

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Da mancata aggiudicazione di una gara di appalto – Domanda – Proposta dal concorrente classificatosi al secondo posto in graduatoria – Nel caso in cui il provvedimento di aggiudicazione sia stato impugnato in s.g. e annullato in quanto illegittimo – Può essere accolta – Ragioni.

Tar Campania - Salerno, Sez. I, 11 luglio 2022, n. 1976

“[...] Nel caso di specie, è certo, alla luce della motivazione posta alla base della sentenza n. 575/2020 (che ha accolto il ricorso per i primi tre motivi, tutti diretti a conseguire l'esclusione del raggruppamento aggiudicatario), che – ove il contratto non fosse stato illegittimamente aggiudicato – l'odierna ricorrente, utilmente collocata in graduatoria al secondo posto, avrebbe avuto diritto ad aggiudicarsi il contratto, anche considerato che non è stato oggetto di contestazione (né nella precedente sede processuale, né in quella odierna) il possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione da parte della ricorrente stessa.

Accertato quindi il diritto della ricorrente ad aggiudicarsi la gara, e non potendosi addivenire al risarcimento in forma specifica, deve essere accolta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, sussistendone tutti gli elementi costitutivi ricavabili dall'art. 2043 c.c., tenuto conto che la condanna al risarcimento dei danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la relativa responsabilità 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 [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Sociale “Valle dell'Irno” Ambito S6;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2022 la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori Paolino Gaetano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto notificato il 19 ottobre 2020 e depositato in pari data, Raggio di Sole società cooperativa ONLUS ha agito per ottenere il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione dell'appalto

concernente il servizio di gestione dell'asilo nido dell'Azienda Speciale Consortile – Consorzio Sociale Valle dell'Irno – Ambito Sociale S6.

2. Espone la ricorrente di aver partecipato alla procedura di gara bandita dal Consorzio Sociale Valle dell'Irno – Ambito S6 avente ad oggetto l'affidamento – per la durata di mesi quattro – dei servizi educativi per la prima infanzia (*“Sostegno alla gestione del servizio nido d'infanzia comune di Baronissi” e “gestione n. 4 micro nidi per la prima infanzia ubicati nei Comuni di Bracigliano, Fisciano, Mercato San Severino e Siano”*) per l'anno educativo 2019/2020, risultando seconda classificata, e di aver gravato dinanzi a questo TAR l'aggiudicazione, disposta con determina dirigenziale n. 204 del 2.8.2019, in favore dell'ATI GEA Società Cooperativa Sociale – Progetto 2000 – Althea con ricorso contraddistinto con R.G. n. 1365/2020, definito a mezzo della sentenza n. 575/2020, pubblicata il 22 maggio 2020, che ha accolto le doglianze della ricorrente.

3. Tanto premesso, Raggio di Sole lamenta di aver subito, in ragione della citata aggiudicazione illegittima, un danno riferito non solo alla mancata gestione del servizio per il periodo aggiudicato (pari a quattro mesi) ma esteso anche alla successiva proroga di ulteriori due mesi, disposta con determina dirigenziale n. 14 del 30.1.2020 nelle more della conclusione del citato giudizio.

Il danno viene quantificato, anche sulla base di apposite perizie di parte, nella complessiva somma di € 107.258,85 (di cui € 58.831,47 quale utile stimato in considerazione del valore complessivo dell'appalto comprensivo della proroga, a titolo di lucro cessante; € 4.066,20 per i costi sostenuti per la preparazione della gara; € 22.180,59 a titolo di danno curriculare ed € 22.180,59 a titolo di danno non patrimoniale per lesione dell'immagine aziendale, calcolati nella misura del 5% sul valore complessivo dell'offerta economica comprensiva di proroghe) oltre rivalutazione monetaria e interessi, cumulabili trattandosi di debito di valore.

In subordine la ricorrente ha chiesto di adottare una condanna sui criteri ex art. 34 c.p.a. ovvero di disporre, ai fini della quantificazione del danno subito, una CTU.

4. Si è costituito il Consorzio Sociale “Valle dell'Irno” Ambito S6, che ha eccepito l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse (in ragione dell'omessa impugnazione del provvedimento del 9 settembre 2019, con il quale il servizio è stato affidato in via di urgenza, nonché della delibera n. 14 del 30 gennaio 2020 con la quale l'affidamento è stato ulteriormente prorogato di due mesi). Il Consorzio resistente ha in ogni caso dedotto l'infondatezza del ricorso, insistendo in via subordinata, nell'ipotesi di un eventuale accoglimento, per la condanna solidale della stazione appaltante e dell'aggiudicataria.

5. Con memoria del 5 aprile 2022 la ricorrente ha replicato alle difese del Consorzio.

6. All'udienza pubblica del 27 aprile 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Preliminarmente deve essere rigettata l'eccezione di inammissibilità del ricorso in ragione della mancata impugnazione del provvedimento del 9 settembre 2019 con il quale il servizio è stato affidato in via di urgenza, nonché della delibera n. 14 del 30 gennaio 2020 con la quale l'affidamento è stato ulteriormente prorogato di due mesi. Come correttamente rilevato dalla ricorrente, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010 – il cui art. 30, comma 3, prevede che l'azione di condanna al risarcimento del danno sia proponibile in via autonoma – è stata definitivamente superata la regola della cosiddetta pregiudiziale amministrativa, cosicché la mancata impugnazione di un atto lesivo non incide sulla procedibilità dell'azione risarcitoria, ferma restando la necessità di tener conto dell'eventuale omessa attivazione degli strumenti di tutela in sede di liquidazione del danno (cfr. l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 3/2011).

8. Passando all'esame del merito, si osserva preliminarmente che:

- il servizio oggetto di affidamento aveva una durata predeterminata (quattro mesi), ed è stato affidato in via di urgenza a settembre 2019;
- con determina n. 14 del 30.01.2020 è stata disposta la proroga dell'affidamento del servizio per ulteriori due mesi;
- alla data di pubblicazione della sentenza n. 575/2020 di questa Sezione il servizio risultava già interamente svolto, senza che fosse stato stipulato il contratto;
- la citata sentenza ha statuito che *“il ricorso deve essere accolto risultando fondati i primi 3 motivi, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione. Viceversa, è inammissibile la domanda diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto, poiché la documentazione in atti evidenzia la mancata stipula dello stesso”*.

9. Orbene, nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione determina – alla stregua dell'art. 124 cod. proc. amm.

- l'applicazione di un'articolata struttura remediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte.

In particolare *“è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione: a) per una “tutela in forma specifica”, a carattere integralmente satisfattorio, affidata alla ‘domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto’... (art. 124, comma 1, prima parte)... b) per un “risarcimento del danno per equivalente” (art. 124, comma 1, seconda parte), e ciò: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a*

formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso la “condotta processuale” va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.)” (Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2021, n. 1803).

10. La tutela risarcitoria – che può essere invocata anche con separata azione, per quanto illustrato al § 7 – rappresenta peraltro l’unica strada percorribile allorché, in pendenza di lite, il contratto sia stato interamente eseguito ovvero, come nel caso di specie, il servizio sia stato interamente svolto, pur senza stipula del contratto; in entrambi i casi, infatti, non può farsi luogo alla declaratoria di inefficacia del contratto e al subentro.

Tale forma di tutela è poi variamente modulata, secondo che:

“a) il concorrente danneggiato sia in grado di dimostrare con certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, si sarebbe aggiudicato la commessa (e cioè che – ove il contratto fosse stato dichiarato inefficace, ricorrendone le condizioni – avrebbe senz’altro avuto diritto alla stipula o al subentro): trattandosi, in tal caso, propriamente di danno da mancata aggiudicazione;

b) non sia, per contro, possibile accedere – in difetto di idonei elementi probatori ovvero in presenza di profili conformativi non integralmente vincolati, rimessi all’apprezzamento sequenziale della stazione appaltante – ad un giudizio di effettiva spettanza: prospettandosi, in tal caso, il danno in termini di mera perdita di chances di aggiudicazione” (Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2021, n. 1803, cit.).

11. Nel caso di specie, è certo, alla luce della motivazione posta alla base della sentenza n. 575/2020 (che ha accolto il ricorso per i primi tre motivi, tutti diretti a conseguire l’esclusione del raggruppamento aggiudicatario), che – ove il contratto non fosse stato illegittimamente aggiudicato – l’odierna ricorrente, utilmente collocata in graduatoria al secondo posto, avrebbe avuto diritto ad aggiudicarsi il contratto, anche considerato che non è stato oggetto di contestazione (né nella precedente sede processuale, né in quella odierna) il possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione da parte della ricorrente stessa.

12. Accertato quindi il diritto della ricorrente ad aggiudicarsi la gara, e non potendosi addivenire al risarcimento in forma specifica, deve essere accolta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, sussistendone tutti gli elementi costitutivi ricavabili dall’art. 2043 c.c., tenuto conto che la condanna al risarcimento dei danni conseguenti all’illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell’elemento soggettivo della colpa, giacché la relativa responsabilità 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. IV, 15 aprile 2019, n. 2429; sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772).

13. Per quanto concerne il *quantum debeatur*, viene in rilievo in primo luogo il mancato profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto.

14. In proposito, l'amministrazione resistente deduce l'infondatezza della pretesa risarcitoria collegata alla proroga di due mesi del servizio (sia in quanto la ricorrente ha prestato acquiescenza alla menzionata proroga, non impugnata, sia in quanto essa rappresentava uno sviluppo imprevedibile del rapporto contrattuale); contesta inoltre la quantificazione del mancato utile operata in ricorso, atteso che il risarcimento del lucro cessante deve essere rapportato necessariamente all'utile effettivo dichiarato nell'offerta economica e che la ricorrente, che ha natura di ONLUS, non ha indicato alcun utile.

15. Ad avviso del Collegio non meritano condivisione le deduzioni difensive del Consorzio, atteso che:

– nella determinazione del *quantum* risarcitorio deve tenersi conto anche del periodo di proroga, poiché la facoltà di proroga era espressamente prevista dalla *lex specialis*, sicché appare ragionevole, nell'ambito di un giudizio prognostico, ipotizzare che, nel caso in cui la gara fosse stata aggiudicata alla ricorrente, alla stessa sarebbe stato prorogato l'affidamento dei servizi per lo meno per il tempo utile allo svolgimento di una nuova procedura concorsuale. Con la precisazione, tuttavia, che ciò che viene rilievo in tale caso è la pretesa risarcitoria di un danno da perdita di "chance", intesa quale possibilità di conseguire l'utile derivante dal successivo estendersi della durata temporale dell'affidamento originario; il che rileva ai fini della relativa quantificazione, che verrà operata al successivo § 18;

– la circostanza che l'utile non sia espressamente indicato in offerta non risulta dirimente, tenuto conto che il disciplinare non ne richiedeva l'indicazione separata (precisando peraltro che "il prezzo è comprensivo di tutti gli oneri a carico dell'impresa per l'esecuzione, a perfetta regola d'arte, dei servizi dati in appalto ed effettivamente attivati e svolti secondo le modalità e le specifiche indicate nel presente capitolato; lo stesso si intende, pertanto, remunerativo per tutte le prestazioni previste nel presente capitolato per implicita ammissione dell'impresa aggiudicataria"); è inoltre inconferente il richiamo operato dall'amministrazione resistente alla natura giuridica della ricorrente, atteso che tale natura le preclude il perseguimento di un lucro "soggettivo" (mediante distribuzione degli utili) ma non la produzione di un lucro "oggettivo", ovvero la possibilità di

conseguire un'utilità economica dalle commesse conseguite (a patto che le entrate economiche siano poi destinate alle finalità statutarie).

16. In assenza di un utile dichiarato in offerta, ritiene il Collegio che si versi in un'ipotesi di notevole difficoltà nella concreta determinazione del lucro cessante, che consente eccezionalmente la determinazione forfettaria del danno stesso (*“la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno”* Adunanza Plenaria n. 2/2017).

Occorre pertanto procedere a una liquidazione equitativa del danno.

Orbene, premesso che la base di calcolo del mancato utile deve essere rappresentata dal prezzo offerto (pari ad € 292.630,68), ritiene il Collegio che la percentuale indicata nelle relazioni di parte (ben superiore al 10%, con conseguente determinazione dell'utile effettivo nella misura di € 39.279,13) sia sovrastimata (invero, anche quando in passato la giurisprudenza ammetteva la determinazione forfettaria del mancato guadagno, la relativa percentuale era indicata nella misura massima del 10% dell'importo del contratto) e non risulti in ogni caso corroborata da adeguata dimostrazione.

Il relativo importo può essere più congruamente e ragionevolmente determinato, anche tenuto conto della natura giuridica della ricorrente, nella misura del quattro per cento dell'offerta formulata in gara; ne discende che il mancato utile che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto può quantificarsi in euro 11.705,23.

17. Occorre peraltro richiamare il principio sancito dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017, secondo la quale: *“il mancato utile spetta nella misura integrale, 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”*. Ciò in quanto sussiste una presunzione, fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili; pertanto, in mancanza di prova contraria (che l'impresa che neghi l'*aliunde perceptum* può fornire anche sulla base dei libri contabili) deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'*aliunde perceptum*, calcolato in genere in via

equitativa e forfettaria. Del resto, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, ben può assumere rilievo in ordine all'*aliunde percipiendum*.

Nel caso di specie, non avendo la ricorrente dimostrato (come era suo onere) di non aver potuto utilizzare altrimenti maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa, occorre quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione *l'aliunde perceptum vel percipiendum*, che si ritiene equo determinare forfettariamente, tenuto conto delle caratteristiche e dei tempi di esecuzione dell'appalto, nella misura del 25% del lucro cessante (cfr. in termini Adunanza Plenaria 2/2017 cit.).

Sulla base delle considerazioni che precedono, applicata la decurtazione del 25%, il danno complessivamente sofferto dalla ricorrente a titolo di lucro cessante per la mancata aggiudicazione dell'appalto risulta pari ad € 8.778,92.

18. A tale importo deve aggiungersi il risarcimento del danno relativo al periodo di proroga, di circa due mesi, determinabile in via equitativa sulla base del seguente procedimento:

– dividendo a metà l'ammontare del lucro cessante (€ 8.778,92) riconosciuto per la mancata aggiudicazione dell'appalto, della durata di quattro mesi, così pervenendosi alla somma di € 4.389,46;

-operando su tale somma un'ulteriore decurtazione del 50%, atteso che, come indicato al § 15, tale voce risarcitoria si configura alla stregua di perdita della "chance" al conseguimento dell'utile che la ricorrente avrebbe potuto maturare ove, nella qualità di legittima aggiudicataria, avesse ottenuto la proroga del servizio.

Il risarcimento del danno relativo al periodo di proroga deve essere quindi quantificato in € 2.194,73.

19. Non possono invece essere riconosciute le voci relative a:

i) le spese di partecipazione alla gara, in quanto "*la richiesta di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione non può includere le spese di partecipazione alla gara in quanto non sono autonomamente ristorabili poiché strumentali alla produzione dell'utile in cui si sostanzia — nel caso di aggiudicazione illegittima — il danno da lucro cessante; solo in caso di responsabilità precontrattuale le spese di partecipazione sono autonomamente ristorabili a motivo del coinvolgimento dell'impresa in trattative inutili*" (T.A.R. Molise, sez. I, 16 febbraio 2018, n. 66).

Va infatti considerato che la partecipazione alle gare pubbliche di appalto implica per le imprese la

sopportazione di costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione (*“le spese sostenute dall’impresa per la partecipazione alla gara non possono essere risarcite, trattandosi di costi destinati a rimanere a carico dell’impresa sia in caso di aggiudicazione che di mancata aggiudicazione”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 25 maggio 2022, n. 6758);

ii) il danno curricolare, non avendo la ricorrente allegato alcun elemento dal quale possa desumersi la ritrazione di un siffatto danno, tenuto conto che *“in base a un condiviso orientamento, infatti, è onere dell’impresa partecipante alla gara, la quale invochi il ristoro del danno curricolare patito per effetto della illegittima mancata aggiudicazione dell’appalto, fornire in sede giurisdizionale una prova adeguata in ordine all’an e al quantum della voce di danno in parola”* (Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4968);

iii) il danno all’immagine professionale, che la ricorrente invoca come voce a sé stante ricollegandolo alle notizie riportate sulla stampa locale, la cui portata non appare tuttavia idonea a suffragarne la sussistenza; infatti, la mera pubblicazione della notizia *“che l’appalto era terminato e che non ci fossero i presupposti per affidare l’appalto ad una nuova Società... creando una disinformazione sulla verità procedurale al Tar”* nulla dice in merito all’affidabilità, alla capacità o all’integrità professionale della ricorrente; non va infatti sottaciuto che, in punto di prova del danno all’immagine, il Consiglio di Stato ha condivisibilmente evidenziato che *“il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come nel caso di lesione al diritto alla reputazione, non è in re ipsa, ma costituisce un danno conseguenza, che deve essere allegato e provato da chi ne domandi il risarcimento (cfr., in ultimo, Cass. civ., III, n. 1225/2015; VI, n. 21865/2013)”* (Consiglio di Stato sez. III, 3 novembre 2016, n. 4615).

16. Non può essere infine accolta la richiesta, formulata dal Consorzio, di condanna in via solidale dell’aggiudicataria in quanto – in disparte l’indagine in ordine alla possibilità, in punto di giurisdizione, di pronunciare la condanna in solido al risarcimento del danno ovvero di ripartire, anche solo ai fini del futuro esercizio dell’azione di regresso da parte dell’amministrazione, le quote interne di responsabilità (cfr. in argomento la più volte citata Adunanza Plenaria n. 2/2017) – nel caso di specie la domanda (che si configura come domanda riconvenzionale) non risulta ritualmente proposta, essendo stata formulata nella sola memoria difensiva, non notificata.

20. In conclusione il ricorso è fondato e deve essere accolto nei sensi e nei limiti sopra precisati, con conseguente condanna dell’amministrazione resistente al ristoro in favore della ricorrente del danno da mancata aggiudicazione, quantificato in € 10.973,65. Trattandosi di danno da fatto illecito, su

tale importo devono essere corrisposti rivalutazione monetaria e interessi legali sul capitale via via rivalutato, fino all'effettivo soddisfo.

20.1. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna l'amministrazione resistente alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori, con distrazione in favore del procuratore costituito dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO