quantificato in euro 20.000,00. Oltre a tali importi, ammontanti complessivamente a 110.000,00 euro, parte ricorrente ha richiesto anche la liquidazione della maggior somma a titolo di interessi e rivalutazione.

Il Comune di Castellammare di Stabia non si è costituito in giudizio per resistere al gravame.

All'udienza pubblica del 26 settembre 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene preliminarmente di chiarire che la domanda risarcitoria in questa sede azionata ha ad oggetto danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato.

1.1 Come rappresentato nella narrativa in fatto e come chiaramente evidenziato nella sentenza di questa Sezione n. 3888 del 18 luglio 2011, la rinnovazione della gara è stata preclusa a causa degli effetti materiali e giuridici *medio tempore* prodotti durante il periodo di sospensione dell'efficacia della sentenza di questa Sezione n. 1132 del 2000, giacché il servizio oggetto della procedura è stato integralmente espletato.

1.2. All'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3954 del 28.7.2000, di sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado, ha fatto seguito l'ordinanza, sempre del Giudice d'Appello n. 3772 del 12 luglio 2005, con la quale è stata disposta l'interruzione del giudizio, per decesso dell'appellante, dichiarato all'udienza pubblica del 15 marzo 2005 alla presenza dei difensori delle parti. Con il decreto n. 5989 del 23.9.2009, il Consiglio di Stato ha, infine, dichiarato l'estinzione di quel giudizio per mancata riassunzione nei prescritti termini. Peraltro, proprio tenuto conto del periodo di sospensione della sentenza di primo grado sopra indicata, il ricorso introduttivo del presente giudizio deve ritenersi tempestivamente proposto.

2. Giova precisare, tuttavia, che, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte ricorrente, quel giudicato favorevole, cristallizzatosi solo a seguito del decreto n. 5989 del 2009 del Consiglio di Stato che ha dichiarato l'estinzione del giudizio di appello proposto avverso la sopra indicata sentenza di primo grado, non ha riconosciuto che l'aggiudicazione in argomento avrebbe dovuto senz'altro essere disposta in favore del R.T.P. ricorrente, avendo, per contro, trovato accoglimento censure idonee a soddisfare l'interesse strumentale alla riedizione della procedura. A tale riguardo, restano attuali le argomentazioni sviluppate nella sentenza di questa Sezione n. 3888 del 18 luglio 2011, nella parte in cui si afferma: *«In tali ipotesi, in cui non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata, il risarcimento riguarderà la mera possibilità di aggiudicazione della gara stessa. E' quanto si riscontra nel caso in esame, in cui può configurarsi solo un risarcimento per la c.d. perdita di chance, atteso che la eliminazione della fase procedimentale viziata non comporta la automatica aggiudicazione in favore degli odierni ricorrenti, residuando un apprezzamento tecnico discrezionale in ordine agli elementi della offerta da parte della totalità dei commissari. Peraltro ciò non esclude la sussistenza di un danno risarcibile atteso che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. sez. unite civili — 26/1/2009 n. 1850), la perdita di chance — come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene — non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a se stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione».*

3. Chiarito, dunque, che nella fattispecie vengono in rilievo pretese risarcitorie correlate alla perdita delle *chance*, il ricorso merita accoglimento nei termini di seguito indicati.

3.1. Il Collegio condivide l'orientamento espresso dalla prevalente giurisprudenza alla stregua del quale la lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene può essere in concreto ravvisata e risarcita (ove ne ricorrano i presupposti anche in via equitativa), solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene medesimo e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta (Cons. Stato, V, n.3249/2015; IV, n. 131 del 2015; V, n. 3082 del 2014; V, n. 2195 del 2014; Cass., n. 20351 del 2010 e n. 21255 del 2013). In tale quadro è stato anche sottolineato che l'interessato ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità concreta che avrebbe avuto di conseguire il risultato sperato.

3.2. Dalla documentazione versata in atti e dalla pronunce sopra indicate emerge la partecipazione alla selezione di due concorrenti, il raggruppamento controinteressato, risultato vincitore con punti 80, e quello degli odierni ricorrenti, graduato al secondo posto con 75,52 punti.

3.3. Tale circostanza, associata anche alle ulteriori evidenze in atti riferite segnatamente alle modalità con le quali è stato applicato il c.d. metodo Karrer ed ai giudizi espressi dai componenti della commissione, comprova non solo la sussistenza di una probabilità di successo statisticamente significativa, in quanto almeno pari al cinquanta per cento, ma quanto meno una forte probabilità di esito positivo della selezione per il R.T.P. ricorrente. Dalla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione di questa Sezione, passata in giudicato, risulta, infatti, che tre componenti della commissione su

cinque si sono espressi, con una valutazione omogenea, nel senso della prevalenza della offerta presentata dal raggruppamento ricorrente rispetto a quella presentata dal raggruppamento risultato vincitore (valutazione assegnata al R.T.P. Albi Marino: 16, 17, 16; valutazione assegnata al R.T.P. Pezzullo: 14, 14, 11), mentre l'esito conclusivo è scaturito non già dal giudizio mediamente più condiviso bensì dalla incidenza e prevalenza del giudizio dei restanti due commissari.

3.4. La pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione assorbe, inoltre, il requisito soggettivo della colpa, alla stregua dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ormai univocamente applicati (Corte di Giustizia UE, 30 settembre 2010 causa C-314).

4. Per completezza, il Collegio ritiene anche di evidenziare che, ad un attento esame, non emergono circostanze idonee a fondare, nella fattispecie, l'applicazione dell'art. 1227 c.c. e ciò in quanto il raggruppamento ricorrente ha azionato prontamente tutti gli strumenti all'uopo previsti a tutela della propria situazione giudica soggettiva, essendo, come sopra esposto, la preclusione della possibilità di svolgere l'affidamento conseguita agli sviluppi del giudizio di appello proposto dalla controinteressata, vincitrice della selezione annullata in primo grado. L'estinzione del giudizio d'appello risale, in particolare, al 2009 ed a seguito di tale pronuncia gli interessati hanno proposto il ricorso iscritto al numero di registro generale 6007 del 2010, definito la sentenza sopra richiamata n. 3888 del 18 luglio 2011, in esito alla quale è poi scaturita la proposizione del presente giudizio. Il Collegio rileva, peraltro, in tale quadro, che le incertezze interpretative all'epoca esistenti quanto a taluni profili

attinenti al risarcimento del danno per illegittimo esercizio dell'azione amministrativa comprovate da una non univocità degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza nel periodo, peraltro, di entrata in vigore del codice del processo amministrativo escludano l'esigibilità di un canone di diligenza diverso da quello profuso dalla parte ricorrente.

5. Il Collegio deve, a questo punto, procedere alla quantificazione del danno.

5.1. La quantificazione prospettata non può essere avallata, dovendosi considerare che poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), deve escludersi il ricorso ad automatismi nella quantificazione e neanche può essere invocata (come pure richiesto da parte ricorrente) una consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere di allegazione e prova da parte del privato.

5.2. Ciò che emerge nella fattispecie è, invece, una oggettiva situazione di impossibilità ovvero di estrema difficoltà di una precisa prova dell'ammontare del danno che giustifica il ricorso al criterio equitativo, ai sensi dell'art. 1226 c.c., precipuamente considerando l'oggetto della procedura attinente a prestazioni di opera intellettuale di non agevole quantificazione.

5.3. Tenuto conto del valore dell'affidamento e degli altri elementi emergenti in atti, il Collegio valuta congruo quantificare il danno da perdita di chance in euro 20.000,00 (ventimila/00).

5.4. In ordine alle spese di partecipazione alla gara, pure richieste da parte ricorrente, l'orientamento della giurisprudenza è fermo nel

ritenere che le spese di partecipazione alla gara, legali e di progettazione non spettano nel caso di domanda di risarcimento danni per mancata aggiudicazione, trattandosi di spese che la società avrebbe comunque sostenuto, anche in caso di aggiudicazione, e quindi manca la riconducibilità all'area del danno, in quanto non conseguenza del fatto illegittimo dell'amministrazione, ma sostenuto come onere, legittimamente imposto, per la partecipazione alla gara e difettando così la riconducibilità del costo all'area del danno (cfr., in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2016 n. 3634 e 12 maggio 2016 n. 1904).

5.5. Invero, come la giurisprudenza ha avuto pure modo di precisare, i costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione e chieda il mero danno da esclusione, atteso che in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della chance di aggiudicazione) mancano 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015 n. 656 e sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751).

5.6. D'altronde, la partecipazione alle gare di appalto comporta per i concorrenti dei costi che, ordinariamente, restano a carico dei medesimi, in caso sia di aggiudicazione sia di mancata aggiudicazione: infatti, le spese di partecipazione in generale costituiscono un investimento ed anche un rischio del concorrente,

funzionale alla previsione di guadagno derivante dall'eventuale aggiudicazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009 n. 1180). Dette spese si configurano come danno emergente soltanto nel caso - diverso dalla fattispecie in esame - in cui il concorrente subisca un'esclusione illegittima, perché in tale evenienza viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4435).

5.7. Alle stesse conclusioni negative deve pervenirsi quanto alle spese legali sostenute per la proposizione delle azioni a tutela esperite in sede giurisdizionale, in quanto ricomprese e definite dalle statuizioni recate sul punto dalle sentenze che hanno definito i giudizi.

5.8. La difesa di parte ricorrente ha anche richiesto il risarcimento del danno c.d. curriculare, procedendo ad una quantificazione forfettaria parametrata al 5% del valore dell'appalto, nonché ulteriori importi a titolo di danno non patrimoniale da discriminazione e all'immagine.

5.9. In relazione a tale segmento della pretesa, il Collegio rileva che il c.d. danno curriculare è volto a riparare un pregiudizio connesso al mancato accrescimento della capacità di competere sul mercato, traducendosi in una maggiore probabilità di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti in virtù dell'arricchimento del curriculum professionale.

5.10 Al riguardo, è stato evidenziato che: *«Non è dubitabile che 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 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. Pertanto, alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano indiretti nocimenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato. Deve perciò ritenersi 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» (così Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2015 n. 4283 e, nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 aprile 2015 n. 1839).

5.11 Esclusa la risarcibilità delle ulteriori voci di danno non patrimoniale lamentate (da discriminazione e all'immagine professionale), in quanto genericamente dedotte, il Collegio ritiene equo liquidare il danno curriculare nella somma pari ad euro cinquemila/00 (5.000,00) complessive, in ragione della peculiarità della gara, sia quanto alla natura delle prestazioni sia quanto all'opera oggetto dell'intervento (radicale recupero di un antico complesso termale di primario rilievo sul piano socio economico nell'ambito territoriale nel quale è insediato).

5.12 Sulla somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno, si dovranno calcolare la rivalutazione monetaria e gli interessi legali fino alla pubblicazione della sentenza.

In particolare, gli interessi cd. compensativi dovranno essere computati secondo i criteri stabiliti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 1712 del 17 febbraio 1995 e, quindi, calcolati dalla data del fatto non già sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno, cioè in riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la ridetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 6287 del 2014 e Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5686).

Va considerato, infine, che, trasformandosi, con la liquidazione giudiziale, il debito di valore in debito di valuta, sulla somma complessiva ora indicata dovranno essere corrisposti gli interessi

legali, con decorrenza dalla data di pubblicazione della sentenza e fino all'effettiva soddisfazione del credito risarcitorio (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 dicembre 2013 n. 2681).

6. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso va accolto nei termini e nei limiti esplicitati nei capi precedenti della presente pronuncia, con conseguente condanna del Comune di Castellammare di Stabia al risarcimento dei danni subiti in favore di parte ricorrente nella misura di euro 20.000,00 (per danno da perdita di chance) e di euro 5.000,00 (per danno curriculare), per un totale di euro 25.000,00 oltre al computo della rivalutazione monetaria e degli interessi legali fino al soddisfo.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato lo accoglie nei termini e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto condanna il Comune di Castellammare di Stabia al risarcimento dei danni subiti in favore di parte ricorrente nella misura di euro 20.000,00 (per danno da perdita di chance) e di euro 5.000,00 (per danno curriculare), per un totale di euro 25.000,00 oltre al computo della rivalutazione monetaria e degli interessi legali fino al soddisfo.

Condanna il Comune di Castellammare di Stabia a rifondere le spese di giudizio in favore della parte ricorrente, che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Guarracino, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Brunella Bruno

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO