

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29552-la-colpa-della-provincia-autonoma-di-bolzano-va-quindi-individuata-nell-avere-essa-introdotto-nel-bando-di-gara-pur-nell-esercizio-di-un-ampia-facolt-discrezionale-in-proposito-una-clausola-limit>

Autore: Lazzini Sonia

La colpa della Provincia autonoma di Bolzano, va quindi individuata nell'avere essa introdotto nel bando di gara – pur nell'esercizio di un'ampia facoltà discrezionale in proposito – una clausola limitativa della partecipazione della gara

Tar Provincia di Bolzano, 16.04.2010 n. 114

la colpa della Provincia autonoma di Bolzano, va quindi individuata nell'aver essa introdotto nel bando di gara – pur nell'esercizio di un'ampia facoltà discrezionale in proposito – una clausola limitativa della partecipazione della gara

Nel giudizio risarcitorio che qui ci occupa l'illegittimità di detta clausola assume rilevanza come elemento oggettivo dell'illecito (è fuori discussione che la ricorrente ha subito un danno ingiusto consistente nella violazione del suo diritto ad una chance di aggiudicazione dell'appalto), essendo invece l'elemento soggettivo individuabile nel comportamento dell'Amministrazione di avere predisposto delle clausole contrarie al principio della prevalenza dell'elemento economico su quello tecnico e limitative della partecipazione del maggior numero possibile di offerenti alla gara.

Bisogna quindi ritenere che sussistano i presupposti dell'illecito provvedi mentale.

La sussistenza del danno come tale è in re ipsa.

Trattandosi di responsabilità aquiliana, l'onere della prova del suo ammontare grava sul richiedente (art. 2043 c.c.) e può essere liquidato con valutazione equitativa soltanto se esso non può essere provato nel suo preciso ammontare (art. 1226, richiamato dall'art. 2056 c.c.).

Ricorso contro la Provincia Autonoma di Bolzano, per il risarcimento di tutti i danni diretti ed indiretti subiti a causa dell'illegittima esclusione dalla procedura di gara indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano per l'affidamento dei lavori di costruzione della facciata - carpenteria metallica e lavori da vetraio nell'ambito della realizzazione della Libera Università di Bolzano - sede di Bressanone.

La ricorrente agisce per il risarcimento dei danni subiti a causa della sua illegittima esclusione dalla procedura di gara indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano, con bando del 9 ottobre 2001, per l'affidamento dei lavori di costruzione della facciata – carpenteria metallica e lavori da vetraio nell'ambito della realizzazione della Libera Università di Bolzano – sede di Bressanone.

Ciò in seguito alla decisione del Consiglio di Stato n. 476/2005 che, in riforma della sentenza di questo Tribunale n. 526/2002, ha riconosciuto l'illegittimità dell'esclusione dalla gara della ricorrente.

La ricorrente quantifica il danno nella misura complessiva di Euro 1.181.547,56, interessi e rivalutazione compresi, di cui Euro 340.452,66 per danno per perdita di chance e Euro 567.421,10 per lucro cessante.

Chiede quindi la condanna della Provincia al pagamento di detta somma, oltre agli interessi e la rivalutazione e, alternativamente, della “maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.”.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato entro i limiti di cui appresso.

Quanto premesso consente al Collegio di entrare nel merito della proposta domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta dalla ricorrente soltanto con il ricorso in esame trattandosi di un appalto già da tempo eseguito al momento del disposto annullamento degli atti di gara (avvenuto soltanto con la decisione del Consiglio di Stato n. 476 del 2005), per cui non era più possibile un risarcimento in forma specifica attraverso la sua riammissione alla gara.

Il giudizio da affrontare riguarda il problema della responsabilità della P.A. per illecito provvedimento invocata dalla ricorrente - vittoriosa in sede pregiudiziale amministrativa - avente per oggetto l'annullamento, con decisione giudiziale con forza di giudicato, di atti amministrativi gravati da censure risultate poi fondate.

Va ricordato che – almeno del giudizio di impugnazione che ha per oggetto un atto della P.A. e non il rapporto con la stessa – gli effetti del giudicato vanno, oggettivamente, limitati ai motivi di impugnazione esaminati e, soggettivamente, alle parti che hanno partecipato al giudizio.

Ed è unicamente il giudicato che può essere posto alla base per l'accertamento della responsabilità, sia in relazione alla sua sussistenza (an debeatur), sia in relazione alla sua consistenza (quantum debeatur).

Nel giudizio risarcitorio che qui ci occupa l'illegittimità di detta clausola assume rilevanza come elemento oggettivo dell'illecito (è fuori discussione che la ricorrente ha subito un danno ingiusto consistente nella violazione del suo diritto ad una chance di aggiudicazione dell'appalto), essendo invece l'elemento soggettivo individuabile nel comportamento dell'Amministrazione di avere predisposto delle clausole contrarie al principio della prevalenza dell'elemento economico su quello tecnico e limitative della partecipazione del maggior numero possibile di offerenti alla gara.

Atteso che il giudicato riguarda l'illegittimità del bando e quindi della lex specialis – illegittimità che si riverbera su tutti i successivi atti della gara compresa l'aggiudicazione – la ricorrente non può vantare una ipotetica chance di divenire aggiudicataria nella gara annullata, in quanto l'annullamento di una clausola del bando attinente ai requisiti di partecipazione delle imprese, non poteva che portare ad una ripetizione della gara (non più possibile concretamente dopo la decisione del Consiglio di Stato essendo già stati eseguiti i lavori) con l'eliminazione o il ridimensionamento della clausola ritenuta illegittima dal giudicante.

La ricorrente può quindi vantare soltanto l'ipotetica chance (presumibilmente minore) di aggiudicazione in un'ipotetica nuova gara, con partecipanti presumibilmente in numero maggiore, attesa la eliminazione dal nuovo bando della clausola limitativa dei partecipanti alla gara.

Per quanto riguarda l'accertamento dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) nella condotta della Provincia autonoma di Bolzano va, sulla base dei precedenti giurisprudenziali di questo Tribunale (cfr. sent. n. 127 del 2 aprile 2009) ribadito che bisogna tener conto dei vizi che hanno determinato l'illegittimità del provvedimento, della gravità delle violazioni commesse in relazione dell'ampiezza del potere discrezionale esercitato e dell'eventuale scusabilità dell'errore in cui è incorsa la P.A. e dal quale è scaturita l'illegittimità del provvedimento.

Nel caso in esame si potrebbe sostenere che la scusabilità dell'errore potrebbe sembrare almeno discutibile, dal momento che il giudice di primo grado aveva ritenuto legittima la clausola di cui trattasi e soltanto il giudice di appello è stato di contrario avviso.

Senonchè le differenti decisioni dei giudicanti non possono rendere la questione trattata opinabile, ma la soluzione datale dal giudice di appello dev'essere considerata l'unica corretta (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1114/2007).

Il contrasto tra i due giudicati può però essere sintomatico in ordine alla gravità della colpa dell'Amministrazione.

Orbene, la colpa della Provincia autonoma di Bolzano, va quindi individuata nell'aver essa introdotto nel bando di gara – pur nell'esercizio di un'ampia facoltà discrezionale in proposito – una clausola limitativa della partecipazione della gara.

Alla luce delle considerazioni che precedono si possono quindi esaminare le singole voci di danno esposte dalla ricorrente.

Per spese e costi sostenuti per la preparazione dell'offerta la ricorrente espone l'importo di Euro 62.500,00 sulla base di un calcolo di 1715 ore impiegate per il relativo lavoro.

A parte la questione della prova, tale voce di danno non viene ritenuta risarcibile dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cons. di Stato, 21 maggio 2009 n. 3144 e sentenza di questo Tribunale n. 362/2009) in quanto i costi che comporta la partecipazione alla gara restano comunque a carico delle imprese partecipanti, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione, per cui, con il riconoscimento di tale voce di danno, all'impresa esclusa si farebbe conseguire un beneficio maggiore di quello che le sarebbe derivato dall'aggiudicazione.

La quantificazione del danno per la perdita dell'utile economico che le sarebbe derivato dall'aggiudicazione, che in questo caso può consistere soltanto in una perdita di chance, va rapportata all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione dell'appalto nella gara rinnovata.

In termini percentuali tale danno viene quantificato nella misura orientativa del 10 % dell'offerta (11.348.422,00), ridotto al 5 % nel caso in cui l'impresa non dimostra – come nel caso in esame – di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri lavori (Cons. di Stato, VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

Il risultato va quindi diviso con il numero dei partecipanti alla gara presumendo che ognuno abbia le stesse possibilità teoriche di aggiudicarsi la gara.

Nella specie tale operazione si presenta ardua se non impossibile, in quanto si ignora, quante imprese avrebbero partecipato nel caso di una nuova gara con un bando più aperto e non limitativo o, comunque, meno restrittivo, come quello che è stato annullato dal giudicato del Consiglio di Stato.

Atteso che l'art. 2727 c.c. ammette la prova per presunzioni soltanto nel caso che si possa risalire a un fatto ignoto partendo da un fatto noto, l'utilizzo di tali presunzioni nella specie non sembra ammissibile in quanto per il calcolo del danno si dovrebbe partire non da un fatto noto (che normalmente sono gli effettivi partecipanti alla gara), ma da un fatto solo presunto (presumibile numero di partecipanti in una nuova gara, della quale si sconoscono i particolari del bando) così contravvenendo al principio del divieto della c.d. praesumptio de praesumpto.

Resta quindi soltanto la possibilità di una valutazione equitativa del danno, nella quale possono confluire anche elementi presuntivi.

Tenuto conto dell'ampio potere discrezionale della Provincia di predisporre le clausole del bando, la sua colpa non particolarmente grave (essendo il suo comportamento stato giudicato legittimo dal giudice di primo grado) e di ogni altro elemento emerso nel presente giudizio e nei giudizi connessi, il danno va liquidato in via equitativa in Euro 70.000.00 (settantamila) attualizzato – compresi quindi interessi e svalutazione - ad oggi.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 114 del 16 aprile 2010 pronunciata dal Tar Provincia di Bolzano

N. 00114/2010 REG.SEN.
N. 00258/2007 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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 258 del 2007, proposto da: Ricorrente Impresa Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Benedetto Carbone, Herald Gamper, Luigi Strano, con domicilio eletto presso Herald Gamper in Bolzano, corso Liberta', 30;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Larcher, Patrizia Pignatta, Lukas Plancker, con domicilio eletto presso Maria Larcher in Bolzano, c/o Prov.Aut. Bz - via Crispi, 3;

per il risarcimento di tutti i danni diretti ed indiretti subiti a causa dell'illegittima esclusione dalla procedura di gara indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano per l'affidamento dei lavori di costruzione della facciata - carpenteria metallica e lavori da vetraio nell'ambito della realizzazione della Libera Università di Bolzano - sede di Bressanone.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia Autonoma di Bolzano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2010 il dott. Hugo Demattio e uditi per le parti i difensori avv. L.Strano per la ricorrente avv. M. Larcher per la Provincia autonoma di Bolzano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente agisce per il risarcimento dei danni subiti a causa della sua illegittima esclusione dalla procedura di gara indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano, con bando del 9 ottobre 2001, per l'affidamento dei lavori di costruzione della facciata – carpenteria metallica e lavori da vetraio nell'ambito della realizzazione della Libera Università di Bolzano – sede di Bressanone.

Ciò in seguito alla decisione del Consiglio di Stato n. 476/2005 che, in riforma della sentenza di questo Tribunale n. 526/2002, ha riconosciuto l'illegittimità dell'esclusione dalla gara della ricorrente.

La ricorrente quantifica il danno nella misura complessiva di Euro 1.181.547,56, interessi e rivalutazione compresi, di cui Euro 340.452,66 per danno per perdita di chance e Euro 567.421,10 per lucro cessante.

Chiede quindi la condanna della Provincia al pagamento di detta somma, oltre agli interessi e la rivalutazione e, alternativamente, della “maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.”.

Si è costituita la Provincia autonoma di Bolzano ed ha chiesto il rigetto del ricorso, perché inammissibile e infondato.

All'udienza del 15 luglio 2009 il ricorso è passato in decisione.

Con ordinanza istruttoria 15.07.2009 il Tribunale ha ordinato l'acquisizione agli atti dell'offerta economica della ricorrente a suo tempo presentata nella procedura di gara di cui trattasi.

Il documento – recante l'importo totale dell'offerta senza IVA per Euro 11.346.059,70 – è stato depositato in data 13 gennaio 2010.

Con memoria 11.03.2010 la Provincia autonoma ha integrato le conclusioni, chiedendo, in via subordinata, “qualora venisse accertato il diritto al risarcimento danni”, la liquidazione di un importo non maggiore di Euro 56.730,298, con compensazione integrale delle spese di giudizio.

All'udienza del 24 marzo 2010 il ricorso è stato quindi – definitivamente - trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato entro i limiti di cui appresso.

Per quanto rilevante per la decisione va premesso:

Con bando di gara 9 ottobre 2001 la Provincia autonoma di Bolzano ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori per la costruzione della facciata, carpenteria metallica e lavori da vetraio, per la nuova sede di Bressanone della Libera Università di Bolzano.

Quale criterio di aggiudicazione era previsto l'offerta economicamente più vantaggiosa da determinarsi in base al prezzo (51 %) e alla qualità (49 %) in conformità agli artt.36, comma 1, lettera b) e 39 L.P. 17 giugno 1998 n. 6.

Il capitolato di gara prevedeva, oltre alla documentazione da produrre, la presentazione di un modello della facciata.

Per quanto riguarda i punteggi per la qualità, i criteri di valutazione prevedevano fino a punti 1280 per il campione facciata e fino a 3320 punti per la valutazione tecnica degli altri elementi, in totale 4600 punti.

Dal punto 31.5° del Capitolato speciale d'appalto era prevista l'automatica esclusione degli offerenti che non avessero raggiunto nel giudizio di qualità, sia a livello di singole posizioni (come il campione-modello facciata) che nel totale, almeno il 50 % del punteggio attribuibile.

Venivano ammesse alla gara 4 ditte: la ricorrente, il Consorzio Controinteressata (CONTROINTERESSATA), la ditta Controinteressata due Controinteressata tre e la ditta Controinteressata quattro & Contrinteressata cinque .

In sede di valutazione della qualità delle offerte, venivano escluse la ricorrente e il CONTROINTERESSATA, in quanto, in base al punto 31.5 del capitolato, non avevano conseguito almeno il 50 % del punteggio possibile per la qualità.

Dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica delle due ditte rimaste in gara l'appalto veniva aggiudicato alla ditta Controinteressata quattro & Contrinteressata cinque al prezzo di Lire 23.801.715.151 pari ad Euro 12.292.560,00.

Tutti gli atti di gara, compreso il bando, il provvedimento della sua esclusione e il provvedimento di aggiudicazione venivano impugnati dall'odierna ricorrente dinnanzi a questo Tribunale con ricorso notificato il 14 febbraio 2002.

Tra l'altro (con il terzo motivo) la ricorrente lamentava che la prescrizione di cui al punto 31.5 a del capitolato speciale, prevedendo l'automatica esclusione degli offerenti che non avessero raggiunto nel giudizio tecnico almeno il 50 % del punteggio attribuibile, anche a livello di singoli posizioni (come, appunto, per il modello-campione della facciata), avrebbe snaturato il principio sanzionato dall'art. 39 della L.P. 17 giugno 1998 n. 6 di privilegiare nella valutazione complessiva l'aspetto della convenienza economica a scapito della qualità tecnica.

L'adito Tribunale, al riguardo, argomentava che, interpretando il punto 31.5 a del capitolato, bisognerebbe tenere presente che la *lex specialis*, di fronte alla particolare natura dell'opera da appaltare, caratterizzata dalla specialità dei materiali da fornire e della sua particolare complessità e difficoltà di esecuzione, doveva essere necessariamente improntata a rigorosi criteri di qualità tecnica, ragione per cui poteva – anzi doveva, nell'interesse pubblico dell'esecuzione a regola d'arte dell'opera – prevedere delle soglie di idoneità tecnica delle offerte operando una sorta di preselezione delle stesse, eliminando quelle tecnicamente non idonee.

Tale clausola di “sbarramento”, peraltro, non contrasterebbe con l'art. 39 della L.P. n. 6/1998 che riguarderebbe le offerte ammesse alla valutazione complessiva (tecnica ed economica) e in tal sede era da rispettare – come in effetti sarebbe stata rispettata – la regola della maggior incidenza (51 %) del prezzo.

Con queste ed altre considerazioni il Tribunale, con sentenza n. 526/2002, rigettava il ricorso.

In sede di appello davanti al Consiglio di Stato l'odierna ricorrente riproponeva sostanzialmente gli originari motivi, già disattesi dalla decisione del Tribunale.

In particolare ribadiva l'illegittimità della clausola punto 31.5. a della *lex specialis*, perché in contrasto con l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione, violato dalla predetta clausola che ammette alla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo le imprese concorrenti alla cui offerta tecnica sia stato attribuito un punteggio non inferiore alla soglia minima prefissata.

Con la decisione del Consiglio di Stato n. 476/2005, posta a base della domanda risarcitoria, questo motivo è stato pienamente accolto, in particolare perché detta clausola di sbarramento determinerebbe un effetto distorsivo tale da attenuare sensibilmente ed ingiustificatamente il rilievo della valutazione economica, nonostante che a quest'ultima fosse stata all'inizio, in sede di bando di gara, attribuita importanza prevalente (51 %) rispetto alla qualità (49 %).

Come posto espressamente in rilievo nella decisione, l'accoglimento di detta censura, prioritaria in quanto inerente alla *lex specialis* della procedura, consentiva al giudicante di dispensarsi dall'esaminare tutte le altre censure proposte che, quindi, potevano considerarsi assorbite.

L'appello è stato quindi accolto sotto questo profilo e, in riforma dell'appellata sentenza, i provvedimenti impugnati sono stati annullati.

Quanto premesso consente al Collegio di entrare nel merito della proposta domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta dalla ricorrente soltanto con il ricorso in esame trattandosi di un appalto già da tempo eseguito al momento del disposto annullamento degli atti di gara (avvenuto soltanto con la decisione del Consiglio di Stato n. 476 del 2005), per cui non era più possibile un risarcimento in forma specifica attraverso la sua riammissione alla gara.

Il giudizio da affrontare riguarda il problema della responsabilità della P.A. per illecito provvedimento invocata dalla ricorrente - vittoriosa in sede pregiudiziale amministrativa - avente per oggetto l'annullamento, con decisione giudiziale con forza di giudicato, di atti amministrativi gravati da censure risultate poi fondate.

Va ricordato che – almeno del giudizio di impugnazione che ha per oggetto un atto della P.A. e non il rapporto con la stessa – gli effetti del giudicato vanno, oggettivamente, limitati ai motivi di impugnazione esaminati e, soggettivamente, alle parti che hanno partecipato al giudizio.

Ed è unicamente il giudicato che può essere posto alla base per l'accertamento della responsabilità, sia in relazione alla sua sussistenza (*an debeatur*), sia in relazione alla sua consistenza (*quantum debeatur*).

Ciò posto, va prima di tutto disattesa la tesi della ricorrente che vorrebbe estesi alla fattispecie, di cui qui è causa, gli effetti del giudicato della decisione del Consiglio di Stato n. 478/2005 pronunciata nel ricorso presentato dal Consorzio Controinteressata contro la Provincia autonoma di Bolzano ed avente ad oggetto la stessa gara.

A parte che non c'è identità di parti e quindi soggettiva, la decisione si basa – ancorchè siano stati proposti motivi simili a quelli proposti dall'odierna ricorrente - sull'accoglimento di motivi sostanzialmente diversi (violazione della normativa di gara che imponeva di considerare il prodotto esemplare nell'ipotesi che non ci si fosse avvalsi della possibilità di presentare un prodotto alternativo – pag. 21 della decisione).

La decisione n. 476/2005 ha invece individuato l'illegittimità della procedura di gara unicamente (non avendo esaminato altri motivi) nella clausola punto 31.5 del capitolato, in quanto prevedeva l'automatica esclusione degli offerenti che non avessero raggiunto nel giudizio tecnico almeno il 50 % del punteggio attribuibile, anche a livello di singole posizioni (come per il modello campione della facciata).

Nel giudizio risarcitorio che qui ci occupa l'illegittimità di detta clausola assume rilevanza come elemento oggettivo dell'illecito (è fuori discussione che la ricorrente ha subito un danno ingiusto consistente nella violazione del suo diritto ad una chance di aggiudicazione dell'appalto), essendo invece l'elemento soggettivo individuabile nel comportamento dell'Amministrazione di avere predisposto delle clausole contrarie al principio della prevalenza dell'elemento economico su quello tecnico e limitative della partecipazione del maggior numero possibile di offerenti alla gara.

Atteso che il giudicato riguarda l'illegittimità del bando e quindi della *lex specialis* – illegittimità che si riverbera su tutti i successivi atti della gara compresa l'aggiudicazione – la ricorrente non può vantare una ipotetica chance di divenire aggiudicataria nella gara annullata, in quanto l'annullamento di una clausola del bando attinente ai requisiti di partecipazione delle imprese, non poteva che portare ad una ripetizione della gara (non più possibile concretamente dopo la decisione del Consiglio di Stato essendo già stati eseguiti i lavori) con l'eliminazione o il ridimensionamento della clausola ritenuta illegittima dal giudicante.

La ricorrente può quindi vantare soltanto l'ipotetica chance (presumibilmente minore) di aggiudicazione in un'ipotetica nuova gara, con partecipanti presumibilmente in numero maggiore, attesa la eliminazione dal nuovo bando della clausola limitativa dei partecipanti alla gara.

Per quanto riguarda l'accertamento dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) nella condotta della Provincia autonoma di Bolzano va, sulla base dei precedenti giurisprudenziali di questo Tribunale (cfr. sent. n. 127 del 2 aprile 2009) ribadito che bisogna tener conto dei vizi che hanno determinato l'illegittimità del provvedimento, della gravità delle violazioni commesse in relazione dell'ampiezza del potere discrezionale esercitato e dell'eventuale scusabilità dell'errore in cui è incorsa la P.A. e dal quale è scaturita l'illegittimità del provvedimento.

Nel caso in esame si potrebbe sostenere che la scusabilità dell'errore potrebbe sembrare almeno discutibile, dal momento che il giudice di primo grado aveva ritenuto legittima la clausola di cui trattasi e soltanto il giudice di appello è stato di contrario avviso.

Senonchè le differenti decisioni dei giudicanti non possono rendere la questione trattata opinabile, ma la soluzione datale dal giudice di appello dev'essere considerata l'unica corretta (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1114/2007).

Il contrasto tra i due giudicati può però essere sintomatico in ordine alla gravità della colpa dell'Amministrazione.

Orbene, la colpa della Provincia autonoma di Bolzano, va quindi individuata nell'aver essa introdotto nel bando di gara – pur nell'esercizio di un'ampia facoltà discrezionale in proposito – una clausola limitativa della partecipazione della gara.

Bisogna quindi ritenere che sussistano i presupposti dell'illecito provvedi mentale.

La sussistenza del danno come tale è in re ipsa.

Trattandosi di responsabilità aquiliana, l'onere della prova del suo ammontare grava sul richiedente (art. 2043 c.c.) e può essere liquidato con valutazione equitativa soltanto se esso non può essere provato nel suo preciso ammontare (art. 1226, richiamato dall'art. 2056 c.c.).

Alla luce delle considerazioni che precedono si possono quindi esaminare le singole voci di danno esposte dalla ricorrente.

Per spese e costi sostenuti per la preparazione dell'offerta la ricorrente espone l'importo di Euro 62.500,00 sulla base di un calcolo di 1715 ore impiegate per il relativo lavoro.

A parte la questione della prova, tale voce di danno non viene ritenuta risarcibile dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cons. di Stato, 21 maggio 2009 n. 3144 e sentenza di questo Tribunale n. 362/2009) in quanto i costi che comporta la partecipazione alla gara restano comunque a carico delle imprese partecipanti, sia

in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione, per cui, con il riconoscimento di tale voce di danno, all'impresa esclusa si farebbe conseguire un beneficio maggiore di quello che le sarebbe derivato dall'aggiudicazione.

La quantificazione del danno per la perdita dell'utile economico che le sarebbe derivato dall'aggiudicazione, che in questo caso può consistere soltanto in una perdita di chance, va rapportata all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione dell'appalto nella gara rinnovata.

In termini percentuali tale danno viene quantificato nella misura orientativa del 10 % dell'offerta (11.348.422,00), ridotto al 5 % nel caso in cui l'impresa non dimostra – come nel caso in esame – di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri lavori (Cons. di Stato, VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

Il risultato va quindi diviso con il numero dei partecipanti alla gara presumendo che ognuno abbia le stesse possibilità teoriche di aggiudicarsi la gara.

Nella specie tale operazione si presenta ardua se non impossibile, in quanto si ignora, quante imprese avrebbero partecipato nel caso di una nuova gara con un bando più aperto e non limitativo o, comunque, meno restrittivo, come quello che è stato annullato dal giudicato del Consiglio di Stato.

Atteso che l'art. 2727 c.c. ammette la prova per presunzioni soltanto nel caso che si possa risalire a un fatto ignoto partendo da un fatto noto, l'utilizzo di tali presunzioni nella specie non sembra ammissibile in quanto per il calcolo del danno si dovrebbe partire non da un fatto noto (che normalmente sono gli effettivi partecipanti alla gara), ma da un fatto solo presunto (presumibile numero di partecipanti in una nuova gara, della quale si sconoscono i particolari del bando) così contravvenendo al principio del divieto della c.d. *praesumptio de praesumpto*.

Resta quindi soltanto la possibilità di una valutazione equitativa del danno, nella quale possono confluire anche elementi presuntivi.

Tenuto conto dell'ampio potere discrezionale della Provincia di predisporre le clausole del bando, la sua colpa non particolarmente grave (essendo il suo comportamento stato giudicato legittimo dal giudice di primo grado) e di ogni altro elemento emerso nel presente giudizio e nei giudizi connessi, il danno va liquidato in via equitativa in Euro 70.000.00 (settantamila) attualizzato – compresi quindi interessi e svalutazione - ad oggi.

Dato l'esito della lite, le spese di causa, come liquidate nel dispositivo, vengono poste a carico della Provincia autonoma di Bolzano per la metà e compensate per l'altra.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma di Bolzano – definitivamente pronunciando, condanna la Provincia Autonoma di Bolzano al risarcimento del danno nella misura di Euro 70.000.00 (settantamila), come indicata in parte motiva, oltre agli interessi legali dalla pubblicazione della presente sentenza.

Condanna la Provincia Autonoma di Bolzano al rimborso di metà delle spese di causa, liquidate per l'intero in Euro 10.000,00 (diecimila) più accessori di legge e interamente compensate per l'altra metà.

Il contributo unificato resta a carico della parte ricorrente.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Margit Falk Ebner, Presidente

Hugo Demattio, Consigliere, Estensore

Marina Rossi Dordi, Consigliere

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2010

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

IL SEGRETARIO