ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/12/2015

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/37589-mancata-sospensiva-ex-art-1227-cc-riconosciuto-solo-50-poich-ricorrente-non-limitato-danno-patito

Autore: Lazzini Sonia

Mancata sospensiva ex art 1227 cc riconosciuto solo 50% poichè ricorrente non limitato danno patito

il Collegio ritiene ulteriormente di dover valorizzare la circostanza che la mancata proposizione della domanda di sospensione degli atti impugnati ha contribuito al consolidarsi degli effetti sfavorevoli degli atti impugnati (sentenza numero 1887 del 10 luglio 2015 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania)

.

Sonia Lazzini

come riconosciuto dalla stessa ricorrente nel precisare che l'intervenuta integrale esecuzione dell'opera pubblica ha reso impossibile il risarcimento in forma specifica

Al riguardo, il Collegio ritiene di condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale i provvedimenti cautelari adottati dal g.a. hanno la funzione di escludere o, comunque, di mitigare il danno insito nel provvedimento amministrativo impugnato, posto che la tutela cautelare è diretta alla temporanea salvaguardia della posizione del deducente onde consentirgli, qualora risultasse vincitore nel merito, di trarre l'utilità sostanziale offerta dalla decisione, producendo in via temporalmente anticipata nella sua sfera giuridica benefici omogenei e comunque non superiori rispetto a quelle che la sentenza potrà procurare; in dipendenza di ciò, e anche a prescindere dall'espressa statuizione al riguardo contenuta nell'art. 30 c. proc. amm., già dai principi contenuti dall'art. 1227 comma 2, c.c. ("Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"), emergeva la regola della possibile non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli strumenti di tutela cautelare previsti dall'ordinamento (Consiglio di Stato, sez. V, 27/05/2014 n.2708).

Infatti, "l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria

diligenza e perciò un fatto da considerare in sede di merito, ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (in termini, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23/03/2011 n. 3)".

Ai fini del giudizio ipotetico che questo giudice deve effettuare per stabilire quanto la proposizione della domanda cautelare avrebbe potuto mitigare il danno, va considerato (avendo riguardo all'epoca della proposizione del ricorso) che la giurisprudenza è stata a lungo divisa in ordine alla questione di diritto che ha condotto all'esclusione impugnata (e di tali orientamenti ha dato conto in sede di costituzione in giudizio l'Amm.ne resistente); sicché la probabilità di esito favorevole della domanda cautelare, che avrebbe potuto condurre all'accoglimento del risarcimento del danno in forma specifica, piuttosto che quello per equivalente, che non si sarebbe prodotto, può essere stimata in un 50%.

Pertanto, in applicazione del principio di cui al secondo comma dell'art. 1227 c.c., poichè parte ricorrente non ha fatto tutto quello che avrebbe potuto per limitare il danno patito, non avendo esperito il rimedio cautelare apprestato dall'ordinamento, le somme dovute a titolo risarcitorio, da quantificarsi secondo i criteri sopra indicati, devono essere decurtate del 50%.

Nulla va riconosciuto per le spese vive, in carenza di alcuna documentazione a supporto della domanda.

Va infine accolta la domanda – contenuta in ricorso – avente ad oggetto la rivalutazione e gli interessi, spettando la prima, secondo gli indici ISTAT, dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della sentenza, mentre gli interessi sulla somma rivalutata andranno corrisposti, nella misura legale, dalla data della pubblicazione della presente decisione fino all'effettiva corresponsione (cfr.: Cons. Stato., VI, 23 luglio 2009, n. 4628; T.A.R. Catania, Sez. IV, 13/2012 del 10/1/2012).

In conclusione, il Collegio – in applicazione dell'art. 34, comma 4, del d.lgs. n. 104 del 2010 – condanna l'Amministrazione resistente a proporre alla società ricorrente la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento, e ciò nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, secondo i criteri sopra indicati.

III. L’esistenza di orientamenti non uniformi, all’epoca della proposizione del ricorso, costituisce motivo idoneo a giustificare l’integrale compensazione delle spese di lite tra le parti; resta a carico dell’Amministrazione il rimborso alla ricorrente del contributo unificato.

N. 01887/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00453/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

I. Il Collegio ritiene il ricorso fondato, anche alla stregua dello specifico precedente della Sezione costituito dalla sentenza n. 1991/2014 del 10/07/2014.

Infatti, il bando ed il disciplinare della **gara** in questione non contenevano alcuno specifico ed espresso riferimento ad obblighi dichiaratori in relazione ad amministratori e direttori tecnici cessati nel triennio che avessero operato in imprese oggetto di atti di cessione di azienda o di ramo di azienda.

Ciò detto, deve rilevarsi che, nel silenzio del bando, anteriormente alla legge numero 70 del 2011, considerando le oscillazioni giurisprudenziali protrattesi fino alle note Adunanze plenarie numeri 10/2012 e 21/2012, doveva ritenersi legittima l’ammissione alla **gara** di impresa che non avesse dichiarato le posizioni di tali tipologie di soggetti di cessati nel triennio facenti parte di imprese oggetto di cessione, e non sussistendo, in concreto, pregiudizi penali.

Si veda Ad. Plen. n.21/2012: “nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino all'Adunanza plenaria 4 maggio 2012, n. 10 e all'Adunanza plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) , d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare — in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) , fino alla data di pubblicazione della presente decisione — solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario,

l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali".

Pertanto , gli atti impugnati devono essere annullati.

II. Il Collegio prende in esame la domanda risarcitoria e ne ravvisa la fondatezza, nei limiti di cui infra.

Il risarcimento del danno in forma specifica non può essere conseguito dall'odierna ricorrente, la quale con memoria ha precisato che i lavori, nelle more del giudizio, sono stati eseguiti e completati, né l'Amm.ne ha addotto alcunché in contrario. Pertanto, sicuramente ammissibile è la richiesta, formulata in via subordinata, di risarcimento per equivalente, alla stregua dei principi costantemente seguiti anche da questa Sezione Staccata, e recentemente ribaditi con decisione della sez. II n. 1396 del 21 maggio 2015.

Nel caso di specie, è indubbio che si sia realizzata la lesione della situazione soggettiva tutelata, in quanto l'illegittimo operato dell'Amministrazione ha impedito il consolidarsi dell'aggiudicazione della **gara** in capo alla ricorrente stessa.

Il nesso causale sussiste pure, perché la ricorrente, aggiudicataria provvisoria, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto d'appalto, ove l'Amm.ne non avesse violato le norme di riferimento.

Tale violazione ha causato il danno patrimoniale alla ricorrente (mancato utile d'impresa e danno cd. curriculare).

Circa l'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione, a seguito della sentenza 30 settembre 2010 numero C314/09, con la quale la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha escluso qualsiasi rilevanza della colpa in materia di appalti ai fini della tutela risarcitoria, la giurisprudenza ormai consolidata esclude che in materia di appalti debba essere fornita la prova della colpa della P.A., configurandosi una sorta di responsabilità oggettiva, anche per gli appalti che sfuggono alla disciplina comunitaria (tra le più recenti, T.A.R. Sicilia, sez. III di Palermo, 10/2/2015 n. 405 e 3/3/2015 n. 590).

In ordine alla quantificazione dei danni subiti, per giurisprudenza costante il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questi dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto, si presume invece che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori, coerentemente con quanto previsto in via generale dall'art. 1227 c.c. (T.A.R. Catania, Sez.II, n. 1396/2015 cit., e giur. ivi richiam.; T.A.R. Sicilia, sez. I di Palermo, 23/1/2015 n.239).

Secondo condivisibile orientamento, infatti, in sede di quantificazione del danno, spetta all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno (T.A.R. Sicilia, sez. IV Catania, 12/2/2014 n.446).

Nella fattispecie in esame, in mancanza di prova contraria, deve pertanto ritenersi che l'impresa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per l'annullamento dell'aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato forfettariamente nella misura del 50% del mancato utile (a sua volta pari al 10% dell'offerta, al netto del ribasso d'asta).

La ricorrente richiede altresì il danno curriculare (il danno derivante dal mancato inserimento di questo specifico appalto nel proprio curriculum d'impresa, ai fini dell'acquisizione di requisiti di qualificazione spendibili in successive gare); la determinazione di tale voce di danno può compiersi esclusivamente secondo un criterio di probabilità, che in casi come quello oggetto di causa è certamente elevata, essendo legata alla normale attività d'impresa, fondata su una necessaria costante partecipazione alle gare d'appalto.

Pertanto, la voce di danno in questione può essere ragionevolmente quantificata in misura pari al 2% dell'offerta economica dell'impresa.

Ciò posto, il Collegio ritiene ulteriormente di dover valorizzare la circostanza che la mancata proposizione della domanda di sospensione degli atti impugnati ha contribuito al consolidarsi degli effetti sfavorevoli degli atti impugnati, come riconosciuto dalla stessa ricorrente nel precisare che l'intervenuta integrale esecuzione dell'opera pubblica ha reso impossibile il risarcimento in forma specifica

Al riguardo, il Collegio ritiene di condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale i provvedimenti cautelari adottati dal g.a. hanno la funzione di escludere o, comunque, di mitigare il danno insito nel provvedimento amministrativo impugnato, posto che la tutela cautelare è diretta alla temporanea salvaguardia della posizione del deducente onde consentirgli, qualora risultasse vincitore nel merito, di trarre l'utilità sostanziale offerta dalla decisione, producendo in via temporalmente anticipata nella sua sfera giuridica benefici omogenei e comunque non superiori rispetto a quelle che la sentenza potrà procurare; in dipendenza di ciò, e anche a prescindere dall'espressa statuizione al riguardo contenuta nell'art. 30 c. proc. amm., già dai principi contenuti dall'art. 1227 comma 2, c.c. ("Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"), emergeva la regola della possibile non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli strumenti di tutela cautelare previsti dall'ordinamento (Consiglio di Stato, sez. V, 27/05/2014 n.2708).

Infatti, "l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza e perciò un fatto da considerare in sede di merito, ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (in termini, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23/03/2011 n. 3)".

Ai fini del giudizio ipotetico che questo giudice deve effettuare per stabilire quanto la proposizione della domanda cautelare avrebbe potuto mitigare il danno, va considerato (avendo riguardo all'epoca della proposizione del ricorso) che la giurisprudenza è stata a lungo divisa in ordine alla questione di diritto che ha condotto all'esclusione impugnata (e di tali orientamenti ha dato conto in sede di costituzione in giudizio l'Amm.ne resistente); sicché la probabilità di esito favorevole della domanda cautelare, che avrebbe potuto condurre all'accoglimento del risarcimento del danno in forma specifica, piuttosto che quello per equivalente, che non si sarebbe prodotto, può essere stimata in un 50%.

Pertanto, in applicazione del principio di cui al secondo comma dell'art. 1227 c.c., poichè parte ricorrente non ha fatto tutto quello che avrebbe potuto per limitare il danno patito, non avendo esperito il rimedio cautelare apprestato dall'ordinamento, le somme dovute a titolo risarcitorio, da quantificarsi secondo i criteri sopra indicati, devono essere decurtate del 50%.

Nulla va riconosciuto per le spese vive, in carenza di alcuna documentazione a supporto della domanda.

Va infine accolta la domanda – contenuta in ricorso – avente ad oggetto la rivalutazione e gli interessi, spettando la prima, secondo gli indici ISTAT, dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della sentenza, mentre gli interessi sulla somma rivalutata andranno corrisposti, nella misura legale, dalla data della pubblicazione della presente decisione fino all'effettiva corresponsione (cfr.: Cons. Stato., VI, 23 luglio 2009, n. 4628; T.A.R. Catania, Sez. IV, 13/2012 del 10/1/2012).

In conclusione, il Collegio – in applicazione dell'art. 34, comma 4, del d.lgs. n. 104 del 2010 – condanna l'Amministrazione resistente a proporre alla società ricorrente la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento, e ciò nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, secondo i criteri sopra indicati.

III. L'esistenza di orientamenti non uniformi, all'epoca della proposizione del ricorso, costituisce motivo idoneo a giustificare l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti; resta a carico dell'Amministrazione il rimborso alla ricorrente del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati;

condanna il Consorzio A.S.I. della Provincia di Messina al risarcimento del danno nei confronti della parte ricorrente, nella misura e secondo le modalità precisate in motivazione.

Spese compensate; resta a carico dell'Amministrazione il rimborso alla ricorrente del contributo unificato.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Eleonora Monica, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **10/07/2015**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)