

Quantificazione del risarcimento del danno a fronte di illegittima esclusione: voci di danno ammesse ed escluse; accolto solo il risarcimento dei danni derivanti da perdita di chance.

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Nel danno emergente risarcibile in seguito a illegittima esclusione da una gara di appalto vanno comprese le spese specificamente sostenute per la partecipazione alla stessa, in particolare per la predisposizione dell'offerta. In ordine al risarcimento dei danni richiesti a titolo di lucro cessante, la pretesa dedotta in via principale tesa ad ottenere la corresponsione dell'utile conseguente all'aggiudicazione della gara ed all'esecuzione dei lavori, non può, allo stato, essere accolta, in quanto trattandosi di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in cui è riservato alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale di valutazione delle singole offerte, è precluso al Collegio effettuare un giudizio prognostico, in riferimento alla normativa applicabile, al fine di acclarare se l'attuale istante sia titolare di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva in ordine all'aggiudicazione della gara da cui era stato escluso. Risulta fondata invece la pretesa risarcitoria prospettata in via subordinata di perdita della possibilità di conseguire il risultato utile invocato con l'annullamento dell'attività illegittima dell'Amministrazione (c.d. perdita di chance), non potendosi, in linea teorica ed astratta, neppure escludere la possibilità che se l'offerta presentata dall'odierno ricorrente fosse stata ammessa a partecipare alla gara de qua, sarebbe potuta risultare aggiudicataria.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2591 del 26 marzo 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma che ci offre un importante insegnamento in tema di riconoscimento del danno da illegittima esclusione.

Andiamo quindi ad analizzare voce per voce le richieste della ricorrente e le risposte del giudice

A

fronte della sottoriportata richiesta per spese legali:

a) € 7.277,72= a titolo di spese legali sostenute per l'impugnazione dell'illegittima esclusione dalla gara e per ottenere la documentazione da parte dell'Anas;

così decide il giudice adito

In ordine alla voce risarcitoria di cui al punto a) la relativa domanda non è suscettibile di accoglimento, atteso che la sede in cui far valere la pretesa al rimborso - ove previsto - delle spese legali sostenute è esclusivamente il procedimento contenzioso cui esse afferiscono.

Relativamente al risarcimento dei danni dovuti in relazione alle spese sostenute per la presentazione dell'offerta, la domanda va respinta.

A

fronte della sottoriportata richiesta per le spese sostenute per la partecipazione alla gara:

b) € 18.839,31= dovuti in relazione alle spese sostenute per la presentazione dell'offerta;

così decide il giudice adito

Nel danno emergente risarcibile in seguito a illegittima esclusione da una gara di appalto vanno comprese le spese specificamente sostenute per la partecipazione alla stessa, in particolare per la predisposizione dell'offerta.

Nella specie, peraltro, il ricorrente ha chiesto il risarcimento non di spese di tale natura (come ad esempio il pagamento di onorari a professionisti chiamati a prestare la loro opera ad hoc, di retribuzioni a dipendenti assunti ad hoc ovvero del prezzo di attrezzature acquisite ad hoc) bensì invece di ordinarie spese generali, nella specie di retribuzioni corrisposte a dipendenti già in servizio presso l'impresa.

A

fronte della sottoriportata richiesta di lucro cessante e perdita di chance:

c) € 69.721,68= a titolo di lucro cessante derivante dalla mancata aggiudicazione della gara in questione che l'offerta presentata dal raggruppamento sarebbe stata in grado di conseguire se non fosse stata illegittimamente esclusa, o, in subordine il danno per perdita di chance;

così decide il giudice adito

In ordine al risarcimento dei danni di cui al punto c) richiesti a titolo di lucro cessante, la pretesa dedotta in via principale tesa ad ottenere la corresponsione dell'utile conseguente all'aggiudicazione della gara ed all'esecuzione dei lavori, non può, allo stato, essere accolta, in quanto trattandosi di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in cui è riservato alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale di valutazione delle singole offerte, è precluso al Collegio effettuare un giudizio prognostico, in riferimento alla normativa applicabile, al fine di acclarare se l'attuale istante sia titolare di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la

sua conclusione positiva in ordine all'aggiudicazione della gara da cui era stato escluso.

Risulta fondata invece la pretesa risarcitoria prospettata in via subordinata di perdita della possibilità di conseguire il risultato utile invocato con l'annullamento dell'attività illegittima dell'Amministrazione (c.d. perdita di chance), non potendosi, in linea teorica ed astratta, neppure escludere la possibilità che se l'offerta presentata dall'odierno ricorrente fosse stata ammessa a partecipare alla gara de qua, sarebbe potuta risultare aggiudicataria.

Ciò considerato, ai fini della quantificazione, deve essere evidenziato che:

a) il risarcimento per equivalente della chance va quantificato in misura pari all'utile che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria diviso per il numero delle imprese utilmente collocate in graduatoria oltre a quella ingiustamente esclusa.,

b) tale utile va determinato, come statuito da questa Sezione con sentenza n.10227 del 22/10/2007) nella misura del 10% dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, con ciò attribuendo valore di riferimento alla disposizione di cui all'art. 122, d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 in tema di recesso unilaterale della p.a. dal contratto di appalto di opere pubbliche, recepita dall'art. 134 del D.lgvo n.163/2006, intesa come criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con l'Amministrazione, così come lo era stato in precedenza l'art. 345, l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F.

A

fronte della sottoriportata richiesta di danno da dequalificazione professionale

d) € 10.000,00= a titoli di danni subiti in relazione alla circostanza che come conseguenza dell'illegittima esclusione dalla predetta gara per l'asserita mancanza di un requisito dell'odierno istante, la ALFA BIS

non si è più avvalsa in sede di partecipazione alle gare pubbliche della collaborazione dell'ingegner ****, il quale, inoltre, ha fatto presente di aver subito un danno da dequalificazione, consistente "nell'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dell'appalto";

così decide il giudice adito

Da rigettare è, invece, l'ultima pretesa risarcitoria avente ad oggetto il danno:

- a) subito dal ricorrente in quanto in conseguenza dell'illegittima annullata esclusione la ALFA BIS spa non si è più avvalsa in sede di partecipazione alle gare pubbliche della collaborazione di quest'ultimo;
- b) da dequalificazione, consistente "nell'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dell'appalto"

Circa la pretesa di cui al punto a) il Collegio osserva che il venir meno del rapporto di collaborazione con la spa ALFA BIS e la conseguente mancata partecipazione in associazione con tale società a gare pubbliche non può costituire di per sé un danno risarcibile, tenuto conto che è da dimostrare che l'odierno ricorrente sarebbe stato aggiudicatario nelle suddette gare e che, in ogni caso, la partecipazione alle suddette gare non restava tout court preclusa, in quanto la contestata esclusione non ha comportato che l'odierno istante non si sarebbe potuto associare ad altre imprese a tal fine.

Per quanto riguarda il danno da dequalificazione, nei termini in cui è stato richiesto, l'esistenza dello stesso postula che sia accertabile che l'offerta presentata dal ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria se non fosse stata esclusa; poiché per le ragioni di cui sopra tale accertamento è precluso al giudice

amministrativo, la dedotta pretesa risarcitoria deve essere rigettata.>

In conclusione quindi:

In conclusione, il presente gravame deve essere accolto solamente per quanto concerne il risarcimento dei danni derivanti da perdita di chance.

Sulla somma da corrispondere a titolo di risarcimento deve essere computata, poi, la rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat, con decorrenza dalla data di adozione del provvedimento illegittimo annullato e fino a quella di pubblicazione della presente decisione, che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta>

A cura di *****

Riprotiamo qui di seguito la sentenza numero 2591 del 26 marzo 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

RS

Anno 2008

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO N. 3868

RGR

Anno
2005

-SEZIONE III -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.3868 del 2005 proposto dall'ingegnere ***** rappresentato e difeso dall'avv. ***** presso il cui studio in Roma, Via Principessa Clotilde n.2, è elettivamente domiciliato;

CONTRO

l'ANAS spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliataria;

per ottenere:

1) l'accertamento del diritto dell'odierno ricorrente al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'esclusione del costituendo raggruppamento tra la ALFA BIS spa e l'ing. ALFA dalla gara indetta dall'Anas per l'affidamento dell'incarico di redazione del progetto esecutivo opere d'arte consistenti nell'adeguamento e risanamento delle strutture esistenti e nella progettazione di nuove strutture relative all'adeguamento a tre corsie per ogni senso di marcia dell'autostrada del GRA nel tratto dal Km 54+400 al km 59+885 - Lotto 22/A";

2) la condanna della citata Anas al pagamento delle somme dovute a tale titolo.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata Anas spa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 9 gennaio 2008 - relatore il dottor ***** - i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

L'odierno ricorrente, il quale aveva partecipato come componente di una costituenda ati con la spa ALFA BIS alla gara in epigrafe indicata, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato la determinazione di esclusione dell'offerta presentata dal predetto raggruppamento con ricorso straordinario, che è stato accolto alla luce del parere n.2531/01 reso in merito dalla Sezione seconda del Consiglio di Stato.

Sulla base di tale accoglimento ha proposto il presente gravame con cui ha chiesto:

I) l'accertamento del proprio diritto al ottenere il risarcimento dei danni subiti in forza dell'illegittima esclusione dalla gara, così quantificati:

a) € 7.277,72= a titolo di spese legali sostenute per l'impugnazione dell'illegittima esclusione dalla gara e per ottenere la documentazione da parte dell'Anas;

b) € 18.839,31= dovuti in relazione alle spese sostenute per la presentazione dell'offerta;

c) € 69.721,68= a titolo di lucro cessante derivante dalla mancata aggiudicazione della gara in questione, che l'offerta presentata dal raggruppamento sarebbe stata in grado di conseguire se non fosse stata illegittimamente esclusa, o, in subordine il danno per perdita di chance;

d) € 10.000,00= a titoli di danni subiti in relazione alla circostanza che come conseguenza dell'illegittima esclusione dalla predetta gara per l'asserita mancanza di un requisito dell'odierno istante, la ALFA BIS non si è più avvalso in sede di partecipazione alle gare pubbliche della collaborazione dell'ingegner ****, il quale, inoltre, ha subito un danno da dequalificazione, consistente "nell'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dell'appalto";

II) la condanna della resistente Anas spa al pagamento delle suddette somme con rivalutazione monetaria ed interessi legali.

Si è costituita l'intimata stazione appaltante, la quale solamente in sede di discussione orale ha contestato con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle pretese ricorsuali chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2008 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame l'odierno ricorrente, il quale aveva ottenuto in sede di ricorso straordinario l'annullamento della determinazione con cui l'intimata Anas aveva escluso l'offerta presentata dalla costituenda ati, di cui era componente insieme con la spa ALFA BIS, dalla gara di cui in epigrafe, ha chiesto:

I) l'accertamento del proprio diritto al ottenere il risarcimento dei danni subiti in forza dell'illegittima esclusione dalla gara, così quantificati:

a) € 7.277,72= a titolo di spese legali sostenute per l'impugnazione dell'illegittima esclusione dalla gara e per ottenere la documentazione da parte dell'Anas;

b) € 18.839,31= dovuti in relazione alle spese sostenute per la presentazione dell'offerta;

c) € 69.721,68= a titolo di lucro cessante derivante dalla mancata aggiudicazione della gara in questione che l'offerta presentata dal raggruppamento sarebbe stata in grado di conseguire se non fosse stata

illegittimamente esclusa, o, in subordine il danno per perdita di chance;

d) € 10.000,00= a titoli di danni subiti in relazione alla circostanza che come conseguenza dell'illegittima esclusione dalla predetta gara per l'asserita mancanza di un requisito dell'odierno istante, la ALFA BIS non si è più avvalsa in sede di partecipazione alle gare pubbliche della collaborazione dell'ingegner ****, il quale, inoltre, ha fatto presente di aver subito un danno da dequalificazione, consistente "nell'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dell'appalto";

II) la condanna della resistente Anas spa al pagamento delle suddette somme con rivalutazione monetaria ed interessi legali.

Al riguardo il Collegio osserva che nella fattispecie de qua è ben individuabile il presupposto costituito da un comportamento negligente della stazione appaltante, giusta quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere reso in merito alla vicenda contenziosa in sede straordinaria, ove è stato sottolineato che " la Commissione di garaha commesso un evidente ed incomprensibile errore di lettura ed applicazione del bando, tanto incomprensibile da rappresentare una classica ipotesi di colpa professionale grave eventualmente da far valere a titolo risarcitorio nelle ulteriori competenti sedi giudiziarie".

In ordine alla voce risarcitoria di cui al punto a) la relativa domanda non è suscettibile di accoglimento, atteso che la sede in cui far valere la pretesa al rimborso - ove previsto - delle spese legali sostenute è esclusivamente il procedimento contenzioso cui esse afferiscono.

Relativamente al risarcimento dei danni dovuti in relazione alle spese sostenute per la presentazione dell'offerta, la domanda va respinta.

Nel danno emergente risarcibile in seguito a illegittima esclusione da una gara di appalto vanno comprese le spese specificamente sostenute per la partecipazione alla stessa, in particolare per la predisposizione

dell'offerta.

Nella specie, peraltro, il ricorrente ha chiesto il risarcimento non di spese di tale natura (come ad esempio il pagamento di onorari a professionisti chiamati a prestare la loro opera ad hoc, di retribuzioni a dipendenti assunti ad hoc ovvero del prezzo di attrezzature acquisite ad hoc) bensì invece di ordinarie spese generali, nella specie di retribuzioni corrisposte a dipendenti già in servizio presso l'impresa.

In ordine al risarcimento dei danni di cui al punto c) richiesti a titolo di lucro cessante, la pretesa dedotta in via principale tesa ad ottenere la corresponsione dell'utile conseguente all'aggiudicazione della gara ed all'esecuzione dei lavori, non può, allo stato, essere accolta, in quanto trattandosi di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in cui è riservato alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale di valutazione delle singole offerte, è precluso al Collegio effettuare un giudizio prognostico, in riferimento alla normativa applicabile, al fine di acclarare se l'attuale istante sia titolare di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva in ordine all'aggiudicazione della gara da cui era stato escluso.

Risulta fondata invece la pretesa risarcitoria prospettata in via subordinata di perdita della possibilità di conseguire il risultato utile invocato con l'annullamento dell'attività illegittima dell'Amministrazione (c.d. perdita di chance), non potendosi, in linea teorica ed astratta, neppure escludere la possibilità che se l'offerta presentata dall'odierno ricorrente fosse stata ammessa a partecipare alla gara de qua, sarebbe potuta risultare aggiudicataria.

Ciò considerato, ai fini della quantificazione, deve essere evidenziato che:

a) il risarcimento per equivalente della chance va quantificato in misura pari all'utile che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria diviso per il numero delle imprese utilmente collocate in graduatoria oltre a quella ingiustamente esclusa., (Cons. Stato, sez. VI, n. 6281 del 18.12.2001; Tar Lazio, Sez.III, n.903 dell'8/2/2006);

b) tale utile va determinato, come statuito da questa Sezione con sentenza n.10227 del 22/10/2007) nella misura del 10% dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, con ciò attribuendo valore di riferimento alla disposizione di cui all'art. 122, d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 in tema di recesso unilaterale della p.a. dal contratto di appalto di opere pubbliche, recepita dall'art. 134 del D.lgvo n.163/2006, intesa come criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con l'Amministrazione, così come lo era stato in precedenza l'art. 345, l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F. (in senso conforme, ex multis, Cons. Stato, sez. V, sentt. n. 5126 del 2004 e n. 4475 del 2005).

Da rigettare è, invece, l'ultima pretesa risarcitoria avente ad oggetto il danno:

a) subito dal ricorrente in quanto in conseguenza dell'illegittima annullata esclusione la ALFA BIS spa non si è più avvalsa in sede di partecipazione alle gare pubbliche della collaborazione di quest'ultimo;

b) da dequalificazione, consistente "nell'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dell'appalto"

Circa la pretesa di cui al punto a) il Collegio osserva che il venir meno del rapporto di collaborazione con la spa ALFA BIS e la conseguente mancata partecipazione in associazione con tale società a gare pubbliche non può costituire di per sé un danno risarcibile, tenuto conto che è da dimostrare che l'odierno ricorrente sarebbe stato aggiudicatario nelle suddette gare e che, in ogni caso, la partecipazione alle suddette gare non restava tout court preclusa, in quanto la contestata esclusione non ha comportato che l'odierno istante non si sarebbe potuto associare ad altre imprese a tal fine.

Per quanto riguarda il danno da dequalificazione, nei termini in cui è stato richiesto, l'esistenza dello stesso postula che sia accertabile che l'offerta presentata dal ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria se non fosse stata esclusa; poiché per le ragioni di cui sopra tale accertamento è precluso al giudice amministrativo, la dedotta pretesa risarcitoria deve essere rigettata.

In conclusione, il presente gravame deve essere accolto solamente per quanto concerne il risarcimento dei danni derivanti da perdita di chance.

Sulla somma da corrispondere a titolo di risarcimento deve essere computata, poi, la rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat, con decorrenza dalla data di adozione del provvedimento illegittimo annullato e fino a quella di pubblicazione della presente decisione, che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta.

Sulle somme di anno in anno progressivamente rivalutate vanno corrisposti gli interessi legali compensativi fino all'effettivo soddisfo.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.3868 del 2005, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, e, per gli effetti, condanna l'intimata Anas al risarcimento dei danni da quantificare secondo i criteri di cui in motivazione.

Condanna l'ANAS al rimborso in favore del ricorrente delle spese processuali liquidate in euro 2.000 (duemila/oo).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 9 gennaio 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. *****

- Presidente

Dr. *****
SAPONE

- Consigliere, estensore

Dr. *****

- Consigliere

IL PRESIDENTE

IL GIUDICE ESTENSORE

RIC. N.3868/2005

<https://www.diritto.it/quantificazione-del-risarcimento-del-danno-a-fronte-di-illegittima-esclusione-voci-di-danno-ammesse-ed-escluse-accolto-solo-il-risarcimento-dei-danni-derivanti-da-perdita-di-chance/>