

**APPALTI: Risarcimento danni - Mancata aggiudicazione appalto di servizi - Nel caso di sospensione, nella sola sede cautelare, degli effetti dell'aggiudicazione - Omessa ottemperanza della P.A. alla successiva sentenza di merito che ha ritenuto legittima l'aggiudicazione originaria - Illegittimo svolgimento per due anni del servizio da parte della ditta seconda classificata - Domanda - Può essere accolta.**

**Tar Sicilia - Catania, Sez. III, 21 ottobre 2021, n. 3137**

Può essere accolta la domanda di risarcimento del danno, avanzata da una ditta nei confronti della P.A. appaltante, derivante dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui, nonostante che l'aggiudicazione originaria sia stata dichiarata dapprima illegittima in sede cautelare – con sospensione dei relativi effetti – e, successivamente, legittima in sede di merito, anche in appello, l'Amministrazione sia rimasta inerte e abbia omesso di dare ottemperanza alla sentenza di merito per circa due anni, consentendo illegittimamente, per il medesimo arco temporale, lo svolgimento del servizio (nella specie, si trattava del servizio di igiene urbana), alla ditta seconda classificata, il cui contratto di appalto è stato caducato dalla suddetta sentenza di merito; in tal caso, infatti, sussiste il nesso di causalità tra gli atti illegittimi adottati dalla P.A. e il danno che la società istante ha lamentato di aver subito per loro causa, consistente nel mancato utile di impresa effettivo mensile e nel danno curriculare.

FATTO

Il Comune di Giarre ha indetto nel 2015 la procedura di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana, per la durata di anni 7, con importo a base d'asta di € 23.025.884,35 oltre iva.

La I.G.M. Rifiuti industriali s.r.l. (all'epoca in ATI con la Senesi Spa) presentava la migliore offerta e veniva dichiarata aggiudicataria in data 4.5.2016. Seguiva un ricorso della seconda classificata Dusty, che affermava che l'ATI IGM avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura (per ragioni che è ormai irrilevante andare ad analizzare, fondate su una presunta incompletezza dell'offerta economica). La Dusty formulava anche istanza cautelare di sospensione degli effetti dell'aggiudicazione, che veniva respinta dal TAR con l'Ordinanza n° 480 del 23.6.2016.

La Dusty però – senza che frattanto fosse stato stipulato, così come pure possibile, alcun contratto fra il Comune di Giarre e la I.G.M. Rifiuti industriali s.r.l. - appellava tale ordinanza del TAR. Il CGA accoglieva l'appello cautelare e sospendeva gli effetti dell'aggiudicazione in favore dell'ATI IGM, giusta ordinanza n° 474 dell'8.7.2016. Il Comune a questo punto trasmetteva gli atti all'UREGA, che disponeva l'esclusione dell'ATI IGM e dichiarava aggiudicataria dell'appalto la Dusty. Il Comune con provvedimento dirigenziale numero 334 del 18 agosto 2016 approvava gli atti della gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore della Dusty.

L'ATI IGM impugnava con motivi aggiunti tali determinazioni. Il Comune di Giarre procedeva a questo punto nelle more a stipulare in data 27.12.2016 il contratto di appalto del servizio di igiene urbana con la Dusty. Giunta la causa in decisione, il TAR Catania con la sentenza n° 1985 del 31.7.2017: a) respingeva il ricorso principale di Dusty, confermando quindi la legittimità dell'aggiudicazione dell'appalto all'ATI IGM; b) accoglieva il ricorso per motivi aggiunti di IGM, confermando ulteriormente l'illegittimità della successiva esclusione di IGM e dell'aggiudicazione dell'appalto alla Dusty.

Dusty appellava la sentenza chiedendone la sospensione, approfittando del fatto che stava svolgendo il servizio in virtù del contratto stipulato in data 27.12.2016. Il CGA accoglieva la sospensiva con ordinanza del 24.10.2017. Giunta la causa in decisione, il CGA con la sentenza n° 97 del 19.2.2018 respingeva l'appello di Dusty, confermava la piena legittimità dell'aggiudicazione dell'appalto ad IGM ed annullava espressamente sia l'aggiudicazione disposta in favore di Dusty che il contratto che era stato stipulato.

Ancorchè tale sentenza del CGA avesse quindi chiaramente specificato che: *“da tale esito discende la reviviscenza dell'aggiudicazione definitiva che la Stazione appaltante aveva inizialmente accordato all'ATI. Invece, l'aggiudicazione conferita in seguito alla DUSTY, in quanto disposta in esecuzione dell'ordinanza cautelare di questo Consiglio n. 474/2016, deve intendersi automaticamente caducata, unitamente al susseguente contratto di appalto.... All'ATI vittoriosa compete, pertanto, il subentro nel relativo affidamento”*, il Comune di Giarre ha ommesso di dare ottemperanza a tale sentenza per ben due anni, tant'è che il contratto con IGM è stato stipulato solamente in data 21.2.2020, con avvio del servizio in data 1.3.2020 (malgrado, in verità, il Comune fosse stato pronto a dare avvio al servizio sin dall'1.2.2020, termine poi slittato di un mese per consentire ad IGM di organizzare al meglio il subentro nel servizio).

Per tutto questo tempo, nonostante il contratto Dusty/comune di Giarre fosse stato espressamente “caducato” dalla sentenza del CGA, il Comune ha mantenuto in vita (in via di fatto) l'affidamento del servizio alla Dusty. L'IGM da parte sua ha dapprima atteso bonariamente che il Comune desse doverosamente spontaneamente esecuzione alla sentenza del CGA, poi quindi sempre bonariamente ha trasmesso copia della suddetta sentenza in data 24.7.2018 all'Avv. Giuseppe Panebianco – all'epoca dirigente dell'Ufficio legale del Comune di Giarre e difensore del Comune nel giudizio di primo grado -, contattato più volte in precedenza telefonicamente per sollecitare l'ottemperanza alla sentenza medesima.

Per effetto di tale ritardo, il Comune ha poi ritenuto di poter stipulare il contratto di appalto solo per il periodo residuo, ossia per anni 3 e 10 mesi, anziché per i 7 anni previsti nel bando di gara. IGM

da parte sua ha sempre rappresentato al Comune che si sarebbe accontentata preferibilmente di un risarcimento in forma specifica, ossia con estensione della durata dell'appalto, onde evitare qualunque danno erariale.

Ciò non di meno, malgrado alcune interlocuzioni intercorse con l'ente locale appresso menzionato avessero fatto pensare che alla soluzione del risarcimento in forma specifica si fosse potuti giungere, il Comune di Giarre ha invece preteso che la stipula dell'affidamento avesse durata di anni 3 e 10 mesi con contratto del 21.2.2020. In occasione della stipula di quello è stata quindi formulata specifica riserva risarcitoria che è stata contestualmente sciolta allegando in uno al predetto contratto lo scioglimento della riserva risarcitoria, contenente la seguente dichiarazione dell'impresa: *“con la presente nota l'Impresa scioglie la riserva inserita in contratto precisando che la stessa prende atto della volontà dell'amministrazione di consentire l'affidamento limitatamente alla durata di 46 mesi e quindi sottoscrive il contratto con riserva di ogni richiesta risarcitoria in ordine alla minore durata contrattuale prevista rispetto ai 7 anni di cui agli atti di gara, in relazione ai danni conseguenti al mancato ammortamento dei mezzi e delle attrezzature, al mancato utile d'impresa ed al danno curriculare subito per la mancata realizzazione dell'intera cifra d'affari, oltre rivalutazione monetaria ed interessi. Si dà atto che l'Amministrazione era pronta ad affidare il servizio a far data dal 1.2.2020 e pertanto il mese aggiuntivo richiesto da IGM per esigenze organizzative per dare concreto avvio al servizio dal 1.3.2020 non verrà in alcun modo computato nel ritardo quale fonte dell'azione risarcitoria. La presente nota viene allegata al contratto d'appalto”*.

Il comportamento del Comune di Giarre determinava quindi la necessità, per la I.G.M. Rifiuti Industriali s.r.l., di promuovere, con ricorso notificato il 16/06/2020, un'azione risarcitoria per “equivalente” per tutto il periodo conseguente al periodo mancante, rispetto ai 7 anni di prevista durata dell'affidamento.

Si costituiva in giudizio il Comune di Giarre.

In data 20/10/2021 si teneva l'udienza pubblica per il ricorso in epigrafe, che veniva trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente il Collegio deve pronunciarsi sulla richiesta di rinvio dell'udienza del 20/10/2021 formulata da entrambe le parti in lite con atti dell'11/10/2021 e del 14/10/2021.

In base alla novellazione cui è andato soggetto l'art. 73 del c.p.a. ad opera dell'articolo 17, comma 7, lettera a) punto 2) del D.L. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2021, n. 113, l'attuale suo comma 1 bis prevede che *“non è possibile disporre, d'ufficio o su*

*istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza, ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio”.*

Nel caso di specie, se da un lato potrebbe ipotizzarsi la riconducibilità del presente ad uno dei “casi eccezionali” in cui il rinvio è possibile in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata ex comma 01 dell’art. 97 Cost. - alla cui stregua *“le pubbliche amministrazioni ... assicurano l’equilibrio dei bilanci”* -, onde pervenire ad una soluzione che eviti al Comune intimato di remunerare per lo stesso servizio e per il medesimo intervallo temporale due diversi operatori economici, uno a titolo di corrispettivo contrattuale e l’altro a titolo del risarcimento del danno, dall’altro a ciò osta la circostanza che già precedenti richieste di rinvio ( del 08/31/2021 e del 01/10/2021) hanno comprovato la difficoltà di poter concretamente pervenire ad una composizione della lite intercorsa fra le parti. Posto allora che i nuovi limiti al potere di rinvio del G.A. attuano i principi costituzionali di ragionevole durata del processo ex art. 111, secondo comma Cost., essi non possono essere forzati da iniziative processuali delle parti che il Collegio non può non considerare allo stato come scarsamente idonee a risolvere in tempi brevi la presente controversia, e dunque non suscettibili di accoglimento in base alla normativa vigente.

Passando ora allo scrutinio del proposto gravame, ritiene il Collegio che la immediata esecutività della sentenza n. 97/2021 del CGA, in assenza di una sua documentata sospensione ai termini dell’art. 111 c.p.a. a seguito di un proposto ricorso per Cassazione avverso la stessa per ragioni di giurisdizione, non può riferirsi tout-court al pure ivi menzionato diritto della società ricorrente a subentrare nel contratto stipulato dal Comune di Giarre con la Dusty. Infatti, in base al principio secondo cui *“nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto”*[*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. 20 luglio 2015, n. 8], la lettera f) dell’art. 88 c.p.a. – alla cui stregua con la propria sentenza il G.A. aveva dato *“l’ordine che la decisione (fosse) eseguita dall’autorità amministrativa”* - poteva soltanto attivare preliminarmente l’obbligo di verifica del perdurante possesso da parte della I.G.M. Rifiuti Industriali s.r.l. dei requisiti in base ai quali essa era divenuta aggiudicataria in forza della determina del 4.5.2016. Poiché però agli atti non vi è prova di quando il Comune intimato abbia avuto conoscenza del deposito in segreteria della sentenza n. 97/2021 del CGA, la verifica del possesso dei sopra indicati requisiti – da effettuarsi, in assenza di previsioni più specifiche, entro il termine massimo di trenta giorni per la conclusione di procedimenti

amministrativi ex art. 2 L. n. 241/1990 e art. 2 (della allora) L.R. n. 10 1991 (oggi sostituita dalla L.R. n. 7/2019) – è iniziato a decorrere soltanto dalla data di comunicazione di tale sentenza al comune intimato ad opera del patrocinatore di parte ricorrente in data 24/07/2018. Da ciò consegue che il ritardo nella stipulazione del contratto con la I.G.M. Rifiuti Industriali s.r.l. imputabile al Comune di Giarre risulta pari alla somma dei seguenti periodi:

- a) periodo di illegittimo svolgimento del servizio da parte della Dusty dal 27/12/2016 al 19/02/2018;
- b) periodo di illegittimo ritardo nella sostituzione della I.G.M. Rifiuti Industriali s.r.l. alla Dusty nella esecuzione del servizio oggetto del contratto prima concluso dal Comune di Giarre con la Dusty dal 23/08/2018 al 21/02/2020.

Il danno che la I.G.M. Rifiuti Industriali afferma di aver subito deve dunque essere comunque rapportato ad un periodo di 2 anni, 8 mesi e 6 giorni, piuttosto che al periodo di 3 anni e 2 mesi indicato nella domanda attorea.

Per quanto invece attiene alla sussistenza del danno di cui la società ricorrente chiede il risarcimento, essa correttamente ritiene inutile ogni indagine circa una eventuale colpa dell'Amministrazione intimata. Nell'ambito dei pubblici appalti infatti non occorre alcun indagine circa tale profilo soggettivo per accertare la responsabilità della P.A., come da autorevole precedente della Corte Europea di Giustizia (CGE 5 marzo 1996, Cause riunite C-46/93 e C-48/93), confermato dalla prevalente giurisprudenza nazionale (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 14 maggio 2018, n. 2853; Consiglio di Stato, V, 8 novembre 2012, n. 5686).

Rimane pertanto unicamente da verificare se, incontrovertibilmente accertata l'illegittimità della successiva esclusione di IGM e dell'aggiudicazione dell'appalto alla Dusty con sentenza n. 97/2021 del CGA passata in cosa giudicata, sussista il nesso di causalità rispetto al danno che la I.G.M. Rifiuti Industriale s.r.l. ritiene di aver subito per non aver potuto svolgere presso il Comune di Giarre il servizio di igiene urbana per il cui affidamento quest'ultimo ha indetto apposita procedura di evidenza pubblica nell'anno 2015.

Fermo restando che, per le ragioni in precedenza esposte, il danno da risarcire non può correlarsi, così come da domanda attorea, al periodo di 3 anni e 2 mesi, ma a quello più ridotto di 2 anni, 8 mesi e 6 giorni, è evidente come la possibilità di realizzare un proprio utile d'impresa sia stato precluso alla società attuale ricorrente esclusivamente dal fatto antigiusdicativo della prima – ed illegittima – conclusione con Dusty del contratto, poi concluso dal Comune di Giarre con la prima soltanto a far data dal 21/02/2020 e per la durata di 46 mesi.

Sussistendo quindi il nesso di causalità fra gli atti illegittimi adottati dall'Amministrazione intimata ed il danno che la società attuale ricorrente ha lamentato di aver subito per loro causa, al Collegio non rimane che affrontare il profilo relativo alla quantificazione del predetto danno.

A tal riguardo, circa la sua consistenza la società attuale ricorrente espone in ricorso i seguenti dati:

*“a) Utile d’impresa effettivo mensile = EU 2.208.701,28/84 mesi = EU 26.294,06*

*b) Danno curriculare medio (5%) = 167.468,19 annuo = EU 13.955,68 mensili*

*c) Danno da mancato ammortamento mezzi ed attrezzature = EU 2.620.000,004, da cui il danno mensile /84 è pari ad EU 31.190,47.2”*; con la ulteriore precisazione, quanto al danno da mancato ammortamento mezzi ed attrezzature, che esso costituisce *“valore estrapolato dai mezzi indicati nell’offerta tecnica col valore di acquisto di ogni mezzo”*.

Ritiene in proposito il Collegio che la società ricorrente, nel determinare la misura del danno da utile d’impresa perduto, si sia correttamente uniformata al prevalente e condiviso orientamento giurisprudenziale, secondo il quale *“il danno da mancata aggiudicazione deve essere "provato" (art. 124, comma 1, c.p.a.). L'oggetto di questa prova, appunto, deve avere riguardo al margine di utile effettivo, quale ricostruibile dall'esame della documentazione prodotta in gara”(ex plurimis, Cons. Stato, sez. III, 5/3/2020, n. 1607)*. Nel caso di specie, infatti, essa ha correttamente stimato il danno subito in relazione all’utile di impresa indicato nella propria offerta, al ribasso proposto all’interno di quella ed al periodo di durata teorica del contratto.

Per quanto invece riguarda il danno da mancato ammortamento mezzi ed attrezzature, il Collegio rileva come allo stesso risulti precluso, per fatto imputabile unicamente alla società ricorrente, la possibilità di verificare se il relativo sia stato effettivamente e correttamente *“estrapolato dai mezzi indicati nell’offerta tecnica”*. Infatti essa si è limitata a produrre in giudizio unicamente la propria offerta economica, del tutto irrilevante quanto alla possibilità di effettuazione di una tale verifica. Dato allora che *“l’azione risarcitoria proposta davanti al giudice amministrativo, sul piano probatorio, è comunque soggetta non già alla regola del principio dispositivo con metodo acquisitivo, bensì al principio dell’onere della prova ex artt. 2697 cod. civ. e 115 cod. proc. civ. In altre parole, è onere del danneggiato provare il danno subito e che questo sia causalmente riconducibile all’atto illegittimo” (ex plurimis, T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, Sent. 26 agosto 2021, n. 5626; T.A.R. Puglia - Lecce, sez. I, sent. 29 ottobre 2020, n. 1182)”*, e che l’offerta tecnica, in quanto redatta dalla stessa società attuale ricorrente e nella sua propria disponibilità (a meno di plateali ed inescusabili ipotesi di mancata custodia della stessa ...), non rappresenta certamente un documento alla cui mancata produzione possa supplire il Collegio a mezzo di propri provvedimenti

istruttori, il Collegio non può che escludere – appunto per difetto di prova – dalle voci di danno risarcibili quella del danno da mancato ammortamento di mezzi ed attrezzature.

In conclusione la misura del danno teoricamente risarcibile si correla, per un periodo pari 2 anni, 8 mesi e 6 giorni, esclusivamente alla misura dell'utile d'impresa effettivo mensile e del danno curriculare medio, per un importo globale finale teorico pari a 889.002,16 euro.

Per passare, tuttavia, alla misura del danno concretamente risarcibile, occorre altresì effettuare un ulteriore passaggio. Come da giurisprudenza prevalente e dal Collegio condivisa, *“in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum”*(*ex plurimis* e da ultimo, Cons. giust. amm. Sicilia, Sent. 24 giugno 2021, n. 608). In quel caso, *“non essendo stata offerta da parte dell'appellante la prova di non aver utilizzato (o potuto altrimenti utilizzare) maestranze e mezzi poiché tenuti a disposizione in vista della commessa”*, il Giudice Amministrativo Siciliano di seconda ed ultima istanza ha ritenuto di dover operare un abbattimento del 25% della somma riconosciuta a titolo di lucro cessante. Il Collegio però, tenuto conto della natura del servizio il cui svolgimento è stato affidato prima alla Dusty, e poi alla I.G.M. Rifiuti Industriali, ritiene che si possa e si debba andar oltre la misura del 25% nell'abbattimento dell'utile teorico a titolo di lucro cessante. Il servizio di igiene urbana rientra infatti nel campo di una attività non meramente possibile ed episodica degli enti locali, ma al contrario indefettibile – ed in Sicilia in via esclusiva, dopo la soppressione ivi delle Autorità D'Ambito ad opera della L.R. 2/2013 – ex art. 198 del D. Lgs. n. 152/2006. Così come del resto abbondantemente testimonia il contenzioso che ha impegnato gli organi della Giustizia Amministrativa (anche in Sicilia) a fronte delle numerose ipotesi di prosecuzione del servizio prima affidato *ex contractu* ad opera delle ordinanze sindacali contingibili e urgenti di cui all'art. 54, quarto comma, del D. Lgs. n. 267/2000. A fronte di un fabbisogno così elevato di operatori specializzati nell'ambito dei servizi di igiene urbana, il Collegio ritiene che le probabilità *“di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa”* da parte della società ricorrente debbano essere stimate in misura assai inferiore a quella che ha condotto ad un abbattimento dell'utile teorico ritraibile da lucro cessante del 25%, arrivandosi pertanto, in conseguenza di una maggiore probabilità di impiego delle risorse della società ricorrente nello svolgimento di una proficua attività

imprenditoriale, ad un abbattimento dell'utile teorico ritraibile da lucro cessante nella misura del 50%.

In base a quanto prima esposto, la formula finale impiegata dal Collegio per giungere alla stima del danno che deve essere risarcita dal Comune di Giarre alla società ricorrente è la seguente:

Utile d'impresa effettivo mensile (pari a 26.294,06) calcolato sul periodo di 2 anni, 8 mesi e 6 giorni ed abbattuto al 50% + danno curricolare (pari al 5% dell'utile d'impresa effettivo complessivo per il periodo di 2 anni, 8 mesi e 6 giorni) = 423.334,36 + 42.333,43 = 465.667,79 euro.

Il Collegio, conclusivamente pronunciando, condanna il Comune di Giarre a corrispondere, a titolo di risarcimento del danno subito, la somma di 465.667,79 euro - oltre ad interessi legali sulla stessa maturati dalla data di proposizione della domanda sino all'effettivo soddisfo - alla società ricorrente.

Sulla refusione delle spese di lite fra le parti il Collegio provvede come da soccombenza, con rinvio al dispositivo per la loro liquidazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) accoglie il ricorso in epigrafe, e per gli effetti condanna il Comune di Giarre a corrispondere alla società ricorrente, a titolo di risarcimento del danno subito, la somma di 465.667,79 euro - oltre ad interessi legali sulla stessa maturati dalla data di proposizione della domanda sino all'effettivo soddisfo – entro il termine di giorni 90 dalla data di pubblicazione della presente sentenza.

Condanna il Comune intimato alla refusione delle spese di lite nei confronti della società ricorrente, che liquida nell'importo di (4.475,00 (quattromilaquattrocentosettantacinque/00) euro, più accessori così come per legge.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Gustavo Giovanni Rosario Cumin**

**IL PRESIDENTE**

**Daniele Burzichelli**

IL SEGRETARIO  
FATTO