

TAR Basilicata, Sezione Prima, Sentenza n. 562 del 5 novembre 2024

Appalti di servizi – Aggiudicazione illegittima – Danno da perdita di chance – Risarcibilità

Pubblicato il 05/11/2024

N. 00562/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00551/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 551 del 2023, proposto da

- (...) s.r.l., (...) s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi in giudizio dagli avvocati (...), con domicilio digitale in atti di causa;

contro

- Regione (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso l'ufficio legale dell'Ente, in (...) e domicilio digitale in atti;

per il risarcimento

-dei danni derivati dalla mancata esecuzione dell'appalto indetto dalla Regione (...) con la determina n. 253 del 20 dicembre 2018 relativo alla "Gara Europea a procedura aperta telematica per l'affidamento in outsourcing dei servizi di gestione e manutenzione del Centro di Monitoraggio Ambientale (CMA) dell'Agencia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della (...) (...) Gara d'appalto – CIG

(...) – CUP (...)”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 24 luglio 2024, il Consigliere avv. Benedetto Nappi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Torna all'esame del Tribunale la questione dell'affidamento dell'appalto indetto dalla Regione (...) con la determina n. 253 del 20 dicembre 2018 relativo alla “Gara Europea a procedura aperta telematica per l'affidamento in outsourcing dei servizi di gestione e manutenzione del Centro di monitoraggio ambientale (CMA) dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente della (...) (...).

1.1. In fatto, emerge quanto segue:

-la Regione (...) con determinazione n. 253 del 20 dicembre 2018 ha indetto la procedura d'appalto di cui è questione;

-espletata la gara, all'esito dei lavori della commissione giudicatrice e delle attività di verifica di anomalia dell'offerta, ne è stata disposta l'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese formato da (...) s.p.a., mandataria, e (...) s.p.a., mandante, per un prezzo offerto di € 1.875.007,10;

-(...) s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo Rti, con (...) s.r.l., e (...) s.r.l., è insorta avverso il provvedimento di aggiudicazione, con ricorso innanzi a questo Tribunale;

-con decisione n. 265/2020, pubblicata il 27 aprile 2020, il ricorso è stato rigettato;

-il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 3856 del 2023, dopo l'espletamento di apposita verifica, ritenendo fondato il secondo motivo, ha accolto l'appello e per l'effetto ha «annullato il provvedimento della Regione (...) del 13 novembre

2019 di aggiudicazione in favore del R.T.I. (...) / (...)», non disponendo il subentro nell'appellante nell'appalto e facendo espressamente «salvo peraltro il risarcimento per equivalente in relazione al quale parte appellante si è riservata di agire in separata sede».

1.1. Col ricorso qui in delibazione la (...) s.p.a., nella dichiarata qualità di incorporante la (...) s.r.l. (già capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе con le società (...) s.r.l., mandante, e (...) s.r.l., mandante), e la (...) s.r.l. hanno chiesto «di vedersi riconoscere il risarcimento del danno subito dall'illegittima mancata esecuzione dell'appalto in questione».

2. La Regione (...) è comparsa in giudizio con atto di stile e ha depositato una relazione amministrativa redatta dal RUP della procedura.

3. All'esito della pubblica udienza svoltasi il 24 aprile 2024, con ordinanza n. 241 del 2024, il Collegio, in considerazione dell'eccezione sollevata dall'intimata Regione (...) (tramite la relazione del RUP versata in atti di causa), circa la necessità di previamente esperire: -la verifica di anomalia dell'offerta; -il controllo circa il possesso dei requisiti di ammissione; l'insussistenza delle cause di esclusione in capo al RTI di cui fanno parte le imprese ricorrenti, e in ragione del fatto che «la SA – a seguito della notifica del ricorso – ha avviato tali controlli e si riserva di meglio dedurre sul punto all'esito dei medesimi», ha disposto l'acquisizione «dalla Regione (...) una dettagliata relazione amministrativa in relazione alle attività così svolte, al relativo iter procedimentale, e all'approdo raggiunto in relazione a ciascuno dei profili innanzi evidenziati, unitamente a copia di tutti i documenti comunque in essa richiamati».

3.1 L'Ente intimato ha adempiuto a quanto innanzi con deposito del 29 maggio 2024.

4. Alla pubblica udienza del 24 luglio 2024, previo deposito di scritti difensivi di parte ricorrente, l'affare è transitato in decisione.

5. Il ricorso è fondato in parte, alla stregua della motivazione che segue.

5.1. Va subito dato atto di come la Regione (...), in sede di relazione amministrativa acquisita all'esito del disposto incombente istruttorio, abbia prodotto il verbale della commissione giudicatrice n. 7 dell'8 agosto 2019, in cui tale organo ha rilevato che entrambe le offerte in gara (quindi anche quella delle odierne ricorrenti) «risultano anomale, ai sensi dell'art. 97, comma 3, del codice», dandosi mandato al RUP per i successivi adempimenti. Di contro, nella medesima relazione si sono meramente riportate le valutazioni del RUP in ordine all'anomalia dell'offerta, svolte in assenza del necessario previo contraddittorio procedimentale di cui ai commi 1, 4, 5 e 6 dell'art. 97 del previgente codice dei **contratti pubblici**, applicabile *ratione temporis*, e non formalizzate in apposito provvedimento, mentre nulla si è riferito in ordine all'effettuazione e all'esito dei preannunciati controlli circa il possesso dei requisiti di ammissione e dell'insussistenza delle cause di esclusione in capo al RTI di cui fanno parte le imprese ricorrenti. Conseguenze a quanto l'irrilevanza, allo stato degli atti, della descritta attività valutativa svolta dal RUP.

5.2. Il Collegio procede, quindi, alla delibazione della domanda risarcitoria. Quanto all'*an* della pretesa risarcitoria, sussistono, come di seguito precisato, gli elementi costitutivi della responsabilità della pubblica amministrativa da atto amministrativo illegittimo, di natura aquiliana, ossia quelli di cui all'art. 2043 cod. civ.: sotto il profilo soggettivo, il dolo o la colpa, sotto il profilo oggettivo, il fatto illecito, il nesso di causalità materiale e il danno ingiusto. 5.2.1. In ordine all'integrazione dell'elemento soggettivo, la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti **pubblici** non richiede la prova della colpa, giacché essa è improntata -secondo le previsioni contenute nelle direttive europee -a un modello di tipo oggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (T.A.R. Basilicata, 5 settembre 2022, n. 592; Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912).

5.2.2. Il fatto illecito è costituito dall'illegittima aggiudicazione a soggetto non

avente titolo.

5.2.3. E' presente l'estremo dell'ingiustizia del danno, come emerge dall'invocato *decisum* del Giudice d'appello che ha caducato l'atto di aggiudicazione della gara e, nel contempo, ha ritenuto non percorribile il rimedio del risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., stante il breve lasso temporale di durata residua dell'affidamento, facendo nel contempo salva l'applicazione del rimedio risarcitorio per equivalente.

5.2.4. Del pari, sussiste il nesso di causalità materiale tra l'illegittimo *agere* pubblicistico, per come acclarato dal Giudice d'appello, e il pregiudizio di cui qui si invoca il ristoro, eziologicamente cagionato dalla (illegittima) privazione per parte ricorrente della possibilità di conseguire l'affidamento del servizio di cui è causa

5.3. Residua la questione della natura e della quantificazione del danno.

5.3.1. Occorre innanzitutto rilevare come, nel caso di specie, all'illegittimità dell'originaria aggiudicazione non consegua la certezza dell'affidamento dell'appalto alle odierne ricorrenti. Invero, come rappresentato da parte resistente, non risultano svolte, in relazione alle deducenti, le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di ammissione e all'assenza di cause di esclusione, né è stata compiutamente condotta quella in ordine all'offerta anormalmente bassa. In relazione a tale ultimo aspetto, in particolare, a fronte dell'inutilizzabilità, come osservato *supra* al § 5.1., della valutazione informale e irrituale di cui alla relazione amministrativa del 29 maggio 2024, non può essere trascurato, al fine di escludere la certezza dell'aggiudicazione, quanto rilevato dalla commissione giudicatrice nella già citata seduta dell'8 agosto 2019, ossia il rilievo di anomalia dell'offerta delle ricorrenti ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.

5.3.2. Nondimeno la ricorrente ha perso la *chance* di poter conseguire tale risultato a causa di un comportamento illegittimo della stazione appaltante che, esercitando in modo scorretto la propria funzione (come accertato nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3856 del 2023), la ha privata della possibilità di ottenere l'aggiudicazione.

In tal senso, infatti, va considerato che ciascun concorrente, per il solo fatto di partecipare ad una gara, acquista una posizione di vantaggio, consistente nella possibilità di conseguire l'aggiudicazione: la lesione di tale posizione di vantaggio si atteggia quindi quale autonomo danno potenzialmente risarcibile.

5.3.2.1. In tale prospettiva, ritiene il Collegio che nella fattispecie sussista la «seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato» che dà accesso al risarcimento di tale forma di danno, in ragione della posizione (seconda) in graduatoria delle deducenti.

5.3.3. La domanda risarcitoria per perdita di *chance* va dunque accolta.

5.4. In relazione alla causalità giuridica e alla quantificazione del danno, la somma da liquidarsi deve essere determinata in una percentuale del mancato utile conseguito dalla ricorrente. E' noto infatti che, in sede di determinazione del *quantum* risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in primis dall'esibizione dell'offerta economica presentata; tale principio trova, infatti, conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno subito e provato.

5.4.1. In ragione di quanto innanzi, ritiene il Collegio, in accoglimento della cennata domanda, di avvalersi di quanto disposto dall'art. art. 34, comma 4, cod. proc. amm., e di fissare, di seguito, i criteri che l'Amministrazione dovrà seguire per la determinazione del quantum del risarcimento. In particolare, la stazione appaltante dovrà: *a)* attenersi all'offerta economica presentata dalle deducenti in gara; *b)* individuare il relativo margine di utile che residui dall'applicazione del ribasso ivi indicato, tenendo conto del corrispettivo che sarebbe stato pagato dalla stazione appaltante in ragione del ribasso offerto, con decurtazione di tutte le spese necessarie per l'esecuzione del servizio; nel caso in cui l'ammontare delle

spese non sia ricavabile dall'offerta presentata in gara, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di acquisire da parte ricorrente i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine che sarà assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili; c) la somma così definita deve essere decurtata dell'eventuale *aliunde perceptum* conseguito per lo svolgimento di altri servizi durante il tempo di svolgimento del contratto di cui è causa; a tal fine parte ricorrente è tenuta a fornire alla stazione appaltante i dati relativi ai servizi assunti nel periodo di durata del contratto non eseguito; d) la somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria e gli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale;

5.4.2. Vanno escluse dalle componenti della somma da risarcire le spese sostenute per la partecipazione alla procedura concorsuale e il cosiddetto "danno curriculare".

5.4.2.1. Va a tal proposito osservato che il danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione ad una gara d'appalto, non è risarcibile, in favore dell'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto. È pacifico che la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo se l'impresa illegittimamente esclusa lamenti questi profili dell'illegittimità procedimentale, perché in tal caso viene in considerazione soltanto la pretesa risarcitoria del contraente che si duole del fatto di essere stato coinvolto in trattative inutili. Tali danni, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e, solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente. Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per

mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2021, n. 7951).

5.4.2.2. Nulla spetta a titolo di danno curriculare, per mancanza di prova nel caso, come quello qui all'esame, in cui non venga dimostrato, e in apice dedotto, che la mancata aggiudicazione ed esecuzione del servizio oggetto del giudizio ha precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche o quali sarebbero le negative ricadute, in termini di minore redditività, sulla propria immagine commerciale (Cons. Stato, sez. V, n. 7951/2021, cit.; id. 26 luglio 2019, n. 5283, *id.* 2 gennaio 2019, n. 14).

5.4.2.3. Infine, venendo in rilievo – come dianzi riferito -un danno da perdita di *chance* di aggiudicazione, si reputa equo applicare al lucro cessante così quantificato una complessiva riduzione del 30% (T.A.R. Basilicata, 23 aprile 2024, n. 216).

11. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento in parte del ricorso e, per l'effetto la condanna della Regione Basilicata, ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., a formulare al deducente l'offerta di una somma, a titolo di risarcimento del danno per equivalente, secondo i criteri esposti ai punti precedenti, con assegnazione a tal fine di centoventi giorni dalla comunicazione della presente decisione.

12. Le spese seguono la soccombenza, con liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando, così provvede:

- accoglie in parte la domanda risarcitoria per equivalente, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- Spese compensate.

E' posto a carico di parte resistente l'importo del contributo unificato,
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2024,
coll'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Benedetto Nappi, Consigliere, Estensore

Paolo Mariano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE

Fabio Donadono

IL SEGRETARIO