



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 per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 36 del 2007, proposto da:
Anania Salvatore & C. S.a.s, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico De
Tommaso, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Reggio Calabria, viale
Amendola, 8/B;

contro

Ministero Infrastrutture e Trasporti in persona del Ministro p.t., rappresentato e
difeso dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata per legge in Reggio Calabria, via del
Plebiscito, 15; Ufficio del Genio Civile Opere Marittime di Reggio Calabria;

per la condanna

al risarcimento dei danni subiti in conseguente dell'illegittima conduzione di
procedure di appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero Infrastrutture e Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2011 il dott. Giulio Veltri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel mese di gennaio 2003, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, per il tramite dei propri uffici periferici, affidava all'A.T.I "Racco", con procedura in economia cui partecipava anche l'impresa ricorrente, i servizi di pulizia delle aree e dei piazzali del Porto di Crotona, bacino nord, per l'anno 2003 (importo a base gara €. 66.390,00 di cui €. 1290,00 per oneri di sicurezza).

Gravata l'aggiudicazione da parte dell'impresa ricorrente, il Tribunale, con sentenza n. 353/2003 del 9/5/2003, l'annullava, dando atto in parte motiva che, alla luce dei requisiti dei partecipanti e dei relativi ribassi, l'affidamento avrebbe dovuto essere disposto in favore della ditta Anania (odierna ricorrente).

Durante la parentesi giudiziaria, poi conclusasi con la conferma in appello della sentenza gravata dall'amministrazione, il servizio di pulizia veniva comunque portato a termine dall'impresa illegittimamente risultata aggiudicataria.

La procedura in economia era reiterata dall'amministrazione per l'anno 2004, questa volta con oggetto esteso alla pulizia delle aree, banchine e moli dei Porti di Reggio Calabria, Vibo Valentia e Crotona (per un importo a base gara di €. 112.008,00 oltre €. 3.500,00 per oneri di sicurezza) nonché ai servizi di pulizia degli specchi acquei dei medesimi porti (per un importo di €.120.636,00 oltre €. 2.304,00 per oneri di sicurezza). L'impresa Anania non veniva invitata alla procedura. La stessa ricorreva pertanto nuovamente al Tribunale, il quale, con sentenza 545/2004 del 15/7/2004, annullava gli atti di gara sino ad allora compiuti, sia pur

limitatamente al servizio di pulizia per il Porto di Crotone (oggetto di interesse della ditta ricorrente).

All'esito della decisione l'amministrazione ripeteva la procedura invitando anche l'impresa Anania, ma limitava la durata dello stipulando contratto al solo periodo di settembre 2004/dicembre 2004 anzichè ad un intero anno, come nei periodi precedenti.

Anche quest'ultima decisione era tempestivamente impugnata dall'impresa Anania ed anche in questo caso, il Tribunale, in accoglimento del ricorso, annullava gli atti di invito alla procedura di gara.

Esposti i fatti nei termini di cui sopra, l'impresa Anania agisce ora in giudizio per il risarcimento dei danni asseritamente subiti in conseguenza di tutte le condotte descritte.

In particolare, quanto all'affidamento dei servizi di pulizia del Porto di Crotone, bacino nord, per l'anno 2003, illegittimamente pronunciato ed eseguito in favore dell'ATI Raco, l'impresa ricorrente invoca il risarcimento del lucro cessante consistente nel mancato svolgimento del servizio che alla medesima doveva essere affidato, giusta pronuncia n. 353/2003 del 9/5/2003.

Quanto all'affidamento dei servizi di pulizia per l'anno 2004, deduce invece la perdita di chances atteso che, nelle more del contenzioso relativo al mancato invito, si sarebbe "consumato" parte del periodo contrattuale di riferimento, essendo stata la procedura d'appalto (cui è stata poi invitata anche la ricorrente) limitata ad un periodo di quattro mesi.

In relazione sia all'anno 2003 che all'anno 2004, la ricorrente reclama altresì il risarcimento di un danno da immobilizzazione delle risorse produttive (in attesa della soluzione del contenzioso pendente) e da perdita di vantaggi curriculari legati all'esperienza che avrebbe potuto allegare e spendere se avesse effettivamente svolto i servizi per cui è causa.

L'amministrazione, ritualmente costituitasi, si oppone a tutte le domande deducendo la relativa infondatezza per mancanza di prove sia in ordine alla spettanza del "bene della vita", sia in relazione al *quantum debeatur*.

La causa, all'udienza del 22 giugno 2011, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Si discute della spettanza del risarcimento in relazione a procedure di cottimo fiduciario viziate da profili di illegittimità accertati dal giudice amministrativo.

L'esame dev'essere condotto in relazione alle singole procedure, poiché diverse sono le fattispecie ed eterogeneo è il pregiudizio subito.

Non v'è dubbio che l'impresa ricorrente abbia partecipato alla procedura di cottimo esperita per l'anno 2003, che la stessa si sia conclusa illegittimamente in favore di altra impresa e che il Tribunale, con sentenza n. 353/2003 del 9/5/2003 confermata in appello con decisione 5172/03, abbia disposto che l'amministrazione dovesse escludere dalla gara la contro interessata, nonché "procedere al ricalcolo delle medie delle offerte ammesse e, all'esito positivo di tutte le verifiche di competenza, procedere ad aggiudicare alla ricorrente la gara in ragione dell'importo della sua offerta". Parimenti non contestata è la circostanza che, nelle more della decisione definitiva, l'amministrazione ha proseguito il rapporto contrattuale con l'impresa illegittimamente aggiudicataria, rendendo impossibile il subentro e l'effettivo svolgimento del servizio all'impresa che ne avrebbe avuto titolo.

Sussiste inoltre anche il carattere colposo del comportamento serbato dall'amministrazione in violazione delle norme di procedura, avendo la stessa ommesso di pronunciare la dovuta esclusione dell'ATI poi risultata aggiudicataria, in ragione del mancato possesso del certificato di iscrizione all'Albo nazionale delle imprese esercenti servizi di smaltimento dei rifiuti, espressamente prescritto dalla lex gara. In ogni caso la Corte di Giustizia CE, Sez. III - 30 settembre 2010 (C-

314/09) ha a chiare lettere affermato che la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento, a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione, finanche se la normativa preveda una presunzione di colpevolezza vincibile solo attraverso la dimostrazione della scusabilità dell'errore.

Dunque, sussistono tutti i presupposti per l'imputazione del danno all'amministrazione. Non resta che liquidare il danno sulla base del pregiudizio allegato e provato dalla ricorrente.

Quest'ultima assume di aver avuto titolo ed interesse allo svolgimento del servizio, poi reso impossibile dalla condotta dell'amministrazione che ha proseguito con altri il rapporto illegittimamente instaurato, con conseguente perdita di un'occasione di guadagno certa, consistente nel lucro d'impresa ordinariamente ritraibile dall'esecuzione dell'appalto.

L'assunto è fondato. Come anticipato, il Tribunale, con sentenza n. 353/2003 del 9/5/2003 confermata in appello con decisione 5172/03, ha disposto che l'amministrazione escludesse dalla gara la controinteressata, procedendo al ricalcolo delle medie delle offerte ammesse e, all'esito positivo di tutte le verifiche di competenza, procedesse ad aggiudicare alla ricorrente la gara in ragione dell'importo della sua offerta.

Lo *iussum* giudiziale, interpretato alla luce della domanda attorea, induce a ritenere che il Tribunale

abbia nell'occasione vagliato la fondatezza dell'assunto dell'impresa ricorrente in ordine alla spettanza dell'aggiudicazione "in ragione dell'importo della sua offerta", fatte salve unicamente le "verifiche di competenza". Verifiche che non sono mai state eseguite per causa imputabile all'amministrazione, la quale ha preferito continuare il rapporto con il contraente originariamente individuato. Né l'amministrazione ha, in sede processuale, eccepito o profilato condizioni o elementi dai quali ricavare ex post una affidabile prognosi negativa in ordine alle prescritte "verifiche di competenza".

Il lucro cessante può essere quindi direttamente rapportato all'utile che l'impresa avrebbe conseguito a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata. Tale utile, che la prevalente giurisprudenza mutua dall'art. 345 della legge 20.3.1865, n. 2248, all. F (riprodotto dall'art. 122 del regolamento, emanato con D.P.R. 21.12.1999, n. 554 e dall'art. 37 septies, comma 1, lettera c, della legge 11.2.1994, n. 109, ora art. 134, d.lgs. 163 del 2006), può individuarsi nella misura del 10% del valore dell'importo che avrebbe dovuto essere corrisposto in caso di effettiva aggiudicazione. Dall'applicazione dell'aliquota citata alla somma dell'importo del contratto (importo dei lavori al netto del ribasso del 22,90 offerto dalla ditta ricorrente: € 51.187,00) deriva la liquidazione di un danno equivalente ad € 5.119,00. La somma così individuata, costituendo obbligazione di valore, deve essere annualmente rivalutata con decorrenza dal 31/12/2003 (data di ultimazione del servizio fissata dall'amministrazione in sede di invito), sino alla data di pubblicazione della presente sentenza.

Com'è noto, in tema di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito, sulla somma riconosciuta al danneggiato a titolo di risarcimento occorre inoltre considerare anche il nocumento finanziario (lucro cessante) subito a causa della mancata, tempestiva disponibilità della somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento (somma che, se tempestivamente corrisposta, avrebbe potuto essere

investita per lucrarne un vantaggio finanziario). Siffatto danno forfettariamente risarcibile a mezzo degli interessi al saggio legale, deve essere calcolato non sulla somma originaria, né sulla rivalutazione al momento della liquidazione, ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno ovvero sulla somma originaria rivalutata in base ad un indice medio con la decorrenza già indicata, in linea con il fondamentale insegnamento di Cass. SS.UU. n. 1712/1995.

Quanto al risarcimento del cd “danno curriculare”, è ammissibile che l'impresa, ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto, possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale (Cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 27/11/2010, n. 8253). Siffatto pregiudizio può liquidarsi in via equitativa nella misura del 3% dell'importo dei lavori (al netto del ribasso) pari ad €. 1.535,60.

In relazione alle procedure di cottimo esperite per l'anno 2004, annullata la prima dal Tribunale in relazione al mancato invito dell'impresa ricorrente, e la seconda, per l'irrazionale limitazione del periodo contrattuale, non vi sono elementi per individuare la spettanza dell'aggiudicazione, né il ricorrente la perora, limitandosi, invero ad invocare il generico danno da perdita di chances.

E' ormai pacificamente ammesso il risarcimento del danno rappresentato dalla c.d. perdita di chance (valida opportunità), da intendersi non come mera aspettativa di fatto, ma come entità patrimoniale a sé stante, che si risolve nella possibilità di conseguire un vantaggio futuro l'impresa che viene pretermessa in una gara d'appalto. L'impresa, cioè, anche laddove non riesca a dimostrare che in assenza delle illegittimità riscontrate si sarebbe aggiudicata la gara, subisce comunque un danno, in quanto perde la possibilità, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione (la chance appunto), di aggiudicarsi la gara. (Cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 20/10/2010, n. 7593)

Sul versante liquidatorio, la giurisprudenza ha poi chiarito che la misura del risarcimento può essere

equitativamente determinata attraverso il riferimento al 10% se del caso ridotto secondo quanto sopra chiarito, con applicazione di un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione alla possibilità che, in concreto, l'impresa avuto considerando non solo i dati economici e contabili dell'offerta presentata dal danneggiato ma anche altri elementi, quali il danno all'immagine aziendale o all'avviamento, la perdita della possibilità di utilizzare l'aggiudicazione quale titolo ulteriore e referenza specifica, considerati nel loro insieme (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 24/09/2010, n. 7132)..

Nel caso di specie, tuttavia, le pronunce del Tribunale hanno determinato l'annullamento dell'intera procedura di gara, con ciò elidendo i presupposti logici del danno da perdita di chances, ossia l'esistenza di una valida procedura generatrice di chances per gli offerenti.

In siffatti casi, un danno da lucro cessante non è astrattamente configurabile, potendosi al più profilare un danno emergente consistente nelle spese inutilmente affrontate per la partecipazione alla procedura invalida o, ancora, necessarie ad approntare la propria difesa in sede giurisdizionale.

Quest'ultime sono state però già puntualmente liquidate dal Tribunale in sede di regolazione delle spese processuali all'esito dei singoli procedimenti giurisdizionali; le prime non sono state documentate né altrimenti provate dal ricorrente.

In conclusione, la domanda deve essere accolta limitatamente alla procedura di cottimo esperita per l'anno 2003, con conseguente condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno nei termini in premessa chiariti.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, condanna il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti al pagamento in favore dell'impresa ricorrente della complessiva somma di €. 6.654,60, oltre rivalutazione ed interessi, secondo quanto in premessa chiarito. Respinge le ulteriori domande risarcitorie.

Condanna l'amministrazione al pagamento delle spese di lite che si liquidano forfettariamente in €.2.500,00, oltre IVA e CPA come per legge e rimborso spese generali nella misura del 12,50%. Il contributo unificato è posto a carico dell'amministrazione soccombente.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere

Giulio Veltri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)