

Scritto da Carmelo Anzalone
Venerdì 20 Gennaio 2012 10:22 -

N. 31/2012 Reg. Prov. Coll. N. 3408 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN
NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione
Quarta) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3408 del 2010, proposto da:

I. S.r.l. e P. S.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Salvatore Pensabene Lioni, con domicilio
eletto presso Giuseppe Aliquò in Catania, via G. Vagliasindi, 9;

contro

Comune di Giardini-Naxos, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Scarcella, con domicilio
eletto presso Antonio Lombardo in Catania, v.le XX Settembre, 43;

per ottenere

**IL RISARCIMENTO DEI DANNI DERIVANTI DA MANCATA AGGIUDICAZIONE
DELL'APPALTO DEI LAVORI DI REALIZZAZIONE DI OPERE DI PROTEZIONE DI
MANUFATTI SITI IN VIA PIETRALUNGA**

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Giardini-Naxos;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2011 il dott. Francesco Brugaletta e uditi
per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

La domanda risarcitoria è fondata.

Al riguardo, il Collegio rileva, anzitutto, che non vi è alcuna necessità di accertare la
componente soggettiva dell'illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza
comunitaria (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione III 30 settembre 2010, n.
C- 314/09, secondo la quale, la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che
coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle

Scritto da Carmelo Anzalone
Venerdì 20 Gennaio 2012 10:22 -

procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata).

Con riferimento alla misura del risarcimento del danno spettante alla parte ricorrente, è sufficiente osservare che, qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, l'intero appalto avrebbe dovuto essere assegnato all'attuale parte ricorrente.

Pertanto, all'interessata compete il diritto al risarcimento dei danni costituiti dal mancato utile derivante dall'appalto in contestazione (cfr. Cs V 24.2.011 n.1193; CS 9.12.10 n. 8646; TAR LAZIO III 2.2.11 n. 974).

Quanto alle voci di danno richieste dalle società ricorrenti, non tutta la domanda risarcitoria può essere accolta.

Non spettano le spese generali (richiesta sub C del ricorso) perché la società avrebbe, comunque, sostenuto tali spese anche in caso di aggiudicazione (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 23 marzo 2010, n. 4555; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Non spettano le spese legali richieste nel punto B) del ricorso perché sono state oggetto di decisione con le sentenze che hanno definito la controversia.

Non sono dovute neanche quelle sub D) del ricorso rimaste sformate di prova.

Per quanto riguarda il mancato utile indicato nel ricorso con le richieste sub A) e sub E) la società ricorrente quantifica il danno da mancata aggiudicazione nel dieci per cento dell'importo dell'appalto nella parte che non gli è stato attribuito.

Tale quantificazione non può essere accolta

Ad avviso del Collegio la misura dell'utile può essere equitativamente stimata nel 5% del valore dell'appalto nella parte in cui esso non è stato attribuito alla ricorrente, depurato del ribasso praticato dalla stessa ricorrente.

Ciò perché va tenuto conto anche della presunzione di utilizzabilità delle risorse destinate all'esecuzione della fornitura in oggetto in altre operazioni commerciali.

Al riguardo il Collegio ritiene di condividere l'orientamento espresso dalla più recente giurisprudenza (per tutte, Consiglio di Stato, SEZ. VI, 21 settembre 2010 n. 7004), secondo cui, in sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto,

Scritto da Carmelo Anzalone
Venerdì 20 Gennaio 2012 10:22 -

il mancato utile nella misura integrale spetta, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e, pertanto, in tale ipotesi deve operarsi una decurtazione del risarcimento per come sopra detto.

Infatti, si è evidenziato che "ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno. Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative.

Pertanto, non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività." (cfr. C.S. V 24.2.011 n.1193; CS 9.12.10 n. 8646; TAR LAZIO III 2.2.11 n. 974).

Di qui la piena ragionevolezza, affermata dalla giurisprudenza e condivisa dal Collegio, del risarcimento del mancato utile nella misura del 5% dell'offerta (cfr. anche TAR CATANIA IV n. 2812 del 2010).

Va accolta anche 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.: C. S., VI, 23 luglio 2009, n. 4628; sentenza di questa sezione 29 giugno 2007, n. 1135).

Il Collegio ritiene, inoltre, di far applicazione del potere attribuito dall'art 34 comma 4 del d.lgs. n° 104 del 2010, condannando l'Amministrazione a fare alla parte ricorrente una proposta di una somma a titolo di risarcimento nel termine di sessanta giorni dalla notificazione della presente sentenza o dalla comunicazione se anteriore.

Il ricorso va, pertanto, accolto nei limiti di cui sopra e va riconosciuto il risarcimento del danno con le modalità e nei termini di cui sopra.

Le spese e gli onorari del giudizio è giusto che seguano la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

- accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, riconosce il diritto della parte ricorrente al

Scritto da Carmelo Anzalone
Venerdì 20 Gennaio 2012 10:22 -

risarcimento del danno da determinare con le modalità di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione resistente alla rifusione di spese ed onorari del giudizio in favore della parte ricorrente che liquida in complessivi euro 2.000 (duemila) oltre accessori.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Cosimo Di Paola

L'ESTENSORE

Francesco Brugaletta

IL CONSIGLIERE

Rosalia Messina

Depositata in Segreteria il 10 gennaio 2012

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