

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29990-inutile-partecipazione-alla-procedura-la-domanda-di-risarcimento-del-danno-ingiusto-deve-quindi-essere-valutata-ai-sensi-dell-art-2043-cod-civ>

Autore: Lazzini Sonia

Inutile partecipazione alla procedura: la domanda di risarcimento del danno ingiusto deve, quindi, essere valutata ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

C.St. 06.07.2010 n. 4302_BIS

Inutile partecipazione alla procedura: la domanda di risarcimento del danno ingiusto deve, quindi, essere valutata ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

il fatto generatore dell'obbligazione risarcitoria, così come dell'interesse dedotto nel ricorso, rileva non ai fini della aggiudicazione del contratto (che la ricorrente non ha rivendicato), ma quale indice della non corretta esplicazione dei poteri dell'amministrazione, e quindi della sua colpa e dell'ingiustizia del danno subito

In parziale riforma della sentenza impugnata deve quindi essere disposta la condanna dell'amministrazione al risarcimento di tali danni, nella misura di 30.000 (trentamila) euro

La sentenza impugnata merita, invece, la riforma chiesta dalla società CONTROINTERESSATA con l'appello incidentale, volto a riproporre la domanda di risarcimento del danno.

Il Tar ha respinto la richiesta, rilevando che, per effetto dell'accoglimento del ricorso, l'interesse dedotto in causa troverebbe ristoro in forma specifica.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Tale conclusione è errata, alla luce dell'individuazione dell'interesse che ha sostenuto il ricorso di primo grado, secondo quanto sopra precisato.

Si è infatti ricordato che la società CONTROINTERESSATA ha proposto ricorso al Tar per chiedere l'annullamento di una procedura alla quale ha partecipato, a tutela dell'interesse del quale è portatrice nella qualità di concorrente: rispetto a tale interesse, riflesso nella legittimazione ad impugnare gli atti della procedura, l'annullamento della stessa non è che il momento pregiudiziale per ottenere il risarcimento dei danni patiti per la negligenza dell'amministrazione, che ha determinato l'illegittimità riscontrata in sentenza. I danni dei quali la ricorrente incidentale ha chiesto il ristoro non sono quelli ai quali il Tar ha posto rimedio con l'annullamento degli atti del procedimento e il conseguente obbligo dell'amministrazione a riprovvedere in merito, ma quelli, direttamente connessi alle spese e agli oneri sopportati per partecipare alla gara, ingiustamente vanificati per la colpa dell'amministrazione, colpa riconosciuta dalla stessa sentenza come causa della illegittimità della procedura e del conseguente annullamento.

La domanda di risarcimento deve, quindi, essere valutata ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.: il fatto generatore dell'obbligazione risarcitoria, così come dell'interesse dedotto nel ricorso, rileva non ai fini della aggiudicazione del contratto (che la ricorrente non ha rivendicato), ma quale indice della non corretta esplicazione dei poteri dell'amministrazione, e quindi della sua colpa e dell'ingiustizia del danno subito. L'impresa ricorrente, che ha azionato la pregiudiziale azione di annullamento degli atti di gara, e che ha dimostrato la lesione causata dalla colpa della stazione appaltante, riconosciuta in giudizio, ha quindi il diritto di essere risarcita dei danni emergenti direttamente connessi alla inutile partecipazione alla procedura, giacché ciò che viene qui in evidenza non attiene all'alea insita nella partecipazione a qualsiasi gara pubblica, ma al dovere di ogni soggetto, anche pubblico, di non determinare colposamente un danno ingiusto.

In parziale riforma della sentenza impugnata deve quindi essere disposta la condanna dell'amministrazione al risarcimento di tali danni, nella misura di 30.000 (trentamila) euro, nella quale il Collegio ritiene equo ridurre la quantificazione indicata dalla appellante.

A cura di Sonia Lazzini

N. 04302/2010 REG.DEC.
N. 05791/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5791 del 2009, proposto da:
Ricorrente spa in persona del legale rappresentante, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'ATI costituita con la società Ricorrente due srl, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Di Lieto, con domicilio eletto presso Santina Murano in Roma, via del Pelagio I,

contro

Consorzio Cimitero Ottaviano-San Giuseppe Vesuviano in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;
Ati Controinteressata Controinteressata Spa, Ati Controinteressata due Comm. Erminio Srl, Ati Controinteressata tre Giancarlo & C. Srl, rappresentate e difese dall'avv. Michela Reggio D'Acì, con domicilio eletto presso Michela Reggio D'Acì in Roma, viale del Vignola, 11;

Ati ALFA Scarl, ALFA DUE Srl , rappresentate e difese dagli avv. Giuseppe De Palma, Alfonso Capotorto, Ciro Sito, con domicilio eletto presso Ferruccio De Lorenzo in Roma, via L. Luciani n. 1

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 01612/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO CONCESSIONE AMPLIAMENTO CIMITERO CONSORTILE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle imprese intimare;

Visti gli appelli incidentali proposti da CONTROINTERESSATA spa e ATI ALFA scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2010 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti gli avvocati Di Lieto, Reggio d'Acì, l'avvocato Abbamonte per delega dell'avv. Palma, Capotorto e Sirio;

FATTO

La società Ricorrente chiede la riforma della sentenza con la quale il TAR della Campania ha accolto il ricorso proposto dalla società CONTROINTERESSATA Controinteressata per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui infra alla costituenda Atiricorrente- Ricorrente due srl.

La medesima sentenza ha respinto il ricorso nella parte relativa alla richiesta di risarcimento del danno proposta dalla società CONTROINTERESSATA, la quale ha quindi proposto appello incidentale avverso tale parte della decisione.

Un secondo appello incidentale è stato proposto dalla costituenda Ati ALFA - ALFA DUE, per il caso di accoglimento dell'appello principale.

La vicenda riguarda la procedura concorsuale indetta con bando del 26 gennaio 2007 dal consorzio Cimitero Ottaviano-San Giuseppe Vesuviano per l'affidamento della concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione funzionale ed economica dell'ampliamento del cimitero consortile.

Alla procedura hanno chiesto di partecipare, tra le altre, le costituenti Ati CONTROINTERESSATA – Controinteressata due – Controinteressata tre,ricorrente& AP – Ricorrente due e ALFA - ALFA DUE.

Nella seduta del 1° aprile 2008, indetta per dare inizio alle operazioni, la commissione, accertato che dagli uffici dell'amministrazione erano scomparsi i plichi contenenti le offerte di alcune concorrenti, rinviava le operazioni a data da destinarsi. Il responsabile del procedimento, con provvedimento del 5 giugno 2008, decideva di convalidare il procedimento svolto fino a quel momento e di riaprire per le sole imprese partecipanti fino al 30 giugno 2008 il termine per la presentazione di nuove offerte o per confermare quelle già inviate; per quanto qui rileva, entro la scadenza Ati CONTROINTERESSATA e Ati ALFA confermavano la propria offerta, mentre Atiricorrente& AP presentava una nuova offerta.. Le operazioni di gara, nella quale l'attuale appellante si è classificata al primo posto, l'appellata al quinto e l'Ati ALFA al secondo, si concludevano con l'approvazione dei relativi verbali in data 20 ottobre 2008 e la conseguente aggiudicazione provvisoria in favore dell'Atiricorrente& AP, dichiarata aggiudicataria definitiva con determinazione dirigenziale n. 5 del 19 dicembre 2008. Tutti gli atti ed operazioni di gara sono stati impugnati da CONTROINTERESSATA spa, che ha chiesto anche il risarcimento dei danni patiti per colpa dell'amministrazione; ALFA scarl ha proposto ricorso con l'obiettivo di far cadere la sola aggiudicazione a favore della prima classificata. Quest'ultima, con ricorso incidentale, ha sostenuto l'inammissibilità del gravame

proposto da CONTROINTERESSATA, dolendosi della mancata esclusione della ricorrente.

Il Tar della Campania, con la sentenza impugnata, riuniti i ricorsi, ha ritenuto preliminare l'esame del ricorso principale rispetto a quello incidentale proposto da ricorrente & AP; ha accolto la domanda di annullamento degli atti di gara, ritenuti viziati per la negligenza con la quale il Consorzio aveva provveduto alla custodia dei plichi contenenti le offerte, tale da compromettere la par condicio tra i concorrenti e la trasparenza del procedimento; ha respinto la domanda risarcitoria; ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale svolto dalla resistente; ha dichiarato improcedibile il ricorso proposto da ALFA, in quanto volto ad ottenere un'aggiudicazione in ogni caso non più perseguibile.

Avverso tale sentenza hanno svolto appello, principale o incidentale, tutte le società presenti nel primo giudizio; non si è invece costituita l'amministrazione appellata.

All'odierna pubblica udienza le parti hanno ribadito le proprie difese.

DIRITTO

L'appello principale in esame è stato proposto dalla società ricorrente & AP per contestare la sentenza con la quale il Tar della Campania ha accolto il ricorso della società CONTROINTERESSATA avverso gli atti della gara in narrativa specificata.

I) La società appellante deduce innanzitutto l'erroneità della sentenza impugnata per il mancato accoglimento del ricorso incidentale, proposto, come si è detto, in ragione della mancata esclusione dalla gara della Ati ricorrente.

La censura è infondata.

Per risolvere il problema della precedenza logico-giuridica delle questioni poste con i ricorsi principale e incidentale occorre in generale, come ha puntualizzato la

decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 2008, porre mente agli interessi dedotti in causa dalle parti ricorrenti.

In particolare, quel che rileva al fine di una tale indagine è la veste nella quale le parti pongono la domanda in giudizio, e il senso della pronuncia richiesta, poiché tali aspetti sono entrambi funzionali all'interesse sostanziale per il quale si agisce.

Nel caso di specie, la società CONTROINTERESSATA ha proposto ricorso davanti al Tar quale partecipante alla gara, per ottenere la caducazione dell'intera procedura, della quale assume l'illegittimità globale e generalizzata: l'interesse (strumentale) del quale si è fatta portatrice è relativo alla corretta esplicazione della gara, e si situa quindi a monte della stessa aggiudicazione finale, che non rivendica per sé.

La società CO.G & AP, nel proporre ricorso incidentale, ha invece chiesto, in sostanza, l'esclusione della ricorrente principale, esclusione che trova una precisa collocazione nella sequenza procedimentale: essa agisce, invece, a tutela della posizione di aggiudicataria, raggiunta al termine di tale sequenza.

Deriva da tali considerazioni che correttamente la sentenza impugnata ha considerato il ricorso principale con precedenza su quello incidentale proposto da CO.G: le questioni relative all'esame delle domande di partecipazione delle imprese offerenti, e alle connesse esclusioni (poste, come si è detto, dal ricorso incidentale), sono logicamente successive a quella sollevata dalla ricorrente principale, che concerne la legittimità dell'intera procedura: ed infatti anche la legittimità dell'(eventuale) esclusione scontrerebbe la legittimità dell'intera fase procedimentale ad essa prodromica. In altre parole, anche ove accolto, il ricorso incidentale non potrebbe determinare il venir meno dell'interesse della ricorrente principale che, seppur in ipotesi esclusa, sarebbe pur sempre (ed in tal caso, per così dire, anche a maggior ragione) legittimata a ricorrere avverso una procedura della quale assume l'intrinseca e totale illegittimità.

L'interesse (sostanziale e processuale) di CONTROINTERESSATA si situa, quindi, in un momento anteriore a quello presidiato con il ricorso di CO.G: l'esame del gravame principale deve, quindi, precedere quello del ricorso incidentale, ed in tal senso emerge la correttezza della sentenza impugnata.

II) Nel merito, il Tar ha rilevato che, per effetto della mancata custodia delle buste contenenti le offerte delle imprese partecipanti alla gara, conservate per lungo tempo in un armadio chiuso solo con nastro adesivo e quindi facilmente accessibili, e della asportazione di due plichi, l'intera procedura fosse viziata in radice e andasse annullata.

Anche su tale punto la sentenza merita conferma, poichè non è dubbio, contrariamente a quanto pretende l'appellante principale, che, venuta meno l'unicità e la continuità del procedimento, siano state irrimediabilmente compromesse le formalità poste a presidio della correttezza della procedura compartiva e a garanzia della legittimità della conseguente scelta.

Basta, a questo proposito, rilevare come nel corso della procedura ripresa dopo la scoperta della manomissione si sia rilevata la presenza nell'offerta della aggiudicataria (che, pur non avendo subito il furto, aveva provveduto a sostituire il plico) di un documento prima non riscontrato; e come, in ogni caso, la conoscibilità di elementi ricavabili dal contenuto dei plichi sottratti sia stata tale da snaturare la segretezza necessaria a garantire la trasparenza della scelta e la par condicio tra i partecipanti alla gara.

Il rimedio posto in atto dall'amministrazione procedente, che ha scelto di proseguire la gara chiedendo ai soggetti partecipanti di presentare nuove offerte o di confermare quelle già inviate, non vale a sanare le violazioni dei principi generali, sopra ricordati, che si traducono in precetti non disponibili da parte della stazione appaltante e non contrattabili con i partecipanti: nessun rilievo può, quindi, assumere l'assenso di tutte le imprese in gara che, secondo quanto pretende

la società appellante, avrebbe determinato la sostanziale convalida del procedimento.

III) La sentenza impugnata merita, invece, la riforma chiesta dalla società CONTROINTERESSATA con l'appello incidentale, volto a riproporre la domanda di risarcimento del danno.

Il Tar ha respinto la richiesta, rilevando che, per effetto dell'accoglimento del ricorso, l'interesse dedotto in causa troverebbe ristoro in forma specifica.

Tale conclusione è errata, alla luce dell'individuazione dell'interesse che ha sostenuto il ricorso di primo grado, secondo quanto sopra precisato.

Si è infatti ricordato che la società CONTROINTERESSATA ha proposto ricorso al Tar per chiedere l'annullamento di una procedura alla quale ha partecipato, a tutela dell'interesse del quale è portatrice nella qualità di concorrente: rispetto a tale interesse, riflesso nella legittimazione ad impugnare gli atti della procedura, l'annullamento della stessa non è che il momento pregiudiziale per ottenere il risarcimento dei danni patiti per la negligenza dell'amministrazione, che ha determinato l'illegittimità riscontrata in sentenza. I danni dei quali la ricorrente incidentale ha chiesto il ristoro non sono quelli ai quali il Tar ha posto rimedio con l'annullamento degli atti del procedimento e il conseguente obbligo dell'amministrazione a riprovvedere in merito, ma quelli, direttamente connessi alle spese e agli oneri sopportati per partecipare alla gara, ingiustamente vanificati per la colpa dell'amministrazione, colpa riconosciuta dalla stessa sentenza come causa della illegittimità della procedura e del conseguente annullamento.

La domanda di risarcimento deve, quindi, essere valutata ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.: il fatto generatore dell'obbligazione risarcitoria, così come dell'interesse dedotto nel ricorso, rileva non ai fini della aggiudicazione del contratto (che la ricorrente non ha rivendicato), ma quale indice della non corretta esplicazione dei poteri dell'amministrazione, e quindi della sua colpa e dell'ingiustizia del danno

subito. L'impresa ricorrente, che ha azionato la pregiudiziale azione di annullamento degli atti di gara, e che ha dimostrato la lesione causata dalla colpa della stazione appaltante, riconosciuta in giudizio, ha quindi il diritto di essere risarcita dei danni emergenti direttamente connessi alla inutile partecipazione alla procedura, giacchè ciò che viene qui in evidenza non attiene all'alea insita nella partecipazione a qualsiasi gara pubblica, ma al dovere di ogni soggetto, anche pubblico, di non determinare colposamente un danno ingiusto.

In parziale riforma della sentenza impugnata deve quindi essere disposta la condanna dell'amministrazione al risarcimento di tali danni, nella misura di 30.000 (trentamila) euro, nella quale il Collegio ritiene equo ridurre la quantificazione indicata dalla appellante.

IV) In conseguenza della reiezione dell'appello principale, diviene improcedibile l'appello incidentale che l'ATI ALFA - ALFA DUE ha proposto espressamente condizionandolo all'accoglimento del primo.

V) In conclusione, la sentenza impugnata merita conferma per la parte demolitoria, mentre deve essere riformata sul punto del risarcimento del danno chiesto con l'appello incidentale.

Le spese del grado seguono, come di regola, la soccombenza e si liquidano in dispositivo a carico della società appellante principale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sesta sezione, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, respinge l'appello principale, confermando la sentenza impugnata nella parte corrispondente, accoglie l'appello incidentale proposto dalla società appellata e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, condanna il Consorzio Cimitero Ottaviano-San Giuseppe Vesuviano a risarcire alla società appellata il danno subito, nella misura di euro 30.000 (trentamila).

Dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da ATI ALFA scarl - ALFA DUE srl.

Condanna la società appellante a rifondere alla società appellata le spese di lite, nella misura di euro 5.000 (cinquemila), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione