

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29828-condanna-della-stazione-appaltante-a-titolo-di-lucro-cessante-per-la-mancata-esecuzione-dell-appalto-euro-36-884-85-a-titolo-di-danno-curriculare-la-somma-di-euro-9-221-21>

Autore: Lazzini Sonia

Condanna della stazione appaltante a titolo di lucro cessante per la mancata esecuzione dell'appalto euro 36.884,85; a titolo di "danno curriculare", la somma di euro 9.221,21

Tar Sicilia, Catania, 04.06.2010 n. 2069

Condanna della stazione appaltante a titolo di lucro cessante per la mancata esecuzione dell'appalto euro 36.884,85; a titolo di "danno curriculare", la somma di euro 9.221,21,

Infine il Collegio ritiene che debbano essere trasmesse alla Procura Regionale della Corte dei Conti, per le valutazioni di propria competenza, copia della presente sentenza e delle citate sentenze di questo TAR 1940/03 e 3267/04, in ragione della condanna al risarcimento disposto con la presente sentenza

la domanda deve essere dichiarata inammissibile, con riferimento alle richieste di liquidazione dei danni morale e all'immagine, in quanto genericamente indicati senza che venga fornito alcun elemento a sostegno del loro verificarsi

In base alle regole della responsabilità extracontrattuale, ai fini della valutazione del danno, occorre accertare l'esistenza del fatto dannoso, il nesso di causalità tra fatto e danno, l'attribuibilità psicologica al soggetto agente (a titolo di dolo o colpa) della condotta che ha dato origine al danno.

Sotto il profilo probatorio, ai sensi degli artt. 2697 cc e 115 cpc, applicabili anche al processo amministrativo (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118), incombe sul danneggiato l'onere di fornire la prova del danno, del nesso di causalità, e dell'attribuibilità psicologica al soggetto agente (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cass. civile, Sez. I, 15 febbraio 2008, n. 3794).

In particolare, in tema di danni da illegittimo esercizio del potere amministrativo, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ritiene che per l'affermazione della responsabilità sia sufficiente l'accertamento della illegittimità del provvedimento (CGE, 14 ottobre 2004, in causa C-275/03). Il giudice amministrativo accoglie sostanzialmente tale orientamento affermando che l'accertata illegittimità del provvedimento fa sorgere una presunzione di colpa a carico dell'Amministrazione, sulla quale, quindi graverà l'onere di dimostrare la scusabilità dell'errore (CGARS 18 novembre 2009, n. 1101; Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213; TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 251; TAR Liguria, Sez. I, 17 luglio 2007, n. 1397); rimane a carico del ricorrente l'onere probatorio circa l'esistenza del danno (TAR Campania – Napoli, Sez. III, 2 marzo 2009, n. 1207; TAR Sicilia – Catania, Sez. II, 21 febbraio 2008, n. 336), non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098), la sua quantificazione, quanto meno sotto il profilo della allegazione dei fatti da cui ricavare l'importo da risarcire (Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098; TAR Lazio – Roma, Sez. III, 1 agosto 2008, n. 7803), nonché l'esistenza del nesso di causalità (Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038).

Deve invece essere accolta la domanda, nella parte relativa al lucro cessante riferito alla fornitura di apparecchiature medicali ed arredi, nonché all'assistenza tecnica per il solo terzo anno, anche se con importi inferiori a quanto richiesto dalla società ricorrente.

La società ricorrente chiede la liquidazione di tali danni nella misura di euro 234.600,00 per le attrezzature, 10.000,00 per gli arredi, 138.000,00 per l'assistenza tecnica; tali importi deriverebbero (per le attrezzature medicali e per gli arredi) dalla differenza fra il prezzo offerto in sede di gara ed il costo di acquisto dai fornitori, e (per l'assistenza tecnica) dal prodotto del canone annuo (euro 46.000,00) per tre

anni, in considerazione della circostanza che «...l'obsolescenza media delle apparecchiature mediche è di cinque anni e che l'assistenza tecnica per i primi due anni era inclusa nella fornitura...» (ricorso, pag. 13).

Preliminarmente, deve osservarsi come ai fini del risarcimento, il prezzo offerto in sede di gara debba essere valutato al netto di IVA, e non al lordo, come indicato in ricorso (TAR Lazio – Latina, Sez. I, 15 novembre 2007, n. 1211), dal momento che il presupposto dell'IVA è l'avvenuta esecuzione di cessione di beni o di prestazioni di servizi, mentre nel caso di specie si tratta di danni originati dalla mancata esecuzione di un appalto.

Osserva quindi il Collegio che il danno risarcibile non può essere quantificato nella differenza fra costo di acquisto e prezzo di offerta; deve al contrario essere quantificato nella misura corrispondente all'utile che l'impresa avrebbe realizzato, una volta detratte tutte le voci di spesa sostenute per realizzarlo; la mera differenza fra il costo di acquisto di beni ed il prezzo di offerta in sede di gara non tiene infatti conto di tutte le voci di spesa (diverse dal costo di acquisto) che avrebbero ulteriormente contribuito a ridurre l'utile.

Tuttavia, poiché è provata l'esistenza della presente voce di danno, il Collegio può usare criteri equitativi ai fini della determinazione del suo preciso ammontare (Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 842; Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098); si può quindi fare riferimento, in via equitativa, al criterio adottato dalla giurisprudenza prevalente (sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098) che commisura l'utile presumibile nel 10% del valore dell'offerta, in analogia con quanto stabilito dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F, poi confermato dall'art. 37 septies, comma 1, lett. c), della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e dall'art. 122 del DPR n. 554 del 1999, importo eventualmente da ridurre laddove l'impresa non abbia documentato di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi (Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

In proposito, la società ricorrente non ha fornito tale prova; i documenti versati in allegato al ricorso (nn. 10 e 12, note della società Micromed, fornitrice per le apparecchiature medicali della odierna ricorrente, datate 10 settembre 2002 e 1 ottobre 2002) dimostrano che la gara di cui si tratta ha coperto per intero l'affidamento concesso alla ricorrente, ma non che questa non abbia potuto impiegare altrimenti mezzi e maestranze; pertanto, appare equo ridurre la percentuale al 8% dell'offerta (TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

Tanto premesso, l'Azienda Ospedaliera deve essere condannata a risarcire, a titolo di lucro cessante per la mancata esecuzione dell'appalto:

- euro 32.363,64, pari all'8% della offerta economica per le apparecchiature medicali al netto di IVA al 10% (euro 404.545,45);
- euro 1.454,55, pari all'8% della offerta economica per gli arredi al netto di IVA al 10% (euro 18.181,82);
- euro 3.066,67, pari all'8% della offerta economica per l'assistenza tecnica (per il solo terzo anno) al netto di IVA al 20% (euro 38.333,33);

per un totale complessivo, per questa voce di danno, di euro 36.884,85.

La parte di domanda relativa al danno per perdita di chance è articolata in due capi: uno per il danno derivante dal mancato incremento del fatturato derivante dalle commesse eseguite che l'esecuzione dell'appalto avrebbe comportato (cd. "danno curriculare"), l'altro corrispondente alla mancata partecipazione alle gare gestite direttamente dal fornitore di apparecchiature della ricorrente.

Con riguardo al primo dei due capi, la domanda deve essere accolta; sul punto, la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, ed anche di questo TAR, hanno precisato come «...L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocimenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara.

In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale...» (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; analogamente, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1180; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594; TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

Tale danno viene generalmente rapportato, in via equitativa, a valori percentuali compresi fra l'1% e il 5% dell'importo globale dell'appalto da aggiudicare, depurato del ribasso offerto.

Nella specie, anche in conseguenza del comportamento tenuto dalla Azienda Ospedaliera, il suddetto danno va determinato equitativamente nella misura del 2 % dell'offerta economica come individuata per la precedente voce di danno; conseguentemente, l'Azienda Ospedaliera deve essere condannata a risarcire, a titolo di "danno curriculare", la somma di euro 9.221,21 (pari al 2% della offerta economica per le apparecchiature medicali, gli arredi e l'assistenza tecnica per il solo terzo anno).

Per quanto riguarda il capo corrispondente alla perdita di chance per mancata partecipazione alle gare gestite direttamente dal fornitore di apparecchiature della ricorrente, la domanda deve invece essere rigettata.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2069 del 4 giugno 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

N. 02069/2010 REG.SEN.
N. 01514/2009 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 per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1514 del 2009, proposto da: RICORRENTE s.n.c. e RICORRENTE DUE – Siciliana Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante pro tempore della RICORRENTE s.n.c., quale società capogruppo delle ditte appositamente e temporaneamente raggruppate ai

sensi dell'art. 10 del D. Lgs. 358/92, rappresentato e difeso dagli avv. Nino Bullaro e Giuseppe Triassi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paola Aiello in Catania, via Firenze, 29;

contro

l'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "Garibaldi – S. Luigi – Currò – Ascoli – Tomaselli", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Consoli Xibilia, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale XX Settembre, 45;

e con l'intervento di

CONTROINTERESSATA Costruzioni Edili s.r.l. in liquidazione (interventore ad adiuvandum), già RICORRENTE DUE – Siciliana Costruzioni Generali, in proprio e quale mandante delle ditte appositamente e temporaneamente raggruppate ai sensi dell'art. 10 del D. Lgs. 358/92, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Triassi e Paola Aiello, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Catania, via Firenze, 29;

per l'accertamento

previa adozione delle opportune misure cautelari,

della illegittimità della condotta dell'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "Garibaldi – S. Luigi – Currò – Ascoli – Tomaselli" che, nelle more del giudizio innanzi al TAR Sicilia – Catania, deciso con sentenza n. 1940/03, ha fatto integralmente eseguire l'appalto oggetto di gara ad altra ditta, nonché per la condanna della stessa Azienda Ospedaliera al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "Garibaldi – S. Luigi – Currò – Ascoli – Tomaselli";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2010 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente agisce quale capogruppo del raggruppamento di imprese formato per partecipare, ai sensi dell'art. 10 del D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, alla gara indetta dall'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "Garibaldi – S. Luigi – Currò – Ascoli – Tomaselli" per la realizzazione di un'area attrezzata per il monitoraggio "long term" dell'epilessia, il cui bando era stato pubblicato sulla GURS n. 33 del 19 agosto 2002.

La gara era stata inizialmente aggiudicata in via definitiva, con deliberazione n. 1347 del giorno 8 novembre 2002, alla società ALFA Rangoni Europe, deliberazione poi annullata con sentenza di questo TAR Sicilia – Catania 20 novembre 2003, n. 1940, a seguito del ricorso proposto dalla odierna ricorrente; l'Azienda Ospedaliera aveva provveduto a riavviare la gara e, con deliberazione n. 650 del giorno 26 marzo 2004 aveva nuovamente aggiudicato in via definitiva la gara, questa volta in favore del raggruppamento ricorrente; il ricorso successivamente proposto dalla società ALFA Rangoni Europe avverso quest'ultima aggiudicazione veniva quindi in parte rigettato ed in parte dichiarato inammissibile con sentenza 15 novembre 2004, n. 3267 di questo TAR Sicilia – Catania.

Dal contenuto di tale ultimo ricorso, l'odierna ricorrente sarebbe venuta a conoscenza della circostanza che l'appalto era già stato integralmente eseguito dalla

società ALFA Rangoni Europe in esito alla aggiudicazione annullata con la citata sentenza 1940/03.

L'odierna ricorrente adiva quindi il Tribunale civile di Catania per sentire condannare l'Azienda Ospedaliera al risarcimento dei danni; tale Tribunale però, con sentenza 6 marzo 2008, n. 1061, dichiarava il proprio difetto di giurisdizione, in favore di questo Giudice Amministrativo.

La società RICORRENTE ha quindi proposto il presente ricorso, affidato a quattro diversi motivi.

L'Azienda Ospedaliera si è costituita, deducendo la carenza di legittimazione della RICORRENTE quale capogruppo del RTI, nonché chiedendo il rigetto della domanda risarcitoria.

Con atto di intervento ad adiuvandum si è quindi costituita in giudizio la CONTROINTERESSATA Costruzioni Edili s.r.l. in liquidazione, già RICORRENTE DUE – Siciliana Costruzioni Generali, in proprio e quale mandante della RICORRENTE; la società SGC era infatti parte del RTI partecipante alla gara.

All'udienza del 5 maggio 2010 il ricorso è stato trattato e trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Si discute, in questa sede, solo del profilo risarcitorio connesso alla mancata esecuzione dell'appalto compiutamente descritto nella parte in fatto.

In proposito, non è in discussione né che l'appalto avrebbe dovuto essere eseguito dal RTI costituito dalla RICORRENTE e dalla RICORRENTE DUE, essendo stata dichiarata l'aggiudicazione definitiva in suo favore con deliberazione n. 650 del giorno 26 marzo 2004, deliberazione che ha resistito alla proposta impugnazione giurisdizionale di fronte a questo TAR, né che l'appalto sia stato interamente eseguito dalla società ALFA Rangoni Europe in base alla

aggiudicazione poi annullata con sentenza n. 1940/03 di questo TAR; in proposito, la citata sentenza 3267/04 di questo TAR ha accertato che «...La regolare esecuzione delle opere e degli interventi di ristrutturazione ed impiantistici effettuata dall'A.T.I. ALFA Rangoni Europe S.r.l. – I.G.L. Consorzio Italiano Grandi Lavori è stata attestata dall'Azienda Ospedaliera con verbale del 20 giugno 2003, cui ha fatto seguito il collaudo tecnico ed amministrativo delle attrezzature, apparecchiature ed arredi del 23 luglio 2003...».

In base alle regole della responsabilità extracontrattuale, ai fini della valutazione del danno, occorre accertare l'esistenza del fatto dannoso, il nesso di causalità tra fatto e danno, l'attribuibilità psicologica al soggetto agente (a titolo di dolo o colpa) della condotta che ha dato origine al danno.

Sotto il profilo probatorio, ai sensi degli artt. 2697 cc e 115 cpc, applicabili anche al processo amministrativo (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118), incombe sul danneggiato l'onere di fornire la prova del danno, del nesso di causalità, e dell'attribuibilità psicologica al soggetto agente (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cass. civile, Sez. I, 15 febbraio 2008, n. 3794).

In particolare, in tema di danni da illegittimo esercizio del potere amministrativo, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ritiene che per l'affermazione della responsabilità sia sufficiente l'accertamento della illegittimità del provvedimento (CGE, 14 ottobre 2004, in causa C-275/03). Il giudice amministrativo accoglie sostanzialmente tale orientamento affermando che l'accertata illegittimità del provvedimento fa sorgere una presunzione di colpa a carico dell'Amministrazione, sulla quale, quindi graverà l'onere di dimostrare la scusabilità dell'errore (CGARS 18 novembre 2009, n. 1101; Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213; TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 251; TAR Liguria, Sez. I, 17 luglio 2007, n. 1397); rimane a carico del ricorrente l'onere probatorio circa l'esistenza del danno (TAR Campania – Napoli, Sez. III, 2 marzo 2009, n. 1207; TAR Sicilia –

Catania, Sez. II, 21 febbraio 2008, n. 336), non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098), la sua quantificazione, quanto meno sotto il profilo della allegazione dei fatti da cui ricavare l'importo da risarcire (Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098; TAR Lazio – Roma, Sez. III, 1 agosto 2008, n. 7803), nonché l'esistenza del nesso di causalità (Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038).

Nel caso di specie, la ricorrente censura il comportamento della Azienda Ospedaliera sotto diversi profili.

1. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione del principio di buon andamento della PA, di cui all'art. 97 Cost. 2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/90. 3. Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti. 4. Contraddittorietà.

In sintesi, l'Azienda Ospedaliera non avrebbe sospeso l'esecuzione dell'appalto in pendenza del ricorso che avrebbe poi dato origine alla citata sentenza n. 1940/03, provvedendo anzi, nelle more del giudizio, a fare ultimare i lavori, senza dare avviso né alla attuale aggiudicataria, né alla Autorità Giudiziaria.

Tanto premesso, la ricorrente chiede liquidarsi:

- danno patrimoniale (sotto i diversi profili del danno emergente e della perdita di chance), nella misura del 25% degli importi delle gare gestite direttamente dal suo fornitore di apparecchiature Micromed srl nel Sud Italia dal 26 settembre 2002 al 26 ottobre 2004, per complessivi euro 278.273,75;
- lucro cessante, relativamente all'appalto illegittimamente eseguito dalla società ALFA Rangoni Europe, nella misura di euro 411.100,00, di cui 28.500,00 per le opere edili, 234.600,00 per le attrezzature, 10.000,00 per gli arredi, 138.000,00 per l'assistenza tecnica;

- danno all'immagine, nella misura da liquidare in via equitativa;
- danno morale, nella misura di euro 229.791,25;
- euro 8.000 per spese sostenute per il Consulente Tecnico di parte nel primo giudizio, che ha dato origine alla citata sentenza di questo TAR n. 1940/03;
- euro 35.461,81 per spese legali nello stesso primo giudizio, quale differenza fra quanto liquidato con la sentenza n. 1940/03 di questo TAR e quanto effettivamente corrisposto agli avvocati difensori per il relativo giudizio.

L'Azienda Ospedaliera ha eccepito la carenza di legittimazione attiva della ricorrente, dal momento che non risulterebbe essere intervenuto il mandato su cui si fonda il raggruppamento di imprese che ha proposto il ricorso; anzi, dalla documentazione depositata dalla società ricorrente, emergerebbe che l'offerta venne presentata congiuntamente dalle due società in vista di un successivo mandato con rappresentanza, mai intervenuto; né si verte nella fase antecedente l'aggiudicazione, laddove soccorrerebbe il principio affermato dalla Corte di Giustizia, secondo cui il ricorso contro una decisione di aggiudicazione possa essere proposto a titolo individuale anche da uno soltanto dei membri di una associazione temporanea di imprese priva di personalità giuridica, che abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione di un appalto e non se lo sia visto attribuire.

A seguito di tale eccezione, si è costituito, mediante intervento ad adiuvandum, la CONTROINTERESSATA Costruzioni Edili s.r.l. in liquidazione, già RICORRENTE DUE – Siciliana Costruzioni Generali, in proprio e quale mandante della RICORRENTE; l'Azienda ospedaliera ha eccepito l'inammissibilità di tale intervento.

Sul punto, ritiene questo collegio che la società ricorrente sia priva di mandato conferito da parte della società RICORRENTE DUE – Siciliana Costruzioni Generali, con la quale ha partecipato alla gara d'appalto di cui si tratta.

Infatti, il citato articolo 10 del D. Lgs. 358/92 prevede la possibilità di presentare offerte da parte di imprese appositamente raggruppate; tali offerte devono essere sottoscritte da tutte le imprese raggruppate; le imprese facenti parte del gruppo risultato aggiudicatario della gara, devono quindi conferire, con unico atto, mandato speciale con rappresentanza ad una di esse, designata quale capogruppo.

Nel caso di specie, non risulta che tale mandato sia stato conferito; né può rilevare il fatto che tale mandato possa non essere stato conferito in base alla circostanza che, anteriormente alla stipula del contratto, sia emerso che l'appalto era stato integralmente eseguito dalla società illegittimamente aggiudicataria; peraltro, per poter essere ammissibile la domanda relativa ai danni subiti dalla società RICORRENTE DUE – Siciliana Costruzioni Generali, sarebbe stato sufficiente che l'odierno ricorso venisse sottoscritto dai legali rappresentanti di entrambe le imprese.

Né il proposto intervento ad adiuvandum può essere utile a permettere di scrutinare la domanda risarcitoria riconducibile alla società RICORRENTE DUE – Siciliana Costruzioni Generali; infatti è orientamento stabile della giurisprudenza amministrativa, da cui non vi sono ragioni per discostarsi, quello secondo cui non può essere ammesso tale tipo di intervento da chi vanta posizioni soggettive autonome, non dipendenti dal ricorrente principale (ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2394; TAR Lazio – Roma, Sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1413); diversamente opinando, potrebbero infatti facilmente essere aggirati i termini decadenziali per la proposizione del ricorso.

Conseguentemente, la domanda risarcitoria, nella parte riconducibile alla società RICORRENTE DUE deve essere dichiarata inammissibile; tale parte deve essere individuata in quella corrispondente alla frazione di appalto la cui esecuzione era rimessa, a tenore dell'offerta presentata (nella parte in cui viene descritta la ripartizione dell'appalto fra le imprese raggruppate), alla società RICORRENTE

DUE, ossia a «...tutte le opere edili ed impianti...» richiesti nel capitolato speciale d'appalto «...per un importo complessivo, IVA (10%) inclusa, euro 285.000,00»; in proposito, nel corpo del ricorso, era stato indicato un importo di euro 28.500,00 a titolo di risarcimento per lucro cessante per la mancata realizzazione delle opere edili, quantificato nel 10% del corrispettivo, inserito nell'offerta, di euro 285.000,00 (pag. 13).

A seguire, la domanda deve essere dichiarata inammissibile, con riferimento alle richieste di liquidazione dei danni morale e all'immagine, in quanto genericamente indicati senza che venga fornito alcun elemento a sostegno del loro verificarsi (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; TAR Sicilia – Catania, Sez. II, 21 febbraio 2008, n. 336; con specifico riferimento al danno all'immagine: TAR Liguria, Sez. I, 17 luglio 2007, n. 1397).

La domanda deve quindi essere dichiarata inammissibile anche per quello che riguarda le spese affrontate nel corso del primo giudizio (differenziale fra quanto corrisposto ai difensori e quanto liquidato dal giudice, nonché spese per il consulente tecnico di parte); infatti, tali spese sono state liquidate nel corso del relativo giudizio; eventuali differenze corrisposte non possono costituire oggetto di domanda di risarcimento in questa sede, dal momento che non può effettuarsi una nuova valutazione sulle spese di giudizio dopo quella effettuata dal Giudice con la sentenza che ha concluso il processo avanti a lui (Cons. Stato, Sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340); eventuali domande avrebbero dovuto essere poste in sede di impugnazione dei provvedimenti di liquidazione.

Deve invece essere accolta la domanda, nella parte relativa al lucro cessante riferito alla fornitura di apparecchiature medicali ed arredi, nonché all'assistenza tecnica per il solo terzo anno, anche se con importi inferiori a quanto richiesto dalla società ricorrente.

La società ricorrente chiede la liquidazione di tali danni nella misura di euro 234.600,00 per le attrezzature, 10.000,00 per gli arredi, 138.000,00 per l'assistenza tecnica; tali importi deriverebbero (per le attrezzature medicali e per gli arredi) dalla differenza fra il prezzo offerto in sede di gara ed il costo di acquisto dai fornitori, e (per l'assistenza tecnica) dal prodotto del canone annuo (euro 46.000,00) per tre anni, in considerazione della circostanza che «...l'obsolescenza media delle apparecchiature mediche è di cinque anni e che l'assistenza tecnica per i primi due anni era inclusa nella fornitura...» (ricorso, pag. 13).

Preliminarmente, deve osservarsi come ai fini del risarcimento, il prezzo offerto in sede di gara debba essere valutato al netto di IVA, e non al lordo, come indicato in ricorso (TAR Lazio – Latina, Sez. I, 15 novembre 2007, n. 1211), dal momento che il presupposto dell'IVA è l'avvenuta esecuzione di cessione di beni o di prestazioni di servizi, mentre nel caso di specie si tratta di danni originati dalla mancata esecuzione di un appalto.

Osserva quindi il Collegio che il danno risarcibile non può essere quantificato nella differenza fra costo di acquisto e prezzo di offerta; deve al contrario essere quantificato nella misura corrispondente all'utile che l'impresa avrebbe realizzato, una volta detratte tutte le voci di spesa sostenute per realizzarlo; la mera differenza fra il costo di acquisto di beni ed il prezzo di offerta in sede di gara non tiene infatti conto di tutte le voci di spesa (diverse dal costo di acquisto) che avrebbero ulteriormente contribuito a ridurre l'utile.

Tuttavia, poiché è provata l'esistenza della presente voce di danno, il Collegio può usare criteri equitativi ai fini della determinazione del suo preciso ammontare (Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 842; Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098); si può quindi fare riferimento, in via equitativa, al criterio adottato dalla giurisprudenza prevalente (sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098) che commisura l'utile presumibile nel 10% del valore dell'offerta, in analogia

con quanto stabilito dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F, poi confermato dall'art. 37 septies, comma 1, lett. c), della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e dall'art. 122 del DPR n. 554 del 1999, importo eventualmente da ridurre laddove l'impresa non abbia documentato di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi (Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

In proposito, la società ricorrente non ha fornito tale prova; i documenti versati in allegato al ricorso (nn. 10 e 12, note della società Micromed, fornitrice per le apparecchiature medicali della odierna ricorrente, datate 10 settembre 2002 e 1 ottobre 2002) dimostrano che la gara di cui si tratta ha coperto per intero l'affidamento concesso alla ricorrente, ma non che questa non abbia potuto impiegare altrimenti mezzi e maestranze; pertanto, appare equo ridurre la percentuale al 8% dell'offerta (TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

Con specifico riferimento alla cifra richiesta per l'assistenza tecnica, rileva il Collegio come – a tenore dell'offerta presentata – l'assistenza tecnica fosse richiesta dal capitolato speciale per il solo terzo anno; non vi è quindi alcuna prova che essa sarebbe stata prolungata per i due anni successivi; conseguentemente, allo scopo di quantificare il risarcimento, si dovrà fare riferimento al prezzo offerto per il solo terzo anno.

Tanto premesso, l'Azienda Ospedaliera deve essere condannata a risarcire, a titolo di lucro cessante per la mancata esecuzione dell'appalto:

- euro 32.363,64, pari all'8% della offerta economica per le apparecchiature medicali al netto di IVA al 10% (euro 404.545,45);
- euro 1.454,55, pari all'8% della offerta economica per gli arredi al netto di IVA al 10% (euro 18.181,82);

- euro 3.066,67, pari all'8% della offerta economica per l'assistenza tecnica (per il solo terzo anno) al netto di IVA al 20% (euro 38.333,33);

per un totale complessivo, per questa voce di danno, di euro 36.884,85.

La parte di domanda relativa al danno per perdita di chance è articolata in due capi: uno per il danno derivante dal mancato incremento del fatturato derivante dalle commesse eseguite che l'esecuzione dell'appalto avrebbe comportato (cd. "danno curriculare"), l'altro corrispondente alla mancata partecipazione alle gare gestite direttamente dal fornitore di apparecchiature della ricorrente.

Con riguardo al primo dei due capi, la domanda deve essere accolta; sul punto, la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, ed anche di questo TAR, hanno precisato come «...L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocimenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatrici della gara.

In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale...» (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; analogamente, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1180; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594; TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

Tale danno viene generalmente rapportato, in via equitativa, a valori percentuali compresi fra l'1% e il 5% dell'importo globale dell'appalto da aggiudicare, depurato del ribasso offerto.

Nella specie, anche in conseguenza del comportamento tenuto dalla Azienda Ospedaliera, il suddetto danno va determinato equitativamente nella misura del 2 % dell'offerta economica come individuata per la precedente voce di danno; conseguentemente, l'Azienda Ospedaliera deve essere condannata a risarcire, a titolo di "danno curriculare", la somma di euro 9.221,21 (pari al 2% della offerta economica per le apparecchiature medicali, gli arredi e l'assistenza tecnica per il solo terzo anno).

Per quanto riguarda il capo corrispondente alla perdita di chance per mancata partecipazione alle gare gestite direttamente dal fornitore di apparecchiature della ricorrente, la domanda deve invece essere rigettata.

Dal tenore delle note della società Micromed, fornitrice per le apparecchiature medicali della odierna ricorrente, datate 10 settembre 2002 e 1 ottobre 2002, versate in atti in allegato al ricorso (rispettivamente documenti nn. 10 e 12), emerge come la decisione di partecipare direttamente a procedure di gara, anziché fornire le apparecchiature alla ricorrente, sia dipesa dall'aver quest'ultima raggiunto il tetto massimo di affidamento concesso dal fornitore.

In tali note si legge infatti: «... come da accordi, la RICORRENTE s.n.c. è da noi è affidata per l'acquisto diretto dei ns. Sistemi per l'importo annuo indicativo di euro 300.000,00 IVA inclusa. L'importo di tale affidamento, già considerato sensibilmente superiore ai normali canoni operativi, viene comunque colmato dalla Sua aspettativa di vincita della Gara dell'Azienda Ospedaliera Garibaldi di Catania. Pertanto, non possiamo estendere l'importo dell'affidamento concessoLe» (doc. 10); e «...La ns. direzione, nonostante la fiducia accordataVi, non reputa opportuno concederVi la possibilità di partecipare alle Gare in oggetto, poiché, in caso di aggiudicazione l'importo di acquisto delle Attrezzature andrebbe ad aumentare oltremisura l'affidamento concessoVi, soprattutto nelle more, che Vi sia, come da Voi auspicato, appaltata la fornitura per l'Azienda Ospedaliera

Garibaldi di Catania. Cogliamo inoltre l'occasione per comunicarVi che, in particolare fino a quando non verrà definito l'appalto con l'A.R.N.A.S. Garibaldi di Catania, intendiamo partecipare direttamente alle trattative riguardanti le ns. Apparecchiature».

Trattandosi di debiti di valore (risarcimento del danno), sulle somme così liquidate deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dal giorno 2 gennaio 2003 (data del danno, consistente nella stipula del contratto tra l'Azienda ospedaliera e la società ALFA Rangoni Europe, esecutrice dell'appalto), e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Sulle somme rivalutate non vanno computati gli interessi legali, spettanti invece dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

Infine il Collegio ritiene che debbano essere trasmesse alla Procura Regionale della Corte dei Conti, per le valutazioni di propria competenza, copia della presente sentenza e delle citate sentenze di questo TAR 1940/03 e 3267/04, in ragione della condanna al risarcimento disposto con la presente sentenza.

La parziale soccombenza reciproca costituisce motivo per la compensazione integrale delle spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sez. II interna), accoglie in parte il ricorso in epigrafe, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione; manda alla Segreteria per la trasmissione di copia delle sentenze indicate in motivazione alla Procura Regionale della Corte dei Conti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2010 con
l'intervento dei Magistrati:

Filippo Giamportone, Presidente

Vincenzo Salamone, Consigliere

Diego Spampinato, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2010

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

IL SEGRETARIO