

Il risarcimento deve essere proporzionato al grado di probabilità che l'avente diritto si aggiudichi la gara: essendovi solo due concorrenti la probabilità deve essere stimata al cinquanta per cento

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il risarcimento deve essere proporzionato al grado di probabilità che l'avente diritto si aggiudichi la gara: essendovi solo due concorrenti la probabilità deve essere stimata al cinquanta per cento

La domanda di risarcimento viene proposta contro il Comune di Spoleto nonché personalmente contro il dirigente (domanda rigettata)

L'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 ha modificato, fra l'altro, l'art. 7 della legge n. 1034/1971, disponendo, in sostanza, che in tutte le controversie che appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo spettano a quest'ultimo anche le conseguenziali domande risarcitorie.

In altre parole, quanto volte viene chiesto e ottenuto l'annullamento di un atto amministrativo, la conseguente domanda risarcitoria va rivolta allo stesso giudice. E questo è il caso

si rileva immediatamente la manifesta infondatezza della domanda risarcitoria, nella parte in cui è rivolta personalmente nei confronti del dirigente dott. *****.

L'esito della gara è stato annullato solo siccome viziato, per illegittimità derivata, dal vizio della lettera

d'invito in quanto deliberata dalla Giunta e non dal Consiglio comunale. Peraltro è chiaro che il funzionario non poteva autonomamente disapplicare il deliberato della Giunta erigendosi a giudice dell'incompetenza di quest'ultima. Né d'altra parte può essere tenuto responsabile di un atto collegiale della Giunta, di cui non faceva parte.

Ne consegue che la domanda va presa in esame solo in quanto rivolta contro il Comune di Spoleto.

E' certo, infatti, che le ditte ricorrenti hanno subito una lesione di rilevanza patrimoniale, nel momento in cui l'A.T.I. cui erano associate è stata esclusa dalla gara; e sta di fatto che l'esclusione è stata giudicata illegittima dal giudice amministrativo.

Sono dunque presenti gli elementi essenziali della pretesa risarcitoria

risponde al vero quanto dedotto dal Comune, e cioè che i ricorrenti non dimostrano che la loro offerta, qualora ammessa, sarebbe risultata vincitrice.

Questo rilievo non è secondario, perché i ricorrenti costruiscono la loro domanda risarcitoria proprio basandosi sull'assunto (non dimostrato) che avrebbero certamente vinto la gara se non fossero stati legittimamente esclusi.

In effetti, come non si può dare per certo (come vorrebbe il Comune) che il confronto sarebbe stato vinto da ALFA, così non si può dare per certo il contrario. E questo stato d'incertezza sull'esito della gara non può non avere rilievo ai fini della domanda risarcitoria.

Ma questo non conduce a ritenere inammissibile detta domanda, bensì solo a calcolare in modo

appropriato il quantum del risarcimento.

E' opinione comune, invero, che in casi del genere il risarcimento debba essere proporzionato al grado di probabilità che l'avente diritto si aggiudicasse la gara; ed in mancanza di elementi più precisi, si ritiene che la probabilità debba essere considerata alla pari per tutti i concorrenti.

Ciò posto, nel caso in esame, essendovi solo due concorrenti (ALFA e l'A.T.I. cui aderivano i ricorrenti) la probabilità deve essere stimata al cinquanta per cento. Pertanto il risarcimento dovrà corrispondere al cinquanta per cento di quello che si sarebbe potuto liquidare se la vittoria dell'A.T.I. fosse stata pronosticabile con certezza.

15. Per ciascuno dei concorrenti, il danno è rappresentato dal mancato utile (lucro cessante). L'utile dovrà essere determinato tenendo conto, da un lato, dei ricavi lordi prevedibili in base all'offerta fatta ai fini della gara, e del numero dei pasti da fornire; e dall'altro lato, dell'insieme dei costi e oneri di produzione.

Una volta stabilito, per ciascuno dei concorrenti, il mancato utile, si dovrà calcolare a parte il danno ulteriore (in effetti richiesto nel ricorso) rappresentato dal mancato sviluppo commerciale dell'azienda, dalla perdita della chance di ulteriori commesse. ecc. Questo danno può essere liquidato solo equitativamente, e il Collegio ritiene equo stimarlo in una somma pari al venti per cento del mancato utile.

Il danno complessivo, risultante dalla somma delle due componenti ora indicate (mancato utile e danno ulteriore) dovrà poi essere ridotto del cinquanta per cento per il motivo sopra indicato.

Si calcoleranno poi gli interessi e, se del caso, la rivalutazione monetaria, secondo i criteri vigenti.

16. In applicazione dell'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80/1998, il Collegio fissa il termine di giorni novanta entro i quali il Comune di Spoleto dovrà proporre ai ricorrenti la sua offerta di risarcimento, attenendosi ai criteri sopra indicati ai paragrafi 14 e 15 della presente decisione.

A cura di***j**

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 478 del 5 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Umbria, Perugia

N. 00478/2010 REG.SEN.

N. 00408/2002 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 408 del 2002, proposto da:

Ricorrente *****, titolare dell'omonima ditta, con sede in Spoleto; Ricorrente due *****, titolare dell'omonima ditta, con sede in Spoleto; Ricorrente tre *****, titolare della ditta Ricorrente tre Carni, con sede in Spoleto; Ricorrente quattro di Forsoni Franco e C. s.n.c, con sede in Spoleto; Ricorrente tre S.a.s di Ricorrente tre ***** e C., con sede in Spoleto, in proprio e quali membri dell'Associazione Temporanea d'impresa, rappresentati e difesi dall'Avv. ***** e presso lo studio del medesimo elettivamente domiciliati in Via Baglioni n.36

contro

Comune di Spoleto, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso il medesimo in Perugia, via Bartolo N. 10;

DS *****, rappresentato e difeso dall'avv. ***** con domicilio eletto presso il medesimo in

Perugia, Via Bartolo N.10

nei confronti di

Societa' Controinteressata B Coop Soc. a. r. l. con sede in Norcia, via Anicia, 96, non costituita;
Associazione Temporanea d'Impresa con sede in Spoleto, via Bandini, n. 4, non costituita;
ALFA Italia s.p.a, con sede in Milano, via Stelvio, n. 71, non costituita;

per la condanna

dei resistenti Comune di Spoleto e dott. ***** al risarcimento dei danni per mancata aggiudicazione di un appalto a licitazione privata per la fornitura di derrate alimentari e di servizi accessori relativi all'approvvigionamento di mense comunali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Spoleto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor DS *****;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2009 il Cons.. ***** e uditi per le parti i difensori R.Baldoni in sostituzione di ***** e ***** per il Comune di Spoleto e per il controinteressato DS.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Gli attuali ricorrenti nel gennaio 1998 hanno costituito una “associazione temporanea d’impresa” (evocata quale supposta controinteressata nel presente giudizio) cui aderiva anche la società cooperativa Controinteressata B (ugualmente evocata nel presente giudizio quale controinteressata).

L’A.T.I. era costituita al fine di partecipare alla gara indetta dal Comune di Spoleto per l’appalto del “servizio derrate, assistenza tecnica e controllo di qualità per il confezionamento dei pasti per gli asili nido, le scuole materne, le scuole medie, le case di riposo e altri servizi sociali”.

2. Il Consiglio comunale di Spoleto aveva approvato il bando ed il capitolato speciale dell’appalto, riservando ad altra delibera l’approvazione dell’elenco delle ditte da invitare e la formulazione della lettera d’invito.

La durata del servizio era prevista dal gennaio 1998 al 31 agosto 1999. La fornitura delle derrate doveva corrispondere, per l’intero periodo, ad un quantitativo globale di circa 450.000 pasti.

Di fatto, l’elenco delle ditte da invitare e lo schema della lettera d’invito sono stati approvati con una delibera della Giunta, anziché del Consiglio comunale.

3. Hanno partecipato alla gara solo l'A.T.I. cui aderivano gli attuali ricorrenti, e la s.p.a. ALFA.

L'offerta dell'A.T.I. è stata esclusa perché talune delle ditte associate avevano presentato in modo incompleto la documentazione prevista dalla lettera d'invito o comunque non avevano dimostrato esaurientemente il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica stabiliti nella medesima lettera d'invito.

Di conseguenza l'appalto è stato aggiudicato alla società ALFA.

4. Le imprese associate hanno impugnato la propria esclusione e l'esito della gara davanti a questo T.A.R., deducendo vari motivi di legittimità.

Il T.A.R. ha accolto il ricorso giudicando fondato e assorbente il motivo dedotto con riferimento alla circostanza che l'esclusione dell'A.T.I. ricorrente era stata determinata dall'applicazione di clausole dettate dalla lettera d'invito, peraltro viziata da incompetenza in quanto deliberata dalla Giunta comunale anziché dal Consiglio.

La sentenza è stata pubblicata il 23 dicembre 1998 con il n. 1156.

Si è poi svolto il giudizio d'appello; dapprima è stata sospesa l'efficacia della sentenza impugnata, ma infine l'appello è stato respinto con decisione n. 4878 del 2008. Attualmente, quindi, sulla illegittimità dell'esclusione dell'A.T.I. dalla gara si è formato il giudicato.

5. Nelle more del giudizio d'appello dal Consiglio di Stato, le ditte attuali ricorrenti hanno intrapreso la presente azione risarcitoria, prima davanti al Tribunale Civile di Spoleto e poi, dopo che questo aveva

declinato la giurisdizione, davanti a questo *****

Agiscono tutte le ditte già associate nell'A.T.I., tranne la società cooperativa Controinteressata B.

La domanda di risarcimento viene proposta contro il Comune di Spoleto nonché personalmente contro il funzionario dr. *****. Entrambi questi soggetti resistono con argomentate difese.

Acquisita la decisione del Consiglio di Stato che ha confermato la sentenza di accoglimento del T.A.R. nel giudizio pregresso, il presente ricorso è stato infine discusso e preso in decisione.

6. Ai fini della puntualizzazione della materia del contendere, il Collegio ritiene opportuno innanzi tutto precisare che - contrariamente a quanto dedotto dai resistenti - la sentenza n. 1156/1998 di questo T.A.R. ha affermato anche l'illegittimità dell'esclusione dell'A.T.I. allora ricorrente e non solo della lettera d'invito.

E' chiaro che l'A.T.I., e per essa le imprese associate, avevano interesse a ricorrere solo in quanto ricorrevano contro la propria esclusione dalla gara. L'atto primariamente impugnato era infatti l'esclusione. La lettera d'invito è stata impugnata solo in quanto i suoi vizi determinavano, per illegittimità derivata, un vizio dell'atto di esclusione. Ne consegue che la sentenza, che ha dichiarato positivamente illegittima la lettera d'invito, va interpretata nel senso che è illegittima (anche) l'esclusione delle imprese ricorrenti.

7. Così chiarita la materia del contendere, va affermato che la presente controversia rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

L'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 ha modificato, fra l'altro, l'art. 7 della legge n. 1034/1971, disponendo, in sostanza, che in tutte le controversie che appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo spettano a quest'ultimo anche le consequenziali domande risarcitorie.

In altre parole, quanto volte viene chiesto e ottenuto l'annullamento di un atto amministrativo, la conseguente domanda risarcitoria va rivolta allo stesso giudice. E questo è il caso.

8. Ciò premesso, si rileva immediatamente la manifesta infondatezza della domanda risarcitoria, nella parte in cui è rivolta personalmente nei confronti del dirigente dott. *****.

L'esito della gara è stato annullato solo siccome viziato, per illegittimità derivata, dal vizio della lettera d'invito in quanto deliberata dalla Giunta e non dal Consiglio comunale. Peraltro è chiaro che il funzionario non poteva autonomamente disapplicare il deliberato della Giunta erigendosi a giudice dell'incompetenza di quest'ultima. Né d'altra parte può essere tenuto responsabile di un atto collegiale della Giunta, di cui non faceva parte.

Ne consegue che la domanda va presa in esame solo in quanto rivolta contro il Comune di Spoleto.

9. Ancora a titolo preliminare, si rileva che la domanda appare proponibile ancorché proveniente solo da una parte delle ditte originariamente associate nell'A.T.I., e cioè tutte tranne la società cooperativa Controinteressata B.

La giurisprudenza infatti è costante nel senso che, in materia di associazioni temporanee d'impresе, ciascuno dei soggetti associati è individualmente titolare di un interesse legittimo che lo abilita ad impugnare - anche separatamente dagli altri - l'esito negativo della gara cui l'A.T.I. abbia preso parte. Se questo è vero, ne consegue logicamente che ciascuna delle ditte associate è legittimata a ricorrere

individualmente per il risarcimento del danno. Beninteso ciascuna ditta agisce per il danno proprio, e non già per conto anche delle ditte che eventualmente non abbiano ritenuto di agire.

Il Comune tuttavia eccepisce che la cooperativa Controinteressata B è receduta dall'associazione e che in tale situazione l'A.T.I. non esiste più, o comunque non potrebbe più nutrire l'aspettativa a concludere il contratto, stante il noto principio per cui dopo la presentazione dell'offerta le A.T.I. non possono modificare la propria composizione, a pena di esclusione.

Il Collegio osserva che l'eccezione è infondata, giacché la cooperativa Controinteressata B è receduta dall'associazione quando già questa era stata esclusa dalla gara, la gara stessa era stata aggiudicata alla ALFA ed il relativo contratto era stato stipulato. Il recesso dunque impedisce, semmai, che le ditte restanti possano pretendere l'adempimento in forma specifica, ossia la conclusione del contratto; una domanda del genere però non è stata proposta e del resto non avrebbe potuto essere proposta proprio perché il contratto con la ALFA aveva già avuto esecuzione quando il giudizio risarcitorio è stato introdotto. Nulla invece impedisce, sotto questo profilo, la proposizione della domanda risarcitoria per equivalente.

10. Il Comune ha eccepito l'inammissibilità della domanda risarcitoria perché quando è stata proposta non era ancora passata in giudicato la sentenza che ha pronunciato l'annullamento degli atti amministrativi. Esso sostiene che il diritto al risarcimento del danno presuppone che l'illegittimità degli atti della p.a. sia stato accertato con sentenza passata in giudicato.

Il Collegio osserva che anche chi segue la linea più rigorosa a proposito della c.d. "pregiudiziale amministrativa" le attribuisce una rilevanza di ordine sostanziale e non processuale. In altre parole, la domanda di risarcimento non può essere accolta se prima l'illegittimità dell'atto amministrativo non è stata accertata nella sede competente, ma non è detto che, intanto, la domanda non possa essere proposta. Tanto è vero, che di frequente la domanda risarcitoria viene formulata congiuntamente e contestualmente alla domanda di annullamento, e questo modo di procedere viene accettato pacificamente.

Nella presente vicenda, peraltro, il giudicato si è formato prima che la domanda risarcitoria venisse trattenuta in decisione.

L'eccezione appare dunque infondata.

11. Passando ora all'esame del merito, il Collegio osserva che, almeno in astratto e in prima approssimazione, la domanda risarcitoria appare fondata.

E' certo, infatti, che le ditte ricorrenti hanno subito una lesione di rilevanza patrimoniale, nel momento in cui l'A.T.I. cui erano associate è stata esclusa dalla gara; e sta di fatto che l'esclusione è stata giudicata illegittima dal giudice amministrativo.

Sono dunque presenti gli elementi essenziali della pretesa risarcitoria.

12. Il Comune, tuttavia, obietta che nella specie non vi è un danno effettivamente risarcibile, perché: (a) indipendentemente dal vizio formale riscontrato negli atti amministrativi, l'A.T.I. mancava (con riferimento a taluna delle ditte associate, se non di tutte) dei requisiti di capacità tecnica ed economica e di conseguenza non poteva comunque essere ammessa alla gara; (b) se pure l'A.T.I. fosse stata ammessa, la sua offerta sarebbe stata certamente giudicata peggiore dal punto di vista qualitativo e non avrebbe ottenuto l'aggiudicazione; (c) in ogni caso, non è dimostrato che detta offerta fosse destinata ad essere giudicata la migliore.

13. Riguardo al punto (a), il Collegio osserva che è ben vero che l'ente appaltante, qualora avesse proceduto con atto formalmente corretto (e cioè deliberato dal Consiglio e non dalla Giunta) a integrare la lex specialis con la lettera d'invito, avrebbe potuto e dovuto stabilire, fra l'altro, i requisiti di capacità tecnica ed economica necessari per partecipare alla gara.

Ma non è detto che i requisiti sarebbero stati fissati agli stessi livelli e con le stesse modalità.

La difesa del Comune sostiene che la materia è regolata per legge, nella specie gli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 157/1995 con la disciplina degli appalti pubblici di servizi. Ma queste disposizioni (che attuano le direttive comunitarie in materia) hanno solo lo scopo di assicurare la par condicio e di evitare che i bandi di gara siano artatamente formulati con criteri discriminatori e contrari alla libertà di concorrenza; si veda la disposizione che vieta di stabilire livelli di capacità tecnica ed economica sproporzionati all'oggetto dell'appalto. Non se possono ricavare, invece, criteri cogenti che comportino ope legis la non ammissione delle ditte ricorrenti o di taluna di esse.

Non vale neppure la tesi che l'A.T.I. sarebbe stata comunque esclusa perché le ditte associate avrebbero potuto dimostrare, al più, la loro idoneità limitatamente alle prestazioni di fornitura e non anche alle prestazioni di servizio, laddove erano proprio queste ultime (secondo la difesa del Comune) quelle che caratterizzavano il contratto.

Il Collegio osserva che questa tesi difensiva è una mera presunzione non dimostrata; d'altra parte, il difetto di capacità sotto il profilo indicato non è stato positivamente contestato all'A.T.I. dagli organi di gara. Va anche detto che le prestazioni di servizio, descritte nell'art. 9 del capitolato, sembrano solamente complementari e marginali, non certo caratterizzanti (si tratta, in sostanza, dell'assistenza tecnica da prestare agli operatori comunali in sede di formulazione delle ordinazioni) di tal che l'argomento in questione non è conferente allo scopo voluto dalla difesa del Comune.

Riguardo al punto (b), di nuovo la difesa del Comune si sostituisce alla commissione di gara nell'esprimere valutazioni discrezionali e addirittura nello stabilire il punteggio di merito tecnico che sarebbe spettato all'A.T.I. esclusa. Va notato che dal punto di vista strettamente economico (corrispettivi richiesti) l'offerta dell'A.T.I. era la migliore. Non occorre altro per ritenere infondata una eccezione d'inammissibilità proposta su queste basi.

14. Riguardo al punto (c), invece, risponde al vero quanto dedotto dal Comune, e cioè che i ricorrenti non dimostrano che la loro offerta, qualora ammessa, sarebbe risultata vincitrice.

Questo rilievo non è secondario, perché i ricorrenti costruiscono la loro domanda risarcitoria proprio basandosi sull'assunto (non dimostrato) che avrebbero certamente vinto la gara se non fossero stati legittimamente esclusi.

In effetti, come non si può dare per certo (come vorrebbe il Comune) che il confronto sarebbe stato vinto da ALFA, così non si può dare per certo il contrario. E questo stato d'incertezza sull'esito della gara non può non avere rilievo ai fini della domanda risarcitoria.

Ma questo non conduce a ritenere inammissibile detta domanda, bensì solo a calcolare in modo appropriato il quantum del risarcimento.

E' opinione comune, invero, che in casi del genere il risarcimento debba essere proporzionato al grado di probabilità che l'avente diritto si aggiudicasse la gara; ed in mancanza di elementi più precisi, si ritiene che la probabilità debba essere considerata alla pari per tutti i concorrenti.

Ciò posto, nel caso in esame, essendovi solo due concorrenti (ALFA e l'A.T.I. cui aderivano i ricorrenti) la probabilità deve essere stimata al cinquanta per cento. Pertanto il risarcimento dovrà corrispondere al cinquanta per cento di quello che si sarebbe potuto liquidare se la vittoria dell'A.T.I. fosse stata pronosticabile con certezza.

15. Per ciascuno dei concorrenti, il danno è rappresentato dal mancato utile (lucro cessante). L'utile dovrà essere determinato tenendo conto, da un lato, dei ricavi lordi prevedibili in base all'offerta fatta ai fini della gara, e del numero dei pasti da fornire; e dall'altro lato, dell'insieme dei costi e oneri di produzione.

Una volta stabilito, per ciascuno dei concorrenti, il mancato utile, si dovrà calcolare a parte il danno ulteriore (in effetti richiesto nel ricorso) rappresentato dal mancato sviluppo commerciale dell'azienda, dalla perdita della chance di ulteriori commesse. ecc. Questo danno può essere liquidato solo equitativamente, e il Collegio ritiene equo stimarlo in una somma pari al venti per cento del mancato utile.

Il danno complessivo, risultante dalla somma delle due componenti ora indicate (mancato utile e danno ulteriore) dovrà poi essere ridotto del cinquanta per cento per il motivo sopra indicato.

Si calcoleranno poi gli interessi e, se del caso, la rivalutazione monetaria, secondo i criteri vigenti.

16. In applicazione dell'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80/1998, il Collegio fissa il termine di giorni novanta entro i quali il Comune di Spoleto dovrà proporre ai ricorrenti la sua offerta di risarcimento, attenendosi ai criteri sopra indicati ai paragrafi 14 e 15 della presente decisione.

17. In conclusione, la domanda risarcitoria va rigettata in quanto proposta personalmente contro il dott. ***** e va accolta, nei limiti sopra precisati, in quanto proposta contro il Comune di Spoleto.

Le spese legali del dott. DS faranno carico ai ricorrenti; quelle dei ricorrenti faranno carico al Comune di Spoleto.

P.Q.M.

Il T.A.R., definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso in quanto proposto nei confronti del dott. ***** personalmente; lo accoglie in parte, come precisato in motivazione, nei confronti del Comune di Spoleto. Condanna il Comune di Spoleto al risarcimento del danno in favore dei ricorrenti, da liquidare col procedimento di cui all'art. 35 comma 2, d.lgs. n. 80/1998, con i criteri e le modalità di cui in motivazione.

Condanna i ricorrenti, in solido, al pagamento delle spese legali in favore del dott. DS liquidandole complessivamente in Euro 3.000 oltre agli accessori di legge. Condanna il Comune di Spoleto al pagamento delle spese legali in favore dei ricorrenti, liquidandole in Euro 5.000 oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier ***** , Presidente

***** , Estensore

***** , Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2010

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/il-risarcimento-deve-essere-proporzionato-al-grado-di-probabilita-che-l-avente-diritto-si-aggiudichi-la-gara-essendovi-solo-due-concorrenti-la-probabilita-deve-essere-stimata-al-cinquanta-percento/>