

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29166-sussiste-inoltre-l-elemento-soggettivo-della-colpa-costituito-dalla-illegittimita-degli-atti-gravati-ed-annullati-in-sede-giurisdizionale-tenuto-conto-dell-assenza-di-ragioni-ostative-alla-piana-a>

Autore: Lazzini Sonia

**Sussiste inoltre l'elemento soggettivo della colpa, costituito dalla illegittimità degli atti gravati ed annullati in sede giurisdizionale (tenuto conto dell'assenza di ragioni ostative alla piana applicazione delle prescrizioni formali contenute nella le**

**Tar Campania, Napoli, 17.02.2010 n. 980**

**Sussiste inoltre l'elemento soggettivo della colpa, costituito dalla illegittimità degli atti gravati ed annullati in sede giurisdizionale (tenuto conto dell'assenza di ragioni ostative alla piana applicazione delle prescrizioni formali contenute nella lex specialis di gara) e dalla mancata ottemperanza dell'Ente agli effetti conformativi derivanti dalla pronuncia giurisdizionale.**

Ricorrono altresì i presupposti dell'azione risarcitoria conseguenti alla 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).

In particolare, sussiste l'elemento oggettivo dell'illecito e, segnatamente, del danno da mancata aggiudicazione, in quanto parte ricorrente ha dimostrato che, in mancanza degli atti illegittimi emessi dall'Amministrazione ed annullati in sede giurisdizionale, avrebbe mantenuto l'aggiudicazione dell'appalto che era stata già disposta in suo favore.

Venendo al quantum della pretesa risarcitoria, il Collegio ritiene di condividere solo in parte la richiesta avanzata dal ricorrente che chiede la condanna dell'Amministrazione al pagamento del 10% dell'importo dell'appalto a base d'asta (Euro 225.654,99) oltre interessi e rivalutazione monetaria.

3.1. In proposito, quanto al lucro cessante, il ricorrente ha diritto al ristoro del danno da mancata aggiudicazione, poiché, come si è visto, in mancanza degli atti illegittimi dell'Amministrazione, avrebbe mantenuto l'aggiudicazione disposta precedentemente in proprio favore dalla stazione appaltante.

L'impresa individuale Ricorrente Paolo ha partecipato alla gara d'appalto indetta con bando del 16 novembre 2003 dal Comune di San Nicola Manfredi per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della strada rurale "Mezzaricotta – Centofontane", da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso sulla base d'asta di Euro 225.654,99.

Tra le prescrizioni del bando previste a pena di esclusione vi era quella per cui l'offerta avrebbe dovuto essere espressa sia in cifre che in lettere.

Delle originarie 64 imprese partecipanti ne risultavano ammesse solo 58, le cui offerte venivano aperte nella seduta del 24 novembre 2003; in tale circostanza, la Commissione procedeva all'esclusione di 32 ditte, avendo queste presentato la loro offerta indicando non già il prezzo finale a corpo, quanto la percentuale di ribasso. All'esito delle operazioni di gara, l'aggiudicazione provvisoria veniva disposta in favore della impresa individuale Ricorrente Paolo.

Successivamente, a seguito di esposto presentato da una delle ditte escluse, la Commissione decideva di annullare l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'impresa Ricorrente, di riaprire le operazioni di gara e di riammettere le imprese in precedenza escluse, fissando nella data del 1 dicembre 2003 la seduta di prosieguo delle attività di selezione, all'esito delle quali aggiudicataria risultava essere questa volta la società Controinteressata Costruzioni s.a.s..

Con ricorso n. 14 del 2004 il ricorrente ha impugnato l'atto di annullamento dell'originaria aggiudicazione disposta in suo favore e la nuova aggiudicazione, articolando anche domanda risarcitoria per i danni derivanti dall'illegittimità dell'azione amministrativa.

Con sentenza n. 8864 del 20 maggio 2004 il Tribunale ha accolto il gravame e disposto l'annullamento degli atti impugnati ritenendo che:

- il bando di gara prescriveva espressamente che, a pena di esclusione, il prezzo dovesse essere indicato in cifre ed in lettere, facendo così riferimento ad un valore monetario e non già ad uno da esprimersi in termini percentuali, come invece avevano fatto le ditte originariamente escluse e poi riammesse, in ciò incorrendo in una chiara violazione della lex specialis;

- non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria, dovendosi attendere le successive determinazioni dell'Amministrazione Comunale di San Nicola Manfredi circa l'esecuzione della

decisione, tenuto anche conto degli “effetti invalidanti prodotti dalla medesima sul contratto di appalto stipulato con la società controinteressata”.

Con il ricorso in esame n. 7968 del 2005 il ricorrente chiede accertarsi il proprio diritto al risarcimento dei danni per equivalente monetario in ragione dell’illegittimità dei richiamati provvedimenti amministrativi, tenuto anche conto dell’impossibilità di procedere al risarcimento in forma specifica a causa dell’integrale esecuzione dei lavori appaltati.

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato nel merito per le ragioni che seguono.

Preliminarmente il Collegio ritiene ammissibile la richiesta di risarcimento dei danni per equivalente monetario dal momento che l’annullamento giurisdizionale degli atti illegittimi adottati dalla stazione appaltante non appare pienamente soddisfacente della pretesa della parte ricorrente. Difatti, come dedotto da quest’ultima, sono stati eseguiti i lavori oggetto della gara d’appalto indetta dal Comune di San Nicola Manfredi e quindi non è possibile il subingresso della medesima nella posizione contrattuale della società aggiudicataria della procedura.

In particolare, sussiste l’elemento oggettivo dell’illecito e, segnatamente, del danno da mancata aggiudicazione, in quanto parte ricorrente ha dimostrato che, in mancanza degli atti illegittimi emessi dall’Amministrazione ed annullati in sede giurisdizionale, avrebbe mantenuto l’aggiudicazione dell’appalto che era stata già disposta in suo favore.

Difatti, con la sentenza n. 8864/2004 il T.A.R. ha accertato che dopo la predetta aggiudicazione, la stazione appaltante non poteva procedere alla riammissione in gara delle società precedentemente escluse in quanto il bando di gara prescriveva espressamente che, a pena di esclusione, il prezzo dovesse essere indicato in cifre ed in lettere, facendo così riferimento ad un valore monetario e non già ad uno da esprimersi in termini percentuali, come invece avevano fatto le ditte originariamente escluse e poi riammesse.

Quindi sussiste ed è evidente il danno per mancata aggiudicazione per non aver potuto eseguire i lavori e non aver tratto il relativo utile di impresa e tale danno si pone in rapporto di diretta causalità con la accertata illegittimità.

Sussiste inoltre l’elemento soggettivo della colpa, costituito dalla illegittimità degli atti gravati ed annullati in sede giurisdizionale (tenuto conto dell’assenza di ragioni ostative alla piena applicazione delle prescrizioni formali contenute nella lex specialis di gara) e dalla mancata ottemperanza dell’Ente agli effetti conformativi derivanti dalla pronuncia giurisdizionale.

Difatti, nel respingere la domanda risarcitoria formulata in quella sede dal ricorrente, il T.A.R. rimetteva alle successive determinazioni dell’Amministrazione Comunale di San Nicola Manfredi l’esecuzione della decisione, “anche tenuto conto degli effetti invalidanti prodotti dalla medesima sul contratto di appalto stipulato con la società contro interessata”. Tale elemento induce pertanto a ritenere l’esistenza di un grave scostamento dagli oneri di diligenza della stazione appaltante.

Né la stazione appaltante ha addotto la sussistenza di errore scusabile che è prefigurabile, a titolo esemplificativo, nelle ipotesi di formulazione incerta della normativa applicata e da poco tempo entrata in vigore, dell’estrema complessità dei fatti su cui cade l’applicazione della norma, dell’influenza decisiva e determinante di fatti o comportamenti di altri soggetti ed in altre ipotesi di analogia significativa rilevanza.

3. Venendo al quantum della pretesa risarcitoria, il Collegio ritiene di condividere solo in parte la richiesta avanzata dal ricorrente che chiede la condanna dell’Amministrazione al pagamento del 10% dell’importo dell’appalto a base d’asta (Euro 225.654,99) oltre interessi e rivalutazione monetaria.

3.1. In proposito, quanto al lucro cessante, il ricorrente ha diritto al ristoro del danno da mancata aggiudicazione, poiché, come si è visto, in mancanza degli atti illegittimi dell’Amministrazione, avrebbe mantenuto l’aggiudicazione disposta precedentemente in proprio favore dalla stazione appaltante.

La giurisprudenza ha precisato che tale danno è quantificabile nella misura dell’utile non conseguito (10%, sulla base dell’applicabilità in via analogica dell’art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F e dell’art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 recepito dall’art. 134 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163) solo se ed in quanto l’impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze,

lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile (ex multis, Consiglio Stato, Sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1206; Sez. V, 24 ottobre 2002 n. 5860; Sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6607 e 9 giugno 2008 n. 2763).

Non risultando tale prova, in applicazione di detto principio, il danno risarcibile deve essere ridotto in via equitativa al 5% dell'offerta presentata dal ricorrente (che in sede di gara ha presentato un ribasso percentuale pari al 33,90% su un importo complessivo dei lavori di Euro 225.654,99).

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 sentenza n. 8864/2004 di annullamento dell'aggiudicazione. Sulla somma totale così computata decorreranno, comunque, gli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

3.2. Viceversa, deve essere respinta l'ulteriore richiesta di risarcimento del danno emergente consistente nelle spese sostenute per la partecipazione alla gara che non sono state adeguatamente provate e documentate da parte ricorrente.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 980 del 17 febbraio 2010 emessa dal Tar Campania, Napoli

**N. 00980/2010 REG.SEN.**  
**N. 07968/2005 REG.RIC.**



**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 della Campania**

**(Sezione Ottava)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7968 del 2005, proposto da:  
Ricorrente Paolo, titolare dell'omonima impresa individuale, rappresentato e difeso

dall'avv. Raffaele Scarinzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Maria Capitano, in Napoli, via Palepoli, 20;

***contro***

Comune di San Nicola Manfredi, non costituito in giudizio;

***per il risarcimento dei danni***

sofferti dal ricorrente in ragione dell'annullamento illegittimo dell'aggiudicazione provvisoria disposta con verbale del 27 novembre 2003 dalla commissione di gara per l'appalto indetto dal Comune di San Nicola Manfredi (BN) per l'affidamento dei "lavori di ristrutturazione della strada rurale Mezzaricotta – Centofontane".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2010 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO**

L'impresa individuale Ricorrente Paolo ha partecipato alla gara d'appalto indetta con bando del 16 novembre 2003 dal Comune di San Nicola Manfredi per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della strada rurale "Mezzaricotta – Centofontane", da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso sulla base d'asta di Euro 225.654,99.

Tra le prescrizioni del bando previste a pena di esclusione vi era quella per cui l'offerta avrebbe dovuto essere espressa sia in cifre che in lettere.

Delle originarie 64 imprese partecipanti ne risultavano ammesse solo 58, le cui offerte venivano aperte nella seduta del 24 novembre 2003; in tale circostanza, la Commissione procedeva all'esclusione di 32 ditte, avendo queste presentato la loro

offerta indicando non già il prezzo finale a corpo, quanto la percentuale di ribasso. All'esito delle operazioni di gara, l'aggiudicazione provvisoria veniva disposta in favore della impresa individuale Ricorrente Paolo.

Successivamente, a seguito di esposto presentato da una delle ditte escluse, la Commissione decideva di annullare l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'impresa Ricorrente, di riaprire le operazioni di gara e di riammettere le imprese in precedenza escluse, fissando nella data del 1 dicembre 2003 la seduta di prosieguo delle attività di selezione, all'esito delle quali aggiudicataria risultava essere questa volta la società Controinteressata Costruzioni s.a.s..

Con ricorso n. 14 del 2004 il ricorrente ha impugnato l'atto di annullamento dell'originaria aggiudicazione disposta in suo favore e la nuova aggiudicazione, articolando anche domanda risarcitoria per i danni derivanti dall'illegittimità dell'azione amministrativa.

Con sentenza n. 8864 del 20 maggio 2004 il Tribunale ha accolto il gravame e disposto l'annullamento degli atti impugnati ritenendo che:

- il bando di gara prescriveva espressamente che, a pena di esclusione, il prezzo dovesse essere indicato in cifre ed in lettere, facendo così riferimento ad un valore monetario e non già ad uno da esprimersi in termini percentuali, come invece avevano fatto le ditte originariamente escluse e poi riammesse, in ciò incorrendo in una chiara violazione della *lex specialis*;
- non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria, dovendosi attendere le successive determinazioni dell'Amministrazione Comunale di San Nicola Manfredi circa l'esecuzione della decisione, tenuto anche conto degli "effetti invalidanti prodotti dalla medesima sul contratto di appalto stipulato con la società controinteressata".

Con il ricorso in esame n. 7968 del 2005 il ricorrente chiede accertarsi il proprio diritto al risarcimento dei danni per equivalente monetario in ragione

dell'illegittimità dei richiamati provvedimenti amministrativi, tenuto anche conto dell'impossibilità di procedere al risarcimento in forma specifica a causa dell'integrale esecuzione dei lavori appaltati.

Non si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata.

Alla pubblica udienza del 20 gennaio 2010 la causa è stata ritenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nel merito per le ragioni che seguono.

Preliminarmente il Collegio ritiene ammissibile la richiesta di risarcimento dei danni per equivalente monetario dal momento che l'annullamento giurisdizionale degli atti illegittimi adottati dalla stazione appaltante non appare pienamente soddisfacente della pretesa della parte ricorrente. Difatti, come dedotto da quest'ultima, sono stati eseguiti i lavori oggetto della gara d'appalto indetta dal Comune di San Nicola Manfredi e quindi non è possibile il subingresso della medesima nella posizione contrattuale della società aggiudicataria della procedura.

2. Ricorrono altresì i presupposti dell'azione risarcitoria conseguenti alla 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).

2.1. In particolare, sussiste l'elemento oggettivo dell'illecito e, segnatamente, del danno da mancata aggiudicazione, in quanto parte ricorrente ha dimostrato che, in mancanza degli atti illegittimi emessi dall'Amministrazione ed annullati in sede giurisdizionale, avrebbe mantenuto l'aggiudicazione dell'appalto che era stata già disposta in suo favore.

Difatti, con la sentenza n. 8864/2004 il T.A.R. ha accertato che dopo la predetta aggiudicazione, la stazione appaltante non poteva procedere alla riammissione in gara delle società precedentemente escluse in quanto il bando di gara prescriveva

espressamente che, a pena di esclusione, il prezzo dovesse essere indicato in cifre ed in lettere, facendo così riferimento ad un valore monetario e non già ad uno da esprimersi in termini percentuali, come invece avevano fatto le ditte originariamente escluse e poi riammesse.

Quindi sussiste ed è evidente il danno per mancata aggiudicazione per non aver potuto eseguire i lavori e non aver tratto il relativo utile di impresa e tale danno si pone in rapporto di diretta causalità con la accertata illegittimità.

2.2. Sussiste inoltre l'elemento soggettivo della colpa, costituito dalla illegittimità degli atti gravati ed annullati in sede giurisdizionale (tenuto conto dell'assenza di ragioni ostative alla piana applicazione delle prescrizioni formali contenute nella *lex specialis* di gara) e dalla mancata ottemperanza dell'Ente agli effetti conformativi derivanti dalla pronuncia giurisdizionale.

Difatti, nel respingere la domanda risarcitoria formulata in quella sede dal ricorrente, il T.A.R. rimetteva alle successive determinazioni dell'Amministrazione Comunale di San Nicola Manfredi l'esecuzione della decisione, "anche tenuto conto degli effetti invalidanti prodotti dalla medesima sul contratto di appalto stipulato con la società contro interessata". Tale elemento induce pertanto a ritenere l'esistenza di un grave scostamento dagli oneri di diligenza della stazione appaltante.

Né la stazione appaltante ha addotto la sussistenza di errore scusabile che è prefigurabile, a titolo esemplificativo, nelle ipotesi di formulazione incerta della normativa applicata e da poco tempo entrata in vigore, dell'estrema complessità dei fatti su cui cade l'applicazione della norma, dell'influenza decisiva e determinante di fatti o comportamenti di altri soggetti ed in altre ipotesi di analoga significativa rilevanza.

3. Venendo al quantum della pretesa risarcitoria, il Collegio ritiene di condividere solo in parte la richiesta avanzata dal ricorrente che chiede la condanna



dell'Amministrazione al pagamento del 10% dell'importo dell'appalto a base d'asta (Euro 225.654,99) oltre interessi e rivalutazione monetaria.

3.1. In proposito, quanto al lucro cessante, il ricorrente ha diritto al ristoro del danno da mancata aggiudicazione, poiché, come si è visto, in mancanza degli atti illegittimi dell'Amministrazione, avrebbe mantenuto l'aggiudicazione disposta precedentemente in proprio favore dalla stazione appaltante.

La giurisprudenza ha precisato che tale danno è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito (10%, sulla base dell'applicabilità in via analogica dell'art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F e dell'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 recepito dall'art. 134 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163) solo se ed in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile (ex multis, Consiglio Stato, Sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1206; Sez. V, 24 ottobre 2002 n. 5860; Sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6607 e 9 giugno 2008 n. 2763).

Non risultando tale prova, in applicazione di detto principio, il danno risarcibile deve essere ridotto in via equitativa al 5% dell'offerta presentata dal ricorrente (che in sede di gara ha presentato un ribasso percentuale pari al 33,90% su un importo complessivo dei lavori di Euro 225.654,99).

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 sentenza n. 8864/2004 di annullamento dell'aggiudicazione.

Sulla somma totale così computata decorreranno, comunque, gli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

3.2. Viceversa, deve essere respinta l'ulteriore richiesta di risarcimento del danno emergente consistente nelle spese sostenute per la partecipazione alla gara che non sono state adeguatamente provate e documentate da parte ricorrente.

4. In conclusione, per i motivi esposti il ricorso va accolto siccome fondato e, per l'effetto, il Comune di San Nicola Manfredi va condannato al pagamento, a favore del ricorrente di una somma di denaro pari al 5% dell'importo dell'offerta formulata in sede di gara, oltre rivalutazione ed interessi al tasso legale come sopra determinati.

5. Spese ed onorari di causa seguono la soccombenza e vengono liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sezione VIII, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe n. 7968 del 2005, lo accoglie e, per l'effetto condanna il Comune di San Nicola Manfredi al risarcimento dei danni in favore del Sig. Ricorrente Paolo nella misura indicata in motivazione.

Condanna altresì il Comune di San Nicola Manfredi al pagamento delle spese ed onorari di causa che liquida nella misura di Euro 1.500,00 (millecinquecento/00) in favore del Sig. Ricorrente Paolo.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Carlo Buonauro, Primo Referendario

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

Il 17/02/2010

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

**IL SEGRETARIO**