

## **Risarcimento del danno in materia di appalti....è necessaria la colpa dell'Amministrazione?**

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 22 Settembre 2011 07:36 - Ultimo aggiornamento Giovedì 22 Settembre 2011 07:45

---

N. 2196/2011 Reg. Prov. Coll. N. 647 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA 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 647 del 2011, proposto da T. Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Barbara La Bella, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anna Ruggieri in Catania, piazza Europa, 5;

contro

il Comune di Catania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Walter Perez, con domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, in Catania, via G. Oberdan, 141;

per il risarcimento

dei danni derivanti da mancata aggiudicazione di appalto per la fornitura di 1000 cassonetti in polietilene lineare da 2000 litri per la raccolta di rifiuti solidi urbani.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Catania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 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**

Con ricorso depositato in data 18 febbraio 2011 la società ricorrente espone:

- di essersi aggiudicata l'appalto, bandito dal Comune di Catania, per la fornitura di 1000 cassonetti in polietilene lineare da 2000 litri per la raccolta di rifiuti solidi urbani;
- che l'aggiudicazione definitiva era stata effettuata con verbale 14 giugno 2004;
- che questo Tribunale Amministrativo Regionale, con sentenza 15 dicembre 2004, n. 3777,

## Risarcimento del danno in materia di appalti....è necessaria la colpa dell'Amministrazione?

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 22 Settembre 2011 07:36 - Ultimo aggiornamento Giovedì 22 Settembre 2011 07:45

---

aveva accolto il ricorso proposto dalla S. spa, terza classificatasi;

- che tale sentenza veniva appellata di fronte al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ma, nelle more della decisione, e nonostante che il Comune di Catania si fosse costituito in giudizio per sostenere la legittimità delle ragioni esposte con l'appello, la fornitura veniva effettuata dalla S.;

- che, con sentenza 26 luglio 2006, n. 421, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ha accolto il ricorso in appello, per l'effetto respingendo il ricorso proposto in primo grado dalla S. spa.

Tanto premesso, la società ricorrente, atteso che la fornitura è stata integralmente eseguita, e non essendo quindi possibile il risarcimento in forma specifica mediante la riaggiudicazione dell'appalto, chiede tutela risarcitoria per equivalente nei confronti del Comune di Catania, quantificando l'importo del risarcimento in complessivi euro 47.892,00, oltre interessi legali e rivalutazione, ed oltre un importo da quantificare in via equitativa per il cd. "danno curriculare".

Il Comune di Catania si è costituito spiegando difese nel merito; in particolare, sul presupposto che l'appalto è stato eseguito dalla S. in seguito a specifica diffida che invitava l'amministrazione a conformarsi alla citata sentenza di questo Tribunale Amministrativo Regionale n. 3777/2004, non sospesa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, deduce che nessuna responsabilità, né per dolo né per colpa, è ascrivibile al Comune di Catania; deduce inoltre difetto di prova del danno per equivalente; chiede inoltre l'integrazione del contraddittorio nei confronti della società S., che, secondo la sua prospettazione, «...con il suo comportamento ha causato alla ricorrente il lamentato danno...» (costituzione, pag. 4).

All'udienza del 6 luglio 2011 la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione.

### DIRITTO

Preliminarmente, deve essere rigettata la richiesta di integrazione del contraddittorio avanzata dal Comune di Catania nei riguardi della società S., non essendo i danni di cui si chiede il risarcimento causalmente riconducibili all'esercizio del diritto di tutela in sede giudiziaria effettuato da tale società; invero, casi di esercizio del diritto di azione direttamente causativi di eventi dannosi potrebbero, in ipotesi, essere ricondotti a fenomeni qualificati come "abuso del diritto di azione" (si veda TAR Lazio - Roma, Sez. I, 6 dicembre 2010, n. 35392) o nei casi di liti temerarie o di azioni meramente emulative; nel caso di specie, in realtà, tali eventualità devono essere escluse, come dimostrato dall'accoglimento del ricorso in primo grado.

Il fatto causativo di danno deve invece essere ricondotto all'avvenuta esecuzione della fornitura in esito a sentenza del giudice di primo grado poi riformata in sede di appello, ciò che costituisce una eventualità connaturata alla normale dialettica giudiziaria.

Nel merito, il ricorso è fondato, nei termini che seguono.

## Risarcimento del danno in materia di appalti...è necessaria la colpa dell'Amministrazione?

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 22 Settembre 2011 07:36 - Ultimo aggiornamento Giovedì 22 Settembre 2011 07:45

---

Secondo i normali canoni del nostro ordinamento giuridico interno, per farsi luogo a risarcimento, il danno deve essere anzitutto causalmente determinato dalla condotta del soggetto agente, ed, in via logicamente successiva, deve essere ad egli attribuibile anche psicologicamente, per ciò utilizzando gli usuali criteri del dolo e della colpa.

I fatti di causa non sono oggetto di contestazione fra le parti; risulta così provato che il Comune di Catania abbia fatto eseguire la fornitura alla società S., terza graduata nella procedura di gara; risulta altresì provato

*per tabulas*

, in ragione del disposto della citata sentenza 421/2006 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, che la fornitura avrebbe invece dovuto essere effettuata dall'odierna ricorrente.

In base alla ricostruzione dei fatti, non vi è dubbio che la condotta del Comune abbia causalmente determinato l'evento dannoso.

Il Comune di Catania contesta l'esistenza dei presupposti per far luogo al risarcimento, sotto il profilo della mancanza di colpa da parte dell'Amministrazione, correttamente deducendo di essersi costituito in entrambi i gradi di giudizio al fine di difendere il suo operato e la legittimità della individuazione dell'odierna ricorrente quale aggiudicatario e che, in difetto di sospensione della sentenza di questo Tribunale Amministrativo Regionale da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, avesse l'obbligo di eseguire quanto disposto dal Giudice di primo grado.

Tuttavia, ciò non è sufficiente a determinare il rigetto del presente ricorso per difetto di responsabilità per dolo o per colpa ascrivibile al Comune di Catania.

Infatti, è pur vero che, in linea generale, in relazione al profilo della attribuibilità psicologica del fatto alla amministrazione, secondo l'orientamento prevalente «...la colpa dell'amministrazione va ricondotta (...) alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili. Siffatta colpa dunque non può essere ritenuta presente

*in re ipsa*

(cioè riferire alla mera illegittimità dell'atto), ma va dimostrata in riferimento alla condotta amministrativa...» (Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983); l'illegittimità dell'atto, quindi, «...pur non fornendo

*ex*

se elementi inconfutabili nel senso della sussistenza di una condotta colposa da parte dell'Amministrazione, nondimeno fornisce rilevanti elementi nel senso di una presunzione (relativa) di colpa dell'Amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o, comunque, ad una violazione delle

*regulae agendi*

ad essa imposte...» (Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 2010, n. 2750).

Tuttavia, con specifico riferimento alla risarcibilità dei danni da mancata aggiudicazione di un appalto pubblico, occorre tenere conto anche del portato dell'ordinamento comunitario.

## Risarcimento del danno in materia di appalti...è necessaria la colpa dell'Amministrazione?

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 22 Settembre 2011 07:36 - Ultimo aggiornamento Giovedì 22 Settembre 2011 07:45

---

In proposito, la Corte di Giustizia CE ha avuto modo di affermare che «...La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle 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...» (CGE, Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09).

Tale interpretazione, collocantesi nel solco di un orientamento già espresso dalla Corte di Giustizia (CGE, sentenze 14 ottobre 2004, causa C-275/03 e 10 gennaio 2008, causa C-70/06), e già ripreso dalla giurisprudenza di questo Tribunale Amministrativo Regionale (TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 251), si fonda sulla condivisibile opinione (si vedano in proposito i punti 38 e 39 della sentenza) che il rimedio risarcitorio per equivalente possa costituire un'alternativa procedurale alla aggiudicazione dell'appalto compatibile con il principio di effettività «...soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata (...) alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice...».

Ciò detto per quanto riguarda l'  
*an*  
, occorre ora valutare il  
*quantum*  
del risarcimento.

La società ricorrente chiede liquidarsi:

- euro 5.000,00 a titolo di danno emergente in conseguenza degli esborsi effettuati per la partecipazione alla procedura di gara;
- euro 42.892,00 a titolo di lucro cessante per mancato utile;
- una cifra equitativamente determinata da questo Giudice a titolo di danno "curriculare".

La prima voce di danno non è risarcibile.

La partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a loro carico, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; secondo condivisibile orientamento, tali costi si colorano come danno emergente solo qualora il concorrente subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione la sua pretesa a non essere coinvolto in trattative inutili; viceversa, nel caso in cui venga concesso a suo favore il risarcimento di quanto avrebbe tratto dall'aggiudicazione dell'appalto, non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei

## Risarcimento del danno in materia di appalti...è necessaria la colpa dell'Amministrazione?

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 22 Settembre 2011 07:36 - Ultimo aggiornamento Giovedì 22 Settembre 2011 07:45

---

costi di partecipazione, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione ( *ex plurimis*

, Cons. Stato, Sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340; Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3).

Con riferimento al lucro cessante, la ricorrente indica in euro 42.892,00 l'utile di impresa; a supporto della pretesa viene prodotta copia delle giustificazioni fornite in sede di valutazione della anomalia dell'offerta con nota prot. 004/clb del 19 gennaio 2004 (documento allegato al ricorso sub 5), in cui l'utile di impresa viene quantificato in tale somma, nonché copia della relazione sulla offerta, redatta dal Nucleo di valutazione, prot. 854 del 12 febbraio 2004 (documento allegato al ricorso sub 6); chiede quindi determinarsi il risarcimento a tale titolo in tale somma o in quella maggiore o minore che verrà determinata in corso di causa; sul punto, il Comune di Catania deduce che la prova del danno sarebbe «...assolutamente inesistente» (costituzione, pag. 4).

I documenti prodotti, diversamente da quanto eccepito dal Comune di Catania, in difetto di contestazioni specifiche, sono sufficienti a provare quale fosse l'utile atteso dalla ricorrente (euro 42.892,00) così rappresentando il 10, 81% dell'offerta economica (euro 396.692,93).

Tuttavia, tale importo non può essere liquidato per intero; occorre, sul punto, richiamare il condivisibile orientamento secondo cui il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile (TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 1279 e 7 gennaio 2010, n. 3; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Essendo mancata tale prova, appare equo ridurre la percentuale al 8% dell'offerta (TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3; TAR Sicilia - Catania, Sez. II, 4 giugno 2010, n. 2069), così quantificandola in euro 31.735,43.

Per quanto riguarda il danno subito per mancato incremento della capacità tecnica, con conseguente riduzione della possibilità di partecipare ad altre procedure ad evidenza pubblica (c.d. danno "curriculare"), la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare come «... deve pertanto ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare...» (

*ex plurimis*

, Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681).

## Risarcimento del danno in materia di appalti....è necessaria la colpa dell'Amministrazione?

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 22 Settembre 2011 07:36 - Ultimo aggiornamento Giovedì 22 Settembre 2011 07:45

---

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 dal Comune di Catania, il suddetto danno va determinato equitativamente nella misura del 2 % dell'offerta economica come individuata per la precedente voce di danno; conseguentemente, l'Amministrazione deve essere condannata a risarcire, a titolo di "danno curriculare", la somma di euro 7.933,86 (pari al 2% della offerta economica).

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 della stipula del contratto (individuabile come data dell'evento causativo di danno) tra la società S., esecutrice dell'appalto, ed il Comune di Catania, 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, 25 maggio 2011, n. 1279 e 7 gennaio 2010, n. 3).

Il Collegio è dell'avviso che, in ragione del comportamento tenuto dal Comune di Catania durante la vicenda, sussistano eccezionali motivi, ai sensi degli artt. 26, comma 1, c.p.a. e 92 c.p.c., per disporre l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio tra le parti in causa.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, condanna il Comune di Catania al risarcimento dei danni nei confronti della società ricorrente, nei limiti e secondo quanto in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Filippo Giamportone

L'ESTENSORE

Diego Spampinato

## **Risarcimento del danno in materia di appalti....è necessaria la colpa dell'Amministrazione?**

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 22 Settembre 2011 07:36 - Ultimo aggiornamento Giovedì 22 Settembre 2011 07:45

---

IL CONSIGLIERE

Francesco Brugaletta

Depositata in Segreteria l'8 settembre 2011

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