

APPALTI: Risarcimento del danno da mancata aggiudicazione di una gara - Domanda - In caso di esclusione disposta dalla P.A. definitivamente annullata in s.g. in quanto illegittima - Può essere accolta.

Tar Lazio - Roma, Sez. III, 5 gennaio 2022, n. 67

“[...] in materia di aggiudicazione delle pubbliche gare, si prescinde dalla colpa dell'amministrazione, dovendosi configurare una responsabilità di tipo oggettivo, in quanto “il rimedio risarcitorio contemplato dalla direttiva 89/665/CEE può effettivamente rivelarsi un efficace mezzo di ristoro 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” [...].

In altri termini, non è, dunque, necessario provare la colpa della pubblica amministrazione poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività previsto dalla normativa comunitaria, per la quale ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non già l'elemento della colpevolezza [...].

La responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata -secondo le previsioni contenute nelle direttive europee – a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio [...]”.

FATTO e DIRITTO

La società Inter Studio Viaggi s.p.a. ha chiesto il risarcimento dei danni derivante dall'illegittima esclusione da una procedura indetta nel corso del 2008 dall'Istituto nazionale di previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione pubblica (ex Inpdap oggi INPS) per l'affidamento dell'appalto di servizi di organizzazione di viaggi relativi ai soggiorni in Italia (lotto A) e soggiorni di studio all'estero (lotto B) da erogare in favore dei figli e degli orfani degli iscritti all'istituto per le stagioni 2009 – 2010.

Questo Tribunale aveva in un primo tempo affermato la legittimità di tale esclusione; successivamente, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1116 del 2010, ritenendo che le dichiarazioni presentate dalla ricorrente contenessero tutte le specificazioni richieste dal bando, ha riformato la sentenza di primo grado, dichiarando l'annullamento del provvedimento di esclusione e la conseguente riammissione in gara della ricorrente per l'anno 2010.

A seguito del riconoscimento dell'illegittima esclusione, parte ricorrente, allegando una perizia di parte, ha chiesto un risarcimento danni per il biennio 2009 – 2010 quantificato per euro 2.982.2773.

L'amministrazione intimata contestando le domande risarcitorie di parte ricorrente, ha prospettato un risarcimento danni di euro 451.920,98 afferente esclusivamente l'anno 2009, dal momento in cui nel 2010 la Inter Studio Viaggio s.p.a. con la rimessione in gara, ha ottenuto una reintegrazione in forma specifica.

All'esito dell'udienza di smaltimento del 21 maggio 2021 il Tribunale, con ordinanza n. 894 del 2021, ha disposto l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, chiedendo all'esperto di quantificare il danno subito dalla società Inter Studio Viaggi s.p.a., a seguito dall'esclusione dalla gara d'appalto per il bando Inpdap per pacchetti di vacanza studio in Italia e all'estero al biennio 2009-2010, detratto l'eventuale aliunde perceptum ai sensi dell'art. 1227 comma 2 c.c.

La bozza di relazione peritale è stata trasmessa alle parti le quali facevano prevenire le proprie controdeduzioni a cui seguiva il deposito, in data 15 novembre 2021, della relazione peritale definitiva con cui il CTU ha formulato varie soluzioni distinte tra il biennio 2009 – 2010: per il 2009 la variabile delle valutazioni è determinata dalla sussistenza o meno di un limite massimo per la marginalità; mentre per il 2010, nella quantificazione del danno si prospetta preliminarmente all'organo giudicante di stabilire se il rinnovo della gara per l'anno 2010 abbia determinato una reintegrazione in forma specifica con totale soddisfazione dell'interesse di parte ricorrente, da non avere alcuna pretesa di risarcimento di danni per l'anno in questione.

All'udienza pubblica del 26 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

Preliminarmente va chiarito come non sia più possibile, in questa sede, discutere della legittimità dell'esclusione dalla gara da parte dell'Ente resistente; il Consiglio di Stato, con la sua decisione definitiva n. 1116 del 26 febbraio 2010, ha statuito definitivamente la piena correttezza dell'operato di Inter-Studioviaggi S.p.A. in occasione della partecipazione alla gara di cui si discute, la congruità dei documenti da questa depositati ai fini dell'aggiudicazione, nonché l'avvenuta dimostrazione del possesso di tutti i requisiti di partecipazione previsti dal bando; conseguentemente ha annullato, sia il provvedimento del 5 febbraio 2009, relativo al lotto a), che quello successivo dell'11 febbraio 2009, relativo al lotto b).

Pertanto vanno disattese le censure dell'amministrazione resistente volte a denunciare un concorso di colpa di Inter-Studioviaggi S.p.A. sulla propria esclusione dalla gara.

Quanto alla sussistenza nel caso di specie dell'elemento soggettivo, il Collegio ritiene di dovere dare seguito all'orientamento della giurisprudenza comunitaria – costantemente ribadito dal giudice nazionale – secondo cui, in materia di aggiudicazione delle pubbliche gare, si prescinde dalla colpa dell'amministrazione, dovendosi configurare una responsabilità di tipo oggettivo, in quanto “il rimedio risarcitorio contemplato dalla direttiva 89/665/CEE può effettivamente rivelarsi un efficace

mezzo di ristoro 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" (in tal senso, Consiglio di Stato, sezione V, n. 966/2013, che richiama Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sezione III, 30 settembre 2010, C314/09).

In altri termini, non è, dunque, necessario provare la colpa della pubblica amministrazione poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività previsto dalla normativa comunitaria, per la quale ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non già l'elemento della colpevolezza (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, sezione V, n. 1257/2019, in cui si afferma che "Nelle gare di appalto pubbliche è da escludere che il risarcimento dei danni sia subordinato al riconoscimento di una colpa, comprovata o presunta, nell'emanazione di atti illegittimi da parte della stazione appaltante, ovvero al difetto di alcuna causa di esonero di responsabilità").

La responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata -secondo le previsioni contenute nelle direttive europee - a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (Consiglio di Stato sez. V, 01/02/2021, n.912).

Resta, infine, al Collegio il compito di esaminare la determinazione del quantum di risarcimento spettante alla ricorrente

Fondamentalmente il danno è stato correttamente stimato dal CTU seguendo tali variabili:

1. I pacchetti viaggio non venduti a seguito dell'esclusione dalla gara INPDAD, per l'anno 2009 e in parte il 2010, salva la successiva riammissione a seguito della sentenza del Consiglio di Stato in data 26.01.2010. Per ottenere tali valori deve essere stimata la probabilità di aggiudicazione dei lotti di pacchetti viaggio e successivamente stimato il numero di pacchetti viaggio effettivamente vendibili ed erogabili (solo i pacchetti eseguiti e fatturati e, di conseguenza, il rischio della differenza tra assegnati e fatturati resta interamente a carico del tour operator).
2. I costi variabili (unitari e totali) ovvero direttamente connessi alla vendita dei pacchetti di viaggio.
3. La quota costi indiretti o di struttura (unitari e totali) imputabili ai pacchetti vendibili.
4. Il margine di profitto unitario e totale pacchetti persi.

Nella gara in esame il bando di gara l'assegnazione massima di n. 11.200 di pacchetti turistici (biennio 2009/2010), così suddivisi:

- Lotto A pacchetti turistici Italia 200 per anno;

- Lotto B pacchetti turistici estero 5.400 per anno;

Il danno complessivo, deve essere determinato in misura del prodotto tra i pacchetti persi (considerando la stimata probabilità di vendita) e la marginalità di ogni singolo pacchetto.

Nello specifico per calcolare il numero effettivo di pacchetti persi nel biennio di riferimento il CTU ha tenuto conto dei:

- a) Pacchetti massimi assegnabili.
- b) Pacchetti aggiudicati.
- c) Partenze effettive.

Premesso che il giudice non è tenuto ad esplicitare le ragioni del proprio convincimento, quando questo risulti aderente alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, potendo dunque limitarsi ad un mero richiamo di esse, con riferimento all'anno 2010 il Collegio ritiene di doversi discostare dalle risultanze della CTU.

Per l'anno 2010 la domanda di risarcimento del danno va infatti respinta.

A seguito della sentenza n. 1116 del Consiglio di Stato (27.1.2010) l'Istituto ha provveduto alla ricostituzione della commissione di gara, che si era sciolta alla fine delle operazioni precedenti. Nominata ed insediata il 15 febbraio 2010, la Commissione ha riavviato e portato a conclusione il ripetuto scrutinio delle offerte per il 2010, applicando gli esiti del giudizio di annullamento alla stessa stagione 2010 laddove, invece, non si è potuta aggiudicare la stagione 2009 né sottoscrivere il relativo contratto.

La procedura si è conclusa con l'aggiudicazione della gara a Inter-Studioviaggi, che ha sottoscritto i contratti, eseguito i pacchetti turistici Lotto B ESTERO e Lotto A ITALIA come da documentazione in atti.

La rimessione in gara nel 2010, dunque, ha consentito una reintegrazione in forma specifica e pertanto alla ricorrente non compete alcun risarcimento.

Sii tratta in effetti di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che deve considerarsi integralmente satisfattiva ed esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo; va infatti escluso il risarcimento pecuniario ogni qual volta l'impresa ottenga il sostanziale risarcimento in forma specifica del bene della vita rivendicato.

D'altra parte non è sufficientemente provato che la misura dei pacchetti relativi all'anno 2010 è stata inferiore a quella che avrebbe effettivamente conseguito se avesse potuto fruire delle convenzioni con le strutture ricettive che, a causa dell'illegittima estromissione delle ricorrenti dalla gara, avevano raggiunto accordi negoziali con altri concorrenti.

Per il 2009 la quantificazione del danno deve essere direttamente rapportata all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata. Tale utile, che la prevalente giurisprudenza mutua dall'art. 345 della legge 20.3.1865, n. 2248, all. F (riprodotto dall'art. 122 del regolamento, emanato con D.P.R. 21.12.1999, n. 554 e dall'art. 37 septies, comma 1, lettera c, della legge 11.2.1994, n. 109), nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, al di là di tale enunciazione di massima deve essere invece oggetto in prima battuta di concreta determinazione, nei casi in cui sussistano diversi rapporti fra costi e ricavi, in termini documentabili.

Deve altresì osservarsi che non rileva il numero dei pacchetti aggiudicati per il 2009 ma il numero dei pacchetti eseguibili in base alla media dei pacchetti eseguiti in tale anno dai più diretti concorrenti della ricorrente.

A tal fine si deve tener conto delle partenze effettive nell'anno 2009, eseguite dalle società più importanti, dirette concorrenti di Inter Studio Viaggi, partecipanti alla gara.

Correttamente il CTU ha fatto riferimento al fatturato della ricorrente dell'anno più vicino (2010); determinato il margine operativo tenendo conto dei costi diretti e indiretti, del prezzo medio offerto per l'anno 2010 dalla ricorrente che è stato pari ad € 1.918,57.

Ciò premesso, in presenza della prova dell'esistenza di un danno ma in assenza, tuttavia, di una prova certa dell'ammontare del margine che la ricorrente avrebbe ottenuto, a causa delle numerose variabili indicate nella perizia, il Collegio ritiene equo riconoscere la marginalità nella misura massima del 10% del rapporto tra margine e costo unitario e conseguentemente riconoscere alla ricorrente la somma di € 613.691,52 che il CTU, aderendo alle osservazioni dell'INPS, prospetta come una delle soluzioni per il danno subito per l'anno 2009.

In ragione dell'accoglimento parziale della domanda (limitatamente all'anno 2009 e nei limiti precisati) le spese di giudizio possono essere compensate.

Deve essere liquidato al CTU il compenso richiesto di euro 20.000, ritenuto congruo e conforme alle tabelle ministeriali, che viene posto a carico di entrambe le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Liquida al CTU per il compenso espletato la somma di Euro 20.000,00 oltre accessori di legge che pone a carico, in solido e in parti uguali, di entrambe le parti.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Saponè, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere

Emiliano Raganella, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO