

Risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo: spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo: spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.

In sede di cognizione della domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, il giudice amministrativo ha pieno accesso al fatto

come hanno confermato le novelle legislative dell'ultimo decennio, dalla legge n° 205/2000, alle leggi n° 15/2005, n° 80/2005, n° 69/2009, fino al codice del processo amministrativo, attraverso il progressivo ampliamento del panorama dei mezzi istruttori esperibili nel giudizio risarcitorio ed il corrispondente ampliamento dell'oggetto del sindacato e della tipologia delle pronunce giurisdizionali previste, in consonanza con i principi di pienezza ed effettività della tutela apprestata dal giudice amministrativo, sanciti dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n° 292/2000, n° 204/2004 e n° 191/2006.

La cognizione degli atti di causa appalesa l'infondatezza dell'odierna pretesa risarcitoria, per mancanza di prova del diritto, vantato dalla società ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, non essendo, per altro verso, stata domandata la mera reintegrazione della chance.

E' noto come la giurisprudenza amministrativa prevalente, sulle orme delle Sezioni Unite della Cassazione n° 500/99, ritenga necessario formulare un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita cui il ricorrente aspira, onde poter addivenire ad una condanna reintegratoria.

In materia di appalti pubblici, tale giudizio implica una rinnovazione virtuale della procedura di gara finalizzata a verificare se, in mancanza dei profili di ritenuta illegittimità, il ricorrente sarebbe risultato aggiudicatario.

Un simile accertamento e la relativa condanna risarcitoria incontrano il duplice limite, da un lato, dell'insindacabilità delle valutazioni di merito e discrezionali compiute dall'amministrazione e, dall'altro lato, quanto alla reintegrazione in forma specifica, della possibilità e non eccessiva onerosità per l'interesse pubblico della nuova aggiudicazione da disporre in caso di esito positivo della prognosi.

Nel caso di specie, non è in alcun modo dimostrato o dimostrabile dagli atti della procedura, né dagli atti dell'odierno giudizio, che l'impresa ricorrente avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione, circostanza, peraltro, neanche dedotta in impugnativa.

Tuttalcontrario, la piena legittimità dell'esclusione dalla gara preclude una prognosi favorevole circa la spettanza alla ricorrente medesima dell'aggiudicazione.

L'infondatezza della pretesa risarcitoria, come fin qui emersa, induce alla reiezione della domanda di risarcimento, sia in forma specifica che per equivalente, per mancanza dell'ingiustizia del danno.

Per completezza, va rilevato, comunque, che tale domanda risarcitoria è solo genericamente enunciata e del tutto sfornita di supporto probatorio sulla stessa sussistenza del pregiudizio, prima ancora che sul quantum e, come tale, non assolve all'onere probatorio che incombe alla parte ricorrente in ragione della

disponibilità della prova dei danni, normalmente rientrante nella sua sfera di dominio, secondo i principi pacificamente affermati in sede giurisprudenziale e oggi recepiti nella disposizione dell'art. 64 del codice del processo amministrativo, d.lgs. 2 luglio 2010 n° 104 (conforme, da ultimo, Cons. Stato, 21 settembre 2010 n° 7004).

In conclusione, le considerazioni suesposte impongono il rigetto del ricorso, sia quanto alla domanda di annullamento degli atti impugnati, sia quanto alla domanda di risarcimento.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 12597 del 18 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

N. 12597/2010 REG.SEN.

N. 00214/2002 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 214 del 2002, proposto da:

Impresa Ricorrente Pietro, in proprio e quale capogruppo di R.T.I., in persona del titolare, rappresentato e difeso dagli avv. ***** e *****, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via Liberta', n° 171;

contro

Comune di Caltanissetta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso l'***** in Palermo, via Autonomia Siciliana n° 25;

per l'annullamento dell'esclusione dalla gara di appalto per lavori di manutenzione straordinaria del Palazzo di Giustizia;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2010 il Referendario dott.ssa ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo dell'odierna pronuncia, depositato ai sensi dell'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe è impugnata l'esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara pubblica, per l'affidamento di lavori di manutenzione straordinaria dell'autorimessa del Palazzo di Giustizia di Caltanissetta, disposta dalla stazione appaltante, per difformità e inidoneità della dichiarazione, a firma del titolare, inerente l'organico medio annuo e il costo del lavoro, prodotta in sede di verifica a campione sul possesso dei requisiti.

Si è costituita l'amministrazione intimata, che ha domandato il rigetto del ricorso, per infondatezza, vinte le spese.

Alla pubblica udienza del 28 settembre 2010, sentiti i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è infondato.

Il Collegio ritiene dirimente, ai sensi dell'art. 64, comma secondo, del codice del processo amministrativo, il fatto, rimasto incontestato, fino all'ultimo scritto difensivo depositato da parte ricorrente il 22 settembre 2010, della tardività ed inidoneità della dichiarazione resa dal titolare della ditta, secondo quanto asserito dalla difesa comunale nella memoria del 18 febbraio 2002, ove si evidenzia "che il documento indicante l'organico medio annuo allegato alla dichiarazione del 05 luglio 2001, non sottoscritto per come prescritto, è stato trasmesso successivamente al provvedimento di esclusione dalla gara, con raccomandata del 26 novembre 2001, circostanza, questa, che sta a dimostrare che di fatto la ricorrente ha riconosciuto la carenza di documentazione".

Per orientamento giurisprudenziale consolidato, il termine per la produzione dei documenti richiesti ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater, della L.n° 109/1994, in sede di verifica a campione dei requisiti del dieci per cento delle imprese partecipanti sorteggiate, è di natura perentoria, in ragione delle esigenze di celerità di svolgimento della gara pubblica (Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2005, n° 42; IV, 4 marzo 2003

n° 1189; Autorità di Vigilanza, 30 marzo 2000 n° 15).

La mancata produzione di documentazione idonea, dotata di valore legale, comprovante i requisiti di qualificazione nel termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta, ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater, menzionato, implica decadenza e obbligo per la stazione appaltante di disporre l'esclusione e le misure sanzionatorie previste.

Per mera completezza, va rilevato che tutte le censure articolate in impugnativa sono infondate.

Sostiene il ricorrente che, in sede di verifica a campione, sarebbe possibile, per l'impresa partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, autocertificare il possesso dei requisiti di qualificazione, ed in particolare, per quanto rileva in questa sede, il costo del personale.

L'assunto è smentito dal quadro normativo vigente *ratione temporis* e, sul tema specifico, rimasto nella sostanza immutato anche dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici.

L'istituto della verifica a campione trova la sua disciplina generale nell'art. 71 del d.P.R. n° 445/2000, a tenore del quale "Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli, anche a campione, in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47. I controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'art. 43 consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi".

La ratio della norma, letta in combinato disposto con gli artt. 46 e 47 del medesimo testo unico, è quella, sì, di semplificare gli adempimenti procedurali a carico dei cittadini all'atto della presentazione di

un'istanza alla P.A. (come si desume dall'inciso "anche contestuali all'istanza", al primo comma dell'art. 46), ma, al contempo, di non inquinare la genuinità dei procedimenti amministrativi e dei loro esiti provvedimentali. Per tale ragione, l'art. 71 del d.P.R. n° 445/2000 prevede che, nel corso del procedimento, o a valle di esso, l'amministrazione controlli la veridicità di quanto autocertificato, attraverso accesso diretto ai dati contenuti in atti pubblici, certificati amministrativi e pubblici registri, non potendo, ad ogni evidenza, ritenersi soddisfatto un controllo legale attraverso la reiterazione dell'autodichiarazione a firma dello stesso originario dichiarante.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, ferma l'ossatura dell'istituto generale sopra richiamato, il legislatore ha aggiunto alcune differenze specializzanti, tra cui la previsione dell'onere di documentare i requisiti di qualificazione in capo all'interessato, stante la normale disponibilità, da parte di quest'ultimo, dei dati da comprovare.

La giurisprudenza ha, peraltro, ritenuto, con orientamento indiscusso, che l'interpretazione degli oneri di verifica e prova dei requisiti soggettivi di qualificazione debba essere più restrittiva e rigorosa nel settore degli appalti pubblici rispetto al regime generale, stante l'interesse generale alla salvaguardia della trasparenza nell'attribuzione di benefici pubblici.

In particolare, per quanto attiene alla dimostrazione dei requisiti di capacità economico finanziaria, recenti pronunce hanno affermato l'infondatezza della pretesa di non condurre la verifica sulla scorta di documenti ufficiali, per la "non irragionevole esigenza di attribuire rilievo ad elementi certi, desumibili da dati certi, definitivi e dimostrabili, in congruenza con l'esigenza di assicurare la piena attendibilità delle indicazioni fornite in ordine ad un requisito di partecipazione alla procedura" (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 17 maggio 2010 n° 1524).

Una simile esigenza assume un significato ancora più pregnante in materia di organico medio annuo e di costo del lavoro, dove la necessità di fornire una dimostrazione mediante documentazione avente valore legale, proveniente da soggetti muniti di poteri certificativi, appare fondata sull'interesse pubblico ad escludere dalla competizione concorsuale operatori che potrebbero sfruttare condizioni non virtuose del

mercato del lavoro, sotto il profilo della regolare assunzione dei dipendenti, per ottenere vantaggi concorrenziali a scapito dei diritti dei lavoratori, delle garanzie di affidabilità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa necessarie per la corretta esecuzione dell'appalto pubblico, con correlativa distorsione della leale concorrenza tra operatori economici.

Per tutte le superiori argomentazioni, dev'essere ritenuta pienamente legittima, proporzionata e ragionevole la richiesta, rivolta nel caso di specie dalla stazione appaltante all'odierna ricorrente, di documentare il requisito controverso mediante nota integrativa al bilancio, ovvero mediante dichiarazione resa dal presidente del collegio sindacale o da un consulente del lavoro.

A fronte del mancato assolvimento dell'onere di documentazione con le modalità prescritte, non restava all'amministrazione alcun margine di discrezionalità rispetto alla doverosa esclusione della ditta ricorrente e all'applicazione delle misure sanzionatorie disposte.

Tale conclusione è confermata dal testo dell'art. 18 del d.P.R. n° 34/2000, invocato in impugnativa, laddove, al comma undicesimo, dispone che il costo complessivo per il personale dipendente è documentato, per i soggetti tenuti alla presentazione del bilancio "con il bilancio corredato dalla relativa nota e riclassificato in conformità alle direttive europee" e, per i soggetti non tenuti alla sua redazione, "con idonea documentazione", alla quale deve aggiungersi e non sostituirsi "una dichiarazione sulla consistenza dell'organico".

Le doglianze incentrate sulla presunta violazione della circolare del Ministero dei Lavori Pubblici 1 marzo 2000 n° 182/400/93 vanno respinte, attesa la natura meramente interpretativa interna della detta circolare, annoverabile nell'ambito della prassi amministrativa, come tale inidonea ad assurgere al rango di fonte normativa o di parametro di legittimità di atti e parimenti insuscettibile di fondare alcuna pretesa.

Il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria, così come la segnalazione all'Autorità di

Vigilanza e le sanzioni di legge, sono legittimi, in quanto atti dovuti e vincolati al presupposto acclarato della causa di esclusione (conforme, ex multis, T.A.R. Lombardia, Milano, 17 maggio 2010 n° 1549) .

Residua l'esame della domanda risarcitoria, articolata, sia pur labialmente, nella parte conclusionale dell'impugnativa.

La domanda non può essere accolta.

In sede di cognizione della domanda risarcitoria, sia in forma spificica che per equivalente, il giudice amministrativo ha pieno accesso al fatto, come hanno confermato le novelle legislative dell'ultimo decennio, dalla legge n° 205/2000, alle leggi n° 15/2005, n° 80/2005, n° 69/2009, fino al codice del processo amministrativo, attraverso il progressivo ampliamento del panorama dei mezzi istruttori esperibili nel giudizio risarcitorio ed il corrispondente ampliamento dell'oggetto del sindacato e della tipologia delle pronunce giurisdizionali previste, in consonanza con i principi di pienezza ed effettività della tutela apprestata dal giudice amministrativo, sanciti dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n° 292/2000, n° 204/2004 e n° 191/2006.

La cognizione degli atti di causa appalesa l'infondatezza dell'odierna pretesa risarcitoria, per mancanza di prova del diritto, vantato dalla società ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, non essendo, per altro verso, stata domandata la mera reintegrazione della chance.

E' noto come la giurisprudenza amministrativa prevalente, sulle orme delle Sezioni Unite della Cassazione n° 500/99, ritenga necessario formulare un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita cui il ricorrente aspira, onde poter addivenire ad una condanna reintegratoria.

In materia di appalti pubblici, tale giudizio implica una rinnovazione virtuale della procedura di gara

finalizzata a verificare se, in mancanza dei profili di ritenuta illegittimità, il ricorrente sarebbe risultato aggiudicatario.

Un simile accertamento e la relativa condanna risarcitoria incontrano il duplice limite, da un lato, dell'insindacabilità delle valutazioni di merito e discrezionali compiute dall'amministrazione e, dall'altro lato, quanto alla reintegrazione in forma specifica, della possibilità e non eccessiva onerosità per l'interesse pubblico della nuova aggiudicazione da disporre in caso di esito positivo della prognosi.

Nel caso di specie, non è in alcun modo dimostrato o dimostrabile dagli atti della procedura, né dagli atti dell'odierno giudizio, che l'impresa ricorrente avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione, circostanza, peraltro, neanche dedotta in impugnativa.

Tuttalcontrario, la piena legittimità dell'esclusione dalla gara preclude una prognosi favorevole circa la spettanza alla ricorrente medesima dell'aggiudicazione.

L'infondatezza della pretesa risarcitoria, come fin qui emersa, induce alla reiezione della domanda di risarcimento, sia in forma specifica che per equivalente, per mancanza dell'ingiustizia del danno.

Per completezza, va rilevato, comunque, che tale domanda risarcitoria è solo genericamente enunciata e del tutto sfornita di supporto probatorio sulla stessa sussistenza del pregiudizio, prima ancora che sul quantum e, come tale, non assolve all'onere probatorio che incombe alla parte ricorrente in ragione della disponibilità della prova dei danni, normalmente rientrante nella sua sfera di dominio, secondo i principi pacificamente affermati in sede giurisprudenziale e oggi recepiti nella disposizione dell'art. 64 del codice del processo amministrativo, d.lgs. 2 luglio 2010 n° 104 (conforme, da ultimo, Cons. Stato, 21 settembre 2010 n° 7004).

In conclusione, le considerazioni suesposte impongono il rigetto del ricorso, sia quanto alla domanda di annullamento degli atti impugnati, sia quanto alla domanda di risarcimento.

Le spese del giudizio possono essere compensate, in considerazione del lasso di tempo intercorso per addivenire alla definizione del merito del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge sia quanto all'annullamento, sia quanto al risarcimento.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente FF

*****, Primo Referendario

*****, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2010

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/risarcimento-del-danno-da-lesione-di-interesse-legittimospetta-alle-parti-l-onere-di-fornire-gli-elementi-di-prova-che-siano-nella-loro-disponibilita-riguardanti-i-fatti-posti-a-fondamento-della-domanda/>