

1 > pag. 5

2 > pag. 6

3 > pag. 6

Pubblicato il 22/12/2017

N. 02969/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00012/2016 REG.RIC.



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Corsaro Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Scuderi e Maria Corsaro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Catania, via V. Giuffrida, n. 37;

contro

Comune di Paternò, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfio Platania, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Marchese in Catania, via V. Giuffrida, n. 107;

nei confronti di

Edil Restauri s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Lo Presti, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, corso Italia, n. 213;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo

- della determina del Comune di Paternò del 2 dicembre 2015, n. 122 di revoca dell'aggiudicazione provvisoria dei lavori di ampliamento e riqualificazione della piscina comunale disposta in favore della società ricorrente il 27 novembre 2015;

- del verbale n. 9 del 17 dicembre 2015 con cui la Commissione di gara ha escluso dalla procedura di affidamento la ricorrente e disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore della Edil Restauri s.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

quanto al ricorso per motivi aggiunti

- della determina del Comune di Paternò del 7 marzo 2015, n. 44, comunicata il 19 aprile 2016, di conferma dell'aggiudicazione in favore della Edil Restauri s.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

nonché per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica, col riconoscimento del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto, previa declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente già stipulato fra la stazione appaltante e la controinteressata, con espressa istanza della ricorrente, fin da ora esplicitata, a voler subentrare nello stesso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 del d.lgs. n. 163/2006, con subordinata richiesta di risarcimento dei danni per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paternò e della Edil Restauri s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 7 dicembre 2017 la dott.ssa Eleonora Monica e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente - partecipante alla gara indetta dal Comune di Paternò per l'affidamento di lavori di ampliamento e riqualificazione della piscina comunale - impugnava, con il ricorso principale, l'esclusione propria, nonché di altre quattro concorrenti, dalla relativa procedura per mancata indicazione nelle offerte degli oneri di sicurezza aziendali, nonché, con successivi motivi aggiunti, la conseguente aggiudicazione definitiva in favore della Edil Restauri s.r.l..

Parte ricorrente chiedeva, quindi, l'annullamento di tali atti e l'aggiudicazione della gara in suo favore nonché, in subordine - per l'ipotesi in cui non potesse conseguire tale aggiudicazione - il risarcimento per equivalente dei danni subiti.

Si costituivano in giudizio sia il Comune resistente che la controinteressata, entrambe sostenendo la legittimità dell'operato dell'amministrazione comunale.

Seguivano ulteriori memorie difensive, da cui emergeva l'intervenuta stipula, nelle more, del contratto di appalto tra il Comune e la Edil Restauri s.r.l. e la consegna, con riserva, dei relativi lavori.

In esito all'udienza pubblica del 25 maggio 2017, la Sezione con sentenza n. 1189/2017 accoglieva il ricorso relativamente alla richiesta di annullamento degli atti impugnati, in ragione dell'illegittimità dell'esclusione disposta per omesso scorporo degli oneri di sicurezza aziendale, senza consentire, in sede istruttoria, di specificarli (in tal senso, l'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea n. 697 del 10 novembre 2016), stabilendo per l'effetto che *“previo annullamento delle disposte esclusioni e dell'aggiudicazione, la procedura di gara dovrà essere ripristinata con l'ammissione delle imprese già escluse per non aver evidenziato nelle offerte economiche i costi della sicurezza aziendale a integrare in sede istruttoria le proprie offerte mediante lo scorporo da esse dei predetti costi e con la successiva valutazione della congruità delle offerte stesse”* e che *“l'aggiudicazione dovrà quindi essere definita successivamente a dette operazioni”*.

Si rinviava, quindi, l'esame della domanda risarcitoria ad altra udienza pubblica, nella considerazione che solo a conclusione di queste operazioni *“potrà essere valutata la sussistenza di un eventuale specifico danno derivante dalle determinazioni annullate e potrà essere data risposta alla domanda risarcitoria”*.

Il Comune, nel prendere atto di tale pronuncia, procedeva, ai sensi dell'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, al c.d. *“soccorso istruttorio”* nei confronti dell'impresa ricorrente e delle altre quattro partecipanti illegittimamente escluse e, quindi, all'aggiudicazione in favore della ricorrente come da relativa nota del Comune prot, n. 465/LL.PP. del 27 luglio 2017 (in tal senso, la produzione documentale di parte ricorrente in data 31 luglio 2017).

All'udienza pubblica del 7 dicembre 2017, il legale di parte ricorrente, nel confermare l'intervenuta aggiudicazione dell'appalto in favore della propria assistita, insisteva nella domanda di risarcimento del danno per equivalente relativamente alla (sola) quota di lavori già eseguita dalla controinteressata in virtù del contratto stipulato con il Comune il 7 giugno 2016, divenuto inefficace per effetto della citata pronuncia di questa Sezione interna n. 1189/2017.

La causa veniva, quindi, trattenuta in decisione.

Attesa l'intervenuta aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente, la domanda, da costei avanzata, di risarcimento per equivalente del danno subito per effetto dell'illegittima esclusione è fondata e deve, dunque, essere accolta, nei termini da ultimo specificati dalla stessa ricorrente all'udienza del 7 dicembre 2017 ovvero relativamente a quella sola porzione di lavori che risulta essere già stata realizzata dalla Edil Restauri s.r.l. e rispetto alla quale la Corsaro Costruzioni s.r.l. non ha, quindi, ottenuto, per effetto dell'aggiudicazione, il ristoro dei danni sotto forma di reintegrazione in forma specifica.

Il Collegio è, infatti, dell'avviso che non vi siano dubbi in ordine alla sussistenza, nel caso di specie, di un danno ingiusto meritevole di ristoro, risultando in atti:

- l'evento dannoso, individuabile nella mancata aggiudicazione in favore della società ricorrente di quella parte di lavori, oggetto dell'appalto, che sono ormai stati eseguiti dalla controinteressata;
- l'ingiustizia del danno conseguentemente patito dalla Corsaro Costruzioni s.r.l., in relazione ad una aggiudicazione viziata dall'illegittima esclusione della stessa società nonché di altre quattro concorrenti, come accertato con la citata sentenza di questa Sezione interna, n. 1189/2017;
- la riferibilità dell'evento dannoso alla condotta dell'amministrazione resistente, atteso che ove tali imprese non fossero state escluse, l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore della società ricorrente anche relativamente a quella parte di lavori invece già eseguita dalla Edil Restauri s.r.l..

Quanto, invece, al requisito soggettivo, il Collegio condivide quel consolidato 1 orientamento giurisprudenziale di matrice comunitaria (in tal senso, Corte di giustizia UE sentenza del 30 settembre 2010, C-314/09 Stadt - Graz), che, nell'affermare l'irrilevanza, in caso di danno da illegittima aggiudicazione, di ogni questione relativa all'elemento soggettivo, accoglie **un modello di responsabilità dell'amministrazione di tipo oggettivo**, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (in tal senso, Consiglio di Stato, sezione V, n. 966/2013 nonché, più recentemente, *ex pluribus*, Consiglio di Stato, sezione V, n. 772/2016, secondo cui *“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”*).

Il Comune resistente deve, dunque, essere condannato al risarcimento del danno per equivalente a ristoro dell'interesse positivo di parte ricorrente al conseguimento delle utilità economiche che avrebbe ricavato anche dall'esecuzione di quella parte di lavori invece già realizzata dalla

controinteressata in forza del contratto di appalto dichiarato inefficace per effetto della citata sentenza n. 1189/2017.

Quanto alla determinazione di tale risarcimento, il Collegio è dell'avviso che non debba farsi applicazione del criterio - invocato in ricorso - del 10% dell'offerta di parte ricorrente, non avendo costei fornito una prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che l'impresa avrebbe potuto conseguire in relazione all'esecuzione di tale quota del contratto (in tal senso, T.A.R. Sicilia, Catania, sezione III, n. 1050/2010).

Tale impostazione, aderente alla norma civilistica che onera il danneggiato della prova del danno patito (art. 2697 c.c.), risulta, vieppiù, avvalorata anche dal dettato dell'art. 124 del codice del processo amministrativo, che, infatti, ammette il risarcimento per equivalente a condizione che il danno sia “*subito e provato*”, con conseguente eliminazione dall'ordinamento di ogni criterio di determinazione dello stesso in via automatica e forfettaria.

2

La richiesta risarcitoria avanzata da parte ricorrente in relazione al mancato conseguimento dell'utile deve, dunque, essere ridotta ad una percentuale inferiore, non avendo parte ricorrente né specificamente dimostrato quale utile essa avrebbe potuto in concreto conseguire al netto del relativo investimento, né in alcun modo provato di essere stata nell'impossibilità di utilizzare, nelle more del giudizio, mezzi e maestranze per l'espletamento di altri e diversi servizi (in tal senso, *ex multis*, C.G.A.R.S. n. 273/2015).

3

Ciò detto, il Collegio ritiene equo riconoscere alla società ricorrente un risarcimento in misura pari al 5% dell'importo dell'offerta economica da costei formulata, da rapportarsi alla quota percentuale di lavori ad oggi già eseguiti dalla controinteressata Edil Restauri s.r.l. (in tal senso, T.A.R. Sicilia, Catania, sezione I, n. 1296/2011).

Non può, invece, essere accolta la richiesta di risarcimento del relativo danno curriculare - e cioè il danno derivante all'impresa dalla perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale - poiché, a seguito della citata sentenza n. 1189/2017, la ricorrente ha ottenuto, almeno parzialmente, la

reintegrazione in forma specifica, con la conseguenza che la stessa può oggi annoverare l'appalto di cui si tratta nel proprio curriculum.

Trattandosi di debito di valore, le somme liquidate a titolo di risarcimento andranno naturalmente rivalutate nonché maggiorate degli interessi legali.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo in favore di parte ricorrente, mentre sono compensate in relazione alla controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, condanna il Comune di Paternò al risarcimento del danno in favore della società ricorrente nei termini di cui in motivazione.

Condanna l'amministrazione comunale al rimborso, in favore di parte ricorrente, delle spese di lite liquidate in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge e rifusione del contributo unificato.

Spese compensate con la controinteressata.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Eleonora Monica, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Eleonora Monica

IL PRESIDENTE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO

