

Non escludere per irregolarità contributiva è fonte di colpa della pa (TAR Sent. N.00689/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Mancata verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria manifesta colpa della stazione appaltante e riconoscimento del danno ingiusto alla seconda classificata

Nel merito, sussistono i presupposti della responsabilità dell'amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa che rientra, secondo l'orientamento prevalente dal quale il Collegio non ritiene di discostarsi, nella disciplina della responsabilità aquiliana (ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007 n. 1114; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 febbraio 2010 n. 980).

In particolare, sussiste l'elemento oggettivo della responsabilità dell'amministrazione e, in particolare, deve essere rilevata incidenter tantum la illegittimità dell'aggiudicazione pronunciata in favore del raggruppamento ALFA s.r.l./Costruzioni ALFA 2, siccome disposta in violazione dell'art. 38, primo comma, lett. i) del codice degli appalti pubblici (secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti che "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti").

Quanto all'elemento soggettivo della colpa dell'ente appaltante, giova richiamare la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. III, 30 settembre 2010, causa C-314/09 la quale ha escluso, quantomeno per il settore degli appalti pubblici, che il diritto al risarcimento del danno da parte di un'amministrazione possa essere subordinato al carattere colpevole della violazione normativa. La Corte ha infatti statuito che "il tenore letterale degli art. 1 n. 1, e 2 n. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione

aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità".

Sul punto, il Collegio ritiene comunque di evidenziare, per completezza, che tale elemento soggettivo certamente sussiste nella fattispecie posto che, nel corso della procedura selettiva, l'ente appaltante, pur reso edotto della situazione di irregolarità contributiva del raggruppamento aggiudicatario, non provvedeva alla relativa esclusione, in violazione delle richiamate prescrizioni normative e principi giurisprudenziali in materia di contratti pubblici.

Non può invero essere trascurata l'inerzia dell'amministrazione nella effettuazione della verifica sul possesso dei requisiti generali dichiarati in sede di gara dal raggruppamento aggiudicatario ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006, provvedendovi solo su specifico atto di impulso delle ricorrenti che, con atti di diffida, evidenziavano gli scrutinati profili di illegittimità e chiedevano invano la revoca in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'a.t.i. ALFA.

Nonostante la prospettazione da parte delle istanti di fondati rilievi in ordine all'ammissione alla gara dell'a.t.i. aggiudicataria, l'amministrazione disponeva l'aggiudicazione definitiva, tra l'altro, prendendo atto della regolarizzazione della posizione previdenziale addirittura in data successiva allo svolgimento della gara e alla aggiudicazione provvisoria.

Sussiste infine il nesso di causalità tra illegittimità provvedimento e pregiudizio lamentato dal momento che, qualora la stazione appaltante avesse escluso l'a.t.i. ALFA ai sensi dell'art. 38, primo comma, lett. i) D.Lgs. 163/2006, le ricorrenti avrebbero conseguito l'aggiudicazione dell'appalto

Passaggio tratto dalla sentenza numero 689 del 9 febbraio 2012 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

Venendo al quantum della pretesa risarcitoria, le istanti chiedono la condanna al pagamento dei seguenti importi: I) spese e costi sostenuti per la partecipazione alla procedura concorsuale ammontanti a complessivi Euro 250,00; II) utile economico che sarebbe derivata dalla esecuzione dell'appalto, nella misura del 10% del valore dell'appalto; III) perdita di chance legata alla impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato alla esecuzione dei lavori, quantificato nel 3% del prezzo offerto in sede di gara; IV) interessi e rivalutazione come per legge.

Tali richieste sono condivisibili solo in parte.

In dettaglio, non sono risarcibili i costi sostenuti per la partecipazione alla procedura di gara che, invero, si colorano come danno emergente solo nei casi di illegittima esclusione (venendo in tal caso in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili) e non nei casi di danno per mancata aggiudicazione o per perdita della possibilità di aggiudicazione, in quanto la partecipazione alle gare d'appalto comporta per i partecipanti dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione che in caso di mancata aggiudicazione (Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011 n. 1681).

Quanto all'utile economico che sarebbe derivato dalla esecuzione dell'appalto e alla perdita di chance lamentata dalle ricorrenti, la Sezione ritiene che tali voci di danno possano essere liquidate in una percentuale inferiore a quella richiesta.

In particolare, un primo abbattimento si impone in ragione della mancata dimostrazione, da parte delle ricorrenti, di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altre opere, dovendosi pertanto ritenere che le stesse possano avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi lavori, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile (Consiglio Stato, Sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1206; Sez. V, 24 ottobre 2002 n. 5860; Sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 febbraio 2010 n. 980).

Tali argomentazioni portano quindi a riconoscere alle ricorrenti una quantificazione del danno per mancata aggiudicazione e perdita di chance pari al 2% dell'offerta presentata dalla ricorrente (che in sede di gara ha presentato un ribasso percentuale pari al 25% su un importo complessivo dei lavori pari ad Euro 294.733,54).

Trattandosi di debito di valore, detta somma dovrà essere maggiorata della rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data di stipula del contratto dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, fino alla data del deposito della presente sentenza. Sulla somma totale così computata decorreranno, comunque, gli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

In conclusione, per i motivi esposti il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, la Provincia di Benevento va condannata al pagamento, a favore delle società ricorrenti di una somma di denaro pari al 2% dell'importo dell'offerta formulata in sede di gara oltre rivalutazione ed interessi al tasso legale come sopra determinati.

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della sentenza numero 689 del 9 febbraio 2012 pronunciata dal Tar Campania, Napoli.

<https://www.diritto.it/non-escludere-per-irregolarita-contributiva-e-fonte-di-colpa-della-pa-tar-sent-n-00689-2012/>