



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 Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 119 del 2005, proposto da: MILESI SPA, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cristina Pelliccia e Adriano Pilia, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, in corso di Porta Vittoria n.18;

contro

COMUNE DI BUSTO ARSIZIO, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Gussoni, con domicilio eletto presso Marco Alessio in Milano, via priv. Battisti n. 1;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento prot. n. 65398 del 4 novembre 2004 a firma del dirigente del Comune di Busto Arsizio;

Nonché,

- per il risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione dell'appalto di lavori di razionalizzazione di offerta aree parziale PIP nell'ambito della zona produttiva Sud ovest, avente l'importo di lire 8.966.635.454, oltre interessi e rivalutazione;

Con il presente ricorso, depositato il 17 gennaio 2005, l'impresa MILESI SPA, stante oramai l'impossibilità di subentrare nella realizzazione dei lavori oramai completamente ultimati, chiede il risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione dell'appalto di lavori e, ove occorra, impugna il diniego formulato dall'amministrazione avverso la richiesta stragiudiziale di risarcimento del 4 novembre 2004.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, chiedendo il rigetto del ricorso

Sul contraddittorio così istauratosi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato poiché sussistono tutti i presupposti di legge per l'accoglimento della domanda risarcitoria.
2. L'elemento oggettivo della fattispecie, ovvero la lesione dell'interesse giuridicamente protetto della impresa istante alla aggiudicazione della gara ad opera di provvedimento illegittimo della stazione appaltante risulta da un duplice elemento.

In primo luogo, dalla sentenza TAR MILANO n. 640/1998, passata in cosa giudicata che ha annullato gli atti di gara e disposto la ripetizione della valutazione delle offerte; in particolare, il Tribunale Amministrativo ha ritenuto illegittima l'esclusione della ditta concorrente ATI MEZZANICA ICT SPA per la mancata produzione del documento richiesto dalla lettera B) del bando di gara sub voce "requisiti di ammissione" relativo alla elencazione dell'attrezzatura, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico di cui il concorrente dispone per l'esecuzione dell'opera (sull'assunto che l'illegittima esclusione di ATI MEZZANICA ICT SPA aveva comportato un calcolo della media delle offerte per l'individuazione della soglia di anomalia che aveva condotto alla individuazione della offerta della contro

nuova fattispecie risarcitoria al particolare contesto ordinamentale e funzionale della pubblica amministrazione. Lungo tale filone si collocano: la tesi aquiliana della presunzione; la tesi aquiliana dell'errore scusabile in virtù della quale, in luogo di provare il danneggiato la colpa, è il danneggiante a dover negare il suo contrario, quasi per un principio di vicinanza del materiale probatorio; la tesi aquiliana della colpa grave di derivazione comunitaria, in cui l'illegittimità fa presumere la colpa e, quindi, similmente alla ipotesi precedente, è l'assenza di colpa a divenire elemento impeditivo della fattispecie; la tesi del contatto sociale (trasfigurante natura e fisionomia stessa della responsabilità), che fa applicazione della teoria di origine tedesca degli obblighi di protezione; da ultimo, non vanno dimenticati i suggestivi tentativi dottrinali di forgiare una responsabilità speciale di diritto pubblico.

Il contesto giurisprudenziale, appena tratteggiato, offre un panorama che curiosamente ricorda proprio quella regola operativa di sostanziale oggettivizzazione della responsabilità che la Corte di Cassazione (sentenza n. 500/1999) aveva inteso superare, sia pure (questa volta) attraverso il riferimento alla violazione di norme di azione.

Senza dubbio, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto pubblico ma rispondono secondo il diritto comune delle leggi civili (art. 28 Cost.). Tuttavia, ritiene il Collegio che, in relazione ai pregiudizi procurati dall'esercizio del potere autoritativo, la colpa della pubblica amministrazione si profili in termini peculiari rispetto a quanto avviene generalmente per gli analoghi danni imputabili alla attività giuridica dei soggetti privati; ciò, non in virtù di un inesistente regime di specialità del rimedio, quanto per il concreto atteggiarsi della fattispecie.

Nell'ambito della responsabilità provvedimentale, in ragione della giuridificazione in senso funzionale del potere unilaterale, la colpa assume veste normativa in un duplice senso. In primo luogo, perché legata non alla "contrarietà dell'intenzione" ma alla violazione rimproverabile di un parametro di diligenza astratta (tale profilo

Nei termini appena svolti sono, ad avviso del Collegio, meglio poste le basi teoriche dell'indagine sul comportamento colposo della pubblica amministrazione trasfuso in atti amministrativi, secondo le disposizioni implicate nel singolo procedimento dalla normativa di riferimento.

3.1. Il Comune, allo scopo di escludere l'elemento soggettivo, osserva che l'interpretazione operata del Bando di gara, nel senso che questo non prevedesse a pena di esclusione che venissero presentate anche le dichiarazioni concernenti il numero e qualifica dei tecnici e l'attrezzatura, i mezzi d'opera e gli equipaggiamenti tecnici, avrebbe prescelto soltanto una delle questioni interpretative possibili, risultando quella data a suo tempo dal Presidente di gara altrettanto logica e plausibile.

Deve, per contro, ritenersi sussistente la colpa della stazione appaltante che non ha condotto, in fase di gara, le necessarie verifiche e che non ha allegato, in corso di causa, alcun errore scusabile tale da giustificare la propria condotta (sull'illegittimità dell'aggiudicazione quale fondamento di una presunzione semplice di colpa v. Cons. St., sez. VI, n. 213/2008; Tar Lazio, Roma, sez. III ter, n. 7279/2008). Tanto più nel caso di specie, in cui l'attività di verifica omessa dalla stazione appaltante presentava margini di discrezionalità piuttosto ridotti, dovendosi fare colletta applicazione di riferimenti normativi ed orientamenti giurisprudenziali sufficientemente certi e conosciuti. Al riguardo, il Collegio reputa che la previsione del bando chiaramente correlasse l'esclusione alle sole modalità di presentazione delle offerte e non alla mancata dichiarazione attestante il possesso dei requisiti morali, tecnici e finanziari e neppure alla mancata presentazione della documentazione pertinente la attrezzatura, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico. La tutela della paritarietà delle condizioni dei concorrenti imponeva all'amministrazione di conformarsi alle prescrizioni di auto limite fissate all'atto della *lex specialis* mediante una rigorosa applicazione delle stesse, con applicazione

laddove la sentenza di primo grado sia stata successivamente riformata dal Consiglio di Stato, che abbia riconosciuto la legittimità della iniziale aggiudicazione; invero, l'esecuzione della misura cautelare (e della successiva sentenza non sospesa in appello) esclude la sussistenza della colpa dell'amministrazione e quindi la risarcibilità del danno (T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 12 giugno 2009, n. 571). In tal caso, tuttavia, la soluzione si giustificava per la presenza di un provvedimento giurisdizionale cautelare assistito da un obbligo legale di esecuzione tant'è che l'eventuale condotta omissiva avrebbe potuto anche comportare l'insorgenza della cd. responsabilità amministrativa. Nulla di tutto questo, nel caso di specie, in cui non vi era un atto del giudice la cui esecuzione si configurasse come doverosa.

Ai fini del rigetto della eccezione è dirimente osservare che entrambi i profili della imputazione soggettiva (misura oggettiva e soggettiva) vanno riferiti, nel caso di responsabilità provvedimentale, all'attività funzionale da cui trova scaturigine la lesione che incide sull'interesse legittimo (ovvero il danno in senso giuridico che determina la reazione dell'ordinamento), anche nei casi in cui il danno materiale che colpisce il bene della vita da riparare si ricolleggi al distinto processo eziologico conseguente alla attività esecutiva dell'atto anche perché quest'ultima, in presenza di provvedimento ancora efficace, è sempre doverosa per il funzionario.

L'elemento soggettivo della colpevolezza va individuato, nella specie, con riferimento non già ad attività successive al comportamento illegittimo per il quale è chiesto il risarcimento, ma all'inosservanza delle regole che presiedevano lo svolgimento della gara in questione a cui l'amministrazione si era autovincolata, di per sé costituente condotta colposa inescusabile, dalla quale è derivata l'aggiudicazione in favore della concorrente anziché della ricorrente. D'altro canto, l'esito della fase cautelare in appello scaturisce da una sommaria delibazione allo stato delle produzioni, deduzioni e contrapposte difese scritte ed orali, che non vincola certamente il giudice nella successiva fase di trattazione del merito: ciò

4.2. Per quanto attiene al risarcimento del lucro cessante, il Collegio fa proprie le persuasive considerazioni svolte di recente da Cons. St. , sez. V, n. 5098/2008. In tale pronuncia il Supremo Consesso, pur dando atto dell'esistenza di un orientamento prevalente secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di pronuncia che riconosca la lesione di interessi legittimi pretensivi c.d. "a risultato garantito", sarebbe possibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo posto a base d'asta (in ciò facendo applicazione dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F), ha ritenuto di discostarsene in considerazione del fatto che simile criterio conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale. Si è osservato come, in tal modo, il ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché in tale evenienza presumibilmente otterrebbe di meno; e come del pari inappaganti siano i correttivi adottati da parte della giurisprudenza, nel senso di ridurre gradatamente l'utile conseguibile dall'impresa, nella misura forfettaria del 10%, ove la stessa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.

Da qui l'opzione, condivisa anche da questo Collegio, in favore dell'orientamento minoritario che esige invece la prova rigorosa a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, desumibile in via principale dall'esibizione dell'offerta economica presentata in sede di gara (v. già in precedenza, Cons. St., sez. V, n. 1563/2005; sez. IV, n. 478/2003).

Reputa, in definitiva, il Collegio che debba assumersi quale parametro, anziché il ricordato criterio del 10%, la percentuale di utile reale dichiarata dalla ricorrente in

5.2. Il riconoscimento degli interessi, invece, rappresenta una modalità di liquidazione del possibile danno ulteriore da lucro cessante, cui è consentito fare ricorso solo nei casi in cui la rivalutazione monetaria dell'importo liquidato in relazione all'epoca dell'illecito, ovvero la liquidazione in valori monetari attuali, non valgano a reintegrare pienamente il creditore. Pertanto, il mero ritardo nella percezione dell'equivalente monetario non dà automaticamente diritto alla corresponsione degli interessi, occorrendo a tal fine l'allegazione e la prova del danno ulteriore subito dal creditore, che si realizza solo se ed in quanto la somma rivalutata (o liquidata in moneta attuale) risulti inferiore a quella di cui il danneggiato avrebbe disposto, alla data della sentenza, se il pagamento della somma originariamente dovuta fosse stato tempestivo (ovvero all'epoca del pregiudizio). L'accertamento di tale danno, secondo la giurisprudenza, può aver luogo anche in base a criteri presuntivi ed equitativi collegati al rapporto tra remuneratività media del denaro e tasso di svalutazione nel periodo in considerazione (criteri quale l'attribuzione degli interessi ad un tasso stabilito valutando tutte le circostanze obiettive e soggettive del caso), essendo ovvio che in tutti i casi in cui il primo sia inferiore al secondo, un danno da ritardo non sarà normalmente configurabile (Cass., sez. III, 28 luglio 2005 n. 15823; Cass., sez. III, 26 febbraio 2004 n. 3871; Cass., sez. III, 18 marzo 2003 n. 3994, secondo cui l'onere di provare che la somma rivalutata, ovvero liquidata in moneta attuale, sia inferiore a quella di cui il creditore avrebbe disposto alla data della sentenza se il pagamento della somma originariamente dovuta fosse stato tempestivo, è posto a carico del creditore stesso, che può adempiervi anche a mezzo di presunzioni). Qualora la prova del danno maggiore venga riconosciuta dal giudice, gli interessi non possono essere calcolati (dalla data dell'illecito) sulla somma liquidata per il capitale, definitivamente rivalutata, mentre è possibile determinarli con riferimento ai singoli momenti (da stabilirsi in concreto, secondo le circostanze del caso) con

al Comune di Busto Arsizio, in accoglimento della domanda risarcitoria, di proporre alla MILESI S.p.A. il pagamento in suo favore di una somma a titolo di risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, da determinarsi secondo i criteri e con le modalità esposte in precedenza.

Tale proposta dovrà essere formulata dalla parte resistente entro il termine di giorni sessanta (60) dalla comunicazione in via amministrativa, o dalla notificazione ad istanza di parte, se antecedente, della presente sentenza e, in caso di accettazione, il pagamento dovrà avvenire entro i successivi giorni sessanta (60).

6.1. Se le parti non dovessero giungere ad un accordo, si provvederà in sede di ottemperanza, ai sensi dell'articolo 27, primo comma, n. 4, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, alla determinazione della somma dovuta

7. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate nella misura fissata in dispositivo. Resta, inoltre, salvo l'onere di cui all'art. 13 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, nel testo integrato dal comma 6 bis dell'art. 21 d.l. 223 del 2006, come modificato dalla legge di conversione n. 248 del 2006, a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. III, definitivamente pronunciando sul ricorso, così provvede:

ACCOGLIE il ricorso principale ai sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, ORDINA al Comune di Busto Arsizio di proporre a parte ricorrente il pagamento di una somma a titolo di risarcimento danni, nei termini e nei modi stabiliti in motivazione, ai sensi dell'art. 35 comma 2 d.lgs. 80/1998 come novellato dalla l. 205/2000;

CONDANNA il Comune di Busto Arsizio a rifondere a parte ricorrente le spese e gli onorari di causa liquidati in un importo complessivo pari ad euro 2.000,00 oltre IVA e CPA come per legge.