

IL RISARCIMENTO DEL DANNO PUO' ESSERE DIMINUITO IN CASO DI CORRETTO ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTUTELA

L'Amministrazione - quando diventa pienamente consapevole della illegittimità dei propri provvedimenti ed emana atti di autotutela volti al ripristino della legalità e alla reintegrazione della sfera giuridica di chi ha ritualmente e fondatamente proposto il ricorso giurisdizionale – pone in essere un comportamento da valutare positivamente, che rende meno grave il suo precedente illecito ed è valutabile dal giudice amministrativo nell'esercizio dei propri poteri di quantificazione del danno risarcibile : l'ordinamento – e per esso il giudice amministrativo – valuta positivamente tale sopravvenuto comportamento, che – anche se non rimuove il precedente illecito, né fa venir meno l'originaria colpevolezza – è senz'altro meritevole di favorevole considerazione nella sede giurisdizionale.

L'art. 35 del D.Lvo n. 80 del 1998 ha abrogato la precedente normativa in tema di proponibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice civile, subordinata al previo annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, ed ha fondato un nuovo sistema di responsabilità per l'illegittimo esercizio del potere pubblico, attribuendo alla giurisdizione amministrativa esclusiva ogni controversia riguardante “il risarcimento del danno ingiusto” arrecato all'interesse legittimo di natura pretensiva: il danno risarcibile, si compone del danno emergente (cioè della deminutio patrimonii, conseguente alle spese effettuate per la partecipazione alla gara) e del lucro cessante (cioè dell'importo da quantificare tenendo conto della perdita di un'occasione di guadagno o di una utilità economica, conseguente al mancato svolgimento del servizio, per il periodo in questione).

In tema di responsabilità di una Stazione appaltante, merita di essere segnalato il seguente passaggio contenuto nella decisione numero 4401 del 10 agosto 2007 emessa dal Consiglio di Stato:

< Quanto alla natura della responsabilità dell'Amministrazione e alle sue conseguenze, come già in precedenza rilevato da questo Consiglio, si è in presenza di una peculiare figura di illecito amministrativo, qualificato dall'esercizio illegittimo del potere autoritativo, non assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, né assimilabile alla condotta di chi, con un comportamento materiale o di natura negoziale, cagioni un danno ingiusto a cose, persone o diritti, la cui tutela è affidata all'art. 2043 e ss c.c.

L'art. 35 del D.Lvo n. 80 del 1998, poi novellato con la legge n. 205 del 2000, ha attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare in concreto se e quali conseguenze dannose vi siano nella sfera giuridica del soggetto legittimato all'impugnazione, quando vi è l'illegittimo esercizio del potere autoritativo.

Qualora una gara d'appalto si concluda con l'aggiudicazione in favore di un soggetto privo dei prescritti requisiti, del danno cagionato al ricorrente risponde l'Amministrazione ove il suo operato risulti caratterizzato dalla colpevolezza e dalla antigiuridicità (previa verifica – ove sollecitata nel giudizio - dell'incidenza che abbia avuto non solo la condotta del soggetto leso, ma anche quella di altri soggetti coinvolti nel procedimento o anche degli stessi beneficiari che se ne siano avvantaggiati>

Ma come va quantificato il relativo danno?

< Per la relativa quantificazione, in applicazione dell'art. 35 del D.Lgs.n. 80 del 1998, la Sezione determina i seguenti criteri.

Per quanto riguarda il danno emergente, spetta all'appellante incidentale il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione (mentre non dovranno essere computate le spese del presente giudizio, la cui liquidazione è oggetto di autonoma statuizione).

Per quanto riguarda il lucro cessante, è decisivo considerare che l'appellante incidentale – ove il procedimento di gara fosse terminato con atti legittimi – avrebbe ottenuto l'aggiudicazione e svolto il servizio di pulizia per l'intero anno preso in considerazione nel bando.

In linea di principio, come dato di partenza si può tenere conto della percentuale del 10% dell'offerta presentata dalla medesima società (in considerazione del tradizionale criterio evincibile dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, e ribadito dall'art. 37-septies, comma 1, lett.c, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 11 della legge 18 novembre 1998, n. 415).>

ATTENZIONE PERO'

< Rileva pertanto, come dato di partenza, l'offerta di euro 115.769,40 al mese, col computo dei nove mesi e 19 giorni durante i quali il mancato svolgimento del servizio ha comportato l'insorgenza del lucro cessante.

In ragione del procedimento di autotutela, avviato dal Ministero della Difesa nel corso del giudizio di secondo grado, ritiene la Sezione che tale dato di partenza del 10% vada ridotto di un terzo.

Infatti, l'Amministrazione - quando diventa pienamente consapevole della illegittimità dei propri provvedimenti ed emana atti di autotutela volti al ripristino della legalità e alla reintegrazione della sfera giuridica di chi ha ritualmente e fondatamente proposto il ricorso giurisdizionale – pone in essere un comportamento da valutare positivamente, che rende meno grave il suo precedente illecito ed è valutabile dal giudice amministrativo nell'esercizio dei propri poteri di quantificazione del danno risarcibile.

L'ordinamento – e per esso il giudice amministrativo – valuta positivamente tale sopravvenuto comportamento, che – anche se non rimuove il precedente illecito, né fa venir meno l'originaria colpevolezza – è senz'altro meritevole di favorevole considerazione nella sede giurisdizionale.

Pertanto, per i nove mesi e diciannove giorni in questione il lucro cessante va quantificato calcolando il 6,666% dell'offerta, su base mensile.>

Nella particolare fattispecie però, non tutte le voci di danno vengono riconosciute dall'adito giudice:

< Neppure può essere accolta la domanda volta al risarcimento del 'pregiudizio per mancato incremento di fatturato nonché dei requisiti economici e tecnici ai fini della partecipazione e della qualificazione ad altre gare d'appalto', poiché si tratta di valutazioni ipotetiche e non basate su specifici elementi probatori o su dati oggettivi, che neppure tengono conto del fatto che – sotto il profilo giuridico – l'appellante incidentale va considerata aggiudicataria della gara in questione.>

a cura di Sonia LAzzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. Anno 2006

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sull'appello n. 926/2006, proposto dalla s.r.l. Coop. ALFA
contro

la s.p.a. BETA
nonché nei confronti

- del Ministero della Difesa, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12.;

- del Ministero della Difesa, Comando III regione aerea Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi nella presente fase del giudizio;

e nei confronti

della s.r.l. Soc. GAMMA Global Service

con l'intervento ad opponendum

della s.c.a.r.l. ZETA
per la riforma

della sentenza n. 5466/2005 del Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Sede di Bari, I Sez., e per il rigetto del ricorso di primo grado;

nonché sull'appello

n. 1122 del 2006, proposto dal Ministero della Difesa, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

la s.p.a. BETA., come sopra rappresentata e difesa;

e nei confronti

- della s.r.l. ALFA, come sopra rappresentata e difesa;

- della s.r.l. Gruppo GAMMA Global Service, come sopra rappresentata e difesa;

per la riforma

della sentenza n. 5466 del 2005 del Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Sede di Bari, Sez. I, e per il rigetto del ricorso di primo grado;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di controricorso e appello incidentale della s.p.a.. BETA;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa, della s.r.l. GAMMA Global Service e della ZETA

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti delle cause;

Visto il dispositivo di sentenza n. 235/2007;

Relatore, alla pubblica udienza dell'8 Maggio 2007 il consigliere di Stato Anna Leoni;

Uditi, altresì, gli avv.ti F. Lentini, su delega dell'Avv. L. Lentini, l'Avv. Braschi su delega dell'Avv. Sanino e l'Avv. dello Stato Grumetto;

FATTO

1. Con la sentenza n. 5466 del 2005, resa in forma semplificata, il TAR della Puglia, Sede di Bari, Sez. I, ha annullato l'aggiudicazione della gara d'appalto per servizi e pulizia, indetta dal Comando della 3^a Regione aerea di Bari, a favore della s.r.l. ALFA, in accoglimento del ricorso della s.p.a. BETA, terza classificata.

La società ricorrente aveva sostanzialmente lamentato la violazione del bando di gara e vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, per non avere l'aggiudicataria dichiarato il sostanziale collegamento esistente con la s.r.l. GAMMA, seconda classificata, desumibile, secondo la ricorrente, da una pluralità di indici sintomatici.

La s.r.l. ALFA aveva presentato ricorso incidentale, sostenendo la irregolarità della polizza fideiussoria presentata dalla originaria ricorrente.

2. Il TAR ha accolto il ricorso della s.p.a. BETA sulla scorta delle seguenti argomentazioni:

- superficialità ed insufficienza della verifica, da parte della Commissione, della possibile sussistenza di un collegamento sostanziale fra le due imprese controinteressate, in presenza di una pluralità di elementi indiziari;

- la Commissione ha valutato i fatti unicamente sulla base dei documenti già nella sua disponibilità, senza azionare i poteri di accertamento d'ufficio previsti dagli artt. 43 e 71 del D.P.R. n. 445 del 2000;

- l'Amministrazione non ha dato adeguato rilievo al parere espresso al riguardo dall'Avvocatura dello Stato che non si è espresso in senso favorevole alla aggiudicazione, ma ha evidenziato l'esigenza di un puntuale accertamento dei fatti.

3. Col gravame n. 926 del 2006, l'aggiudicataria s.r.l. ALFA ha impugnato la sentenza del TAR, deducendo le seguenti censure:

3.1. Error in iudicando e violazione di legge (artt. 2727 e 2729 c.c.; art. 116 c.p.c.), violazione di legge (art. 71 D.P.R. n. 445 del 2000), travisamento e difetto di motivazione.

L'affermazione da parte del TAR di insufficiente istruttoria sarebbe apodittica, né vi sarebbe stata violazione dell'art. 71 del DPR n. 445 del 2000, avendo la P.A. attivato i poteri da detta norma previsti;

3.2. Error in iudicando e violazione di legge (degli artt. 2727 e 2729 c.c., dell'art. 116 c.p.c., dell'art. 71 del DPR n. 445 del 2000), nonché travisamento e difetto di motivazione.

I verbali dell'11/10/05 e del 20/10/05 dimostrerebbero l'attività di verifica svolta dalla Commissione di gara. Non sussisterebbe l'inidonea valutazione del parere reso dall'Avvocatura dello Stato.

3.3. Error in iudicando e violazione di legge (degli artt. 2727 e 2729 c.c., dell'art. 116 c.p.c., dell'art. 71 DPR n. 445 del 2000), oltre travisamento e difetto di motivazione.

Non sarebbero emersi elementi certi a dimostrazione del denunciato collegamento. Inoltre, le denunce provenienti da parti private non sarebbero state connotate da terzietà e disinteresse.

4. Si è costituita in giudizio la s.p.a. BETA per resistere, controricorrere e proporre appello incidentale, per tutte le censure dedotte in I grado su cui il TAR ha omesso di pronunciarsi.

Si è, altresì, costituita in giudizio la s.r.l. GAMMA, presentando memoria difensiva.

5. Con il secondo dei gravami in epigrafe (n. 1122 del 2006), la sentenza del TAR è stata appellata anche dal Ministero della Difesa, che ha sostenuto la legittimità degli atti impugnati in primo grado ed ha lamentato l'erroneità della stessa sentenza, che non avrebbe preso posizione in ordine alla sussistenza del denunciato collegamento sostanziale e all'influenza da esso esercitata sull'andamento della gara.

6. Si è costituita in giudizio la s.p.a. BETA per resistere, controricorrere e proporre appello incidentale, per tutte le censure dedotte in primo grado, su cui il TAR ha omesso di pronunciarsi.

Si è, altresì, costituita in giudizio la s.r.l. GAMMA, presentando memoria difensiva.

7. I ricorsi sono stati inseriti nel ruolo d'udienza del 13 giugno 2006, in esito alla quale la Sezione ha disposto incumbenti istruttori a carico del Comando generale della Guardia di Finanza.

Gli incumbenti sono stati eseguiti e le risultanze depositate in data 23 novembre 2006 presso la segreteria della Sezione.

8. Con atto notificato il 29/11/06 si è costituito ad opponendum in entrambi i ricorsi il Consorzio lombardo cooperative.

La società appellante e la soc. BETA hanno depositato memorie difensive in vista dell'udienza di discussione.

9. I ricorsi sono stati inseriti nel ruolo d'udienza dell'8 maggio 2007 e trattenuti per la decisione.

DIRITTO

1. Gli appelli in epigrafe, già riuniti ai fini di un'unica decisione, sono diretti avverso la sentenza n. 5466 del 2005 del TAR Puglia, Sede di Bari, Sez. I, che ha accolto il ricorso proposto dalla s.p.a. BETA avverso gli atti di aggiudicazione alla soc. ALFA della gara d'appalto per servizi di pulizia indetta dal Comando della 3^a Regione aerea di Bari.

2. La Sezione, con l'ordinanza istruttoria n. 5084 del 2006, ha disposto specifici accertamenti, per accertare la sussistenza degli indici sintomatici dedotti in causa non semplicemente sulla base degli elementi cartolari già disponibili, bensì anche di sostanziali e riscontrabili evidenze.

In particolare, il Collegio ha demandato alla Guardia di Finanza l'accertamento dei seguenti profili:

a) la situazione proprietaria della s.r.l. GAMMA, la composizione societaria, la composizione degli organi di amministrazione e sindacali dalla sua costituzione ad oggi;

b) la situazione proprietaria della s.r.l. ALFA, la composizione societaria, la composizione degli organi di amministrazione e sindacali dalla sua costituzione ad oggi;

c) le società, le imprese e le attività imprenditoriali in genere riconducibili alla titolarità del sig. Tru. Fra., la composizione societaria, composizione degli organi amministrativi e sindacali, dalla loro costituzione ad oggi;

d) la partecipazione del sig. Tru. a collegi amministrativi e sindacali, in serie storica, organizzata per imprese e cronologicamente, nonché, ove necessario, per contestualità di incarichi;

e) l'utilizzazione da parte delle società GAMMA e + dei servizi bancari offerti dal Monte dei Paschi di Siena - sede di Napoli - in particolare presso l'Agenzia n. 5, con indicazioni relative alla frequenza, alla contestualità dell'utilizzazione e ai periodi di fruizione e ad eventuali procure speciali rilasciate a favore del sig. Tru. dagli amministratori delle suddette società;

f) l'elenco dei dipendenti delle società riconducibili al sig. Tru., dalla loro costituzione ad oggi, con l'indicazione della loro eventuale utilizzazione nella esecuzione degli appalti aggiudicati alle società GAMMA e *, dalla loro costituzione ad oggi;

g) le sedi legali delle società suddette e recapiti telefonici, in serie storica, dalla loro costituzione ad oggi;

h) gli incarichi ricoperti dalla sig.ra Nun. D'Ur. all'interno di società, collegi di amministrazione e sindacali ed, in particolare, all'interno delle attività riconducibili alle società GAMMA, Copsma e alle attività riconducibili al sig. Tru.;

i) chiarimenti in ordine al ruolo effettivamente ricoperto dalla medesima all'interno della soc. GAMMA;

l) gli accordi sindacali e negoziali siglati dalle società indicate, in serie storica.

Pertanto, la Sezione ha disposto una verifica da parte della Guardia di Finanza, in contraddittorio con le parti, le cui conclusioni, contenute in una relazione corredata da documentazione di supporto, sono state depositate presso la Segreteria.

3. La società appellante, aggiudicataria della gara, in prossimità della ulteriore udienza di discussione, ha depositato una memoria difensiva, con cui ha rappresentato che:

- a seguito di decreto di citazione a giudizio della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari nei confronti degli amministratori delle due società inquisite, il Comando della III Regione aerea di Bari ha attivato un procedimento di autotutela d'ufficio, diretto al riesame dell'aggiudicazione dell'appalto in favore della soc. ALFA per il collegamento sostanziale tra le due imprese concorrenti alla stessa gara;

- al termine del procedimento, con decreto del 25 settembre 2006 il Direttore del Comando logistico ha escluso la s.r.l. ALFA e il gruppo GAMMA Global Service dalla gara, per violazione del punto III. 2.1.1.2. del bando di gara, ed ha annullato l'aggiudicazione già disposta nei confronti della medesima s.r.l. ALFA;

- l'Amministrazione ha disposto il materiale recesso dal servizio, svolto da questa società, con decorrenza dal 15 ottobre 2006.

Ad avviso dell'appellante società, la sopravvenienza di tali provvedimenti lesivi comporta l'improcedibilità del suo appello, per sopravvenuta carenza d'interesse.

4. Con una memoria resa anch'essa in vista della ulteriore udienza di discussione, la s.p.a. BETA (appellata e originaria ricorrente) ha fatto presente che, a seguito dell'atto di autotutela che ha escluso dalla gara le società ALFA e GAMMA, l'Amministrazione ha aggiudicato il servizio in suo favore, con un contratto sottoscritto il 19 ottobre 2006, ma scaduto al 31 dicembre 2006, essendo medio tempore trascorsi i primi 10 mesi previsti dal bando di gara.

Tale circostanza renderebbe sussistente il suo interesse alla pronuncia definitiva, sia in ordine agli appelli principali (nel senso della loro manifesta infondatezza), sia di quelli incidentali (nel senso della loro manifesta fondatezza).

Quanto, poi, agli appelli principali, ove anche si volesse ritenere cessata la materia del contendere in ragione dell'intervenuta esclusione disposta dall'Amministrazione, in ogni caso conseguirebbe la soccombenza virtuale delle appellanti principali che, nonostante la correttezza della sentenza di primo grado, hanno proposto i gravami.

Circa, poi, gli appelli incidentali, la s.p.a. BETA ha insistito per il loro accoglimento, quanto meno in ordine alle richieste risarcitorie per equivalente, per i dieci mesi in cui non le è stato consentito di eseguire il servizio, nelle misure indicate nel controricorso e ribadite in memoria, con condanna degli appellanti al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio.

5. Ritiene la Sezione che gli appelli principali vanno dichiarati improcedibili per cessazione della materia del contendere, nella parte in cui hanno chiesto la riforma del capo della sentenza con cui il TAR ha annullato gli atti impugnati in primo grado.

Invero, a seguito del procedimento di autotutela attivato dal Comando della III Regione aerea di Bari, con decreto del 25 settembre 2006 è stata disposta l'esclusione dalla gara di entrambe le società, per violazione del punto III. 2.1.1.2. del bando, ed è stata annullata l'aggiudicazione disposta nei confronti della s.r.l. ALFA.

Nel contempo, è stato disposto il materiale recesso del servizio svolto dalla s.r.l. ALFA con decorrenza dal 15 ottobre 2006.

Tali provvedimenti dell'Amministrazione, rimasti inoppugnati e apprezzabili in quanto ispirati al rispetto del principio del buon andamento dell'azione amministrativa, hanno fatto venire meno ex tunc gli effetti degli atti impugnati in primo grado e, dunque, l'oggetto del giudizio.

Con una propria determinazione, basata su una autonoma valutazione delle precedenti vicende, in sede di autotutela il Ministero della Difesa ha annullato gli atti impugnati nel presente giudizio, facendo così venire meno la materia del contendere, quanto alla originaria domanda di annullamento.

Residua invece l'interesse del Ministero della Difesa all'esame delle proprie deduzioni, in quanto volte ad escludere la propria responsabilità in ordine alla domanda di risarcimento del danno, formulata in primo grado dalla s.p.a. BETA e riproposta in questa sede con i suoi appelli incidentali.

Di queste deduzioni tiene comunque conto la Sezione, in sede di esame di tali impugnazioni.

6. Con gli appelli incidentali, la s.p.a. BETA ha chiesto il risarcimento del danno derivante dal mancato svolgimento del servizio dal 1° gennaio 2006 al 19 ottobre 2006, a sua volta derivante dall'illegittimità degli atti impugnati in primo grado (e rimossi dall'Amministrazione in sede di autotutela nel corso del giudizio).

La società ha dedotto di avere titolo al risarcimento del danno per equivalente, nelle misure indicate negli appelli incidentali, in relazione al periodo preso in considerazione dal bando di gara e durante il quale non ha svolto il servizio.

7. Ritiene la Sezione che tale domanda vada accolta nei limiti che seguono, poiché sussistono tutti i presupposti per ravvisare la responsabilità dell'Amministrazione.

7.1. Al riguardo, poiché la presente controversia ha per oggetto una gara d'appalto, va premesso che l'art. 35 del D.L. n. 80 del 1998 ha abrogato la precedente normativa in tema di proponibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice civile, subordinata al previo annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, ed ha fondato un nuovo sistema di responsabilità per l'illegittimo esercizio del potere pubblico, attribuendo alla giurisdizione amministrativa esclusiva ogni controversia riguardante "il risarcimento del danno ingiusto" arrecato all'interesse legittimo di natura pretensiva (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. IV, n. 7912 del 2006; Sez. IV, n. 2136 del 2007).

In materia di appalti, la legge n. 205 del 2000, nel novellare l'art. 35, sul piano della giurisdizione e su quello sostanziale, ha ribadito il potere del giudice amministrativo di disporre l'eventuale risarcimento del danno, "nell'ambito della sua giurisdizione", in attuazione del principio per il quale l'interesse legittimo è tutelato in sede giurisdizionale non solo con l'annullamento, ma anche con lo "strumento di tutela ulteriore" del risarcimento (Corte Cost., n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. VI, n. 2136 del 2007).

L'ordinamento consente al giudice amministrativo di verificare:

- se l'accoglimento della domanda principale di annullamento comporti una tutela pienamente soddisfacente;
- se sia il caso di disporre, anche in alternativa, la condanna ad un risarcimento, qualora il ricorrente non possa conseguire dall'annullamento una piena tutela (in ragione della irreversibile esecuzione dell'atto impugnato) ovvero una effettiva utilità (cfr. Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. IV, n. 2136 del 2007).

7.2. Nella specie, per ragioni processuali (e cioè per la declaratoria di cessazione della materia del contendere) in questa sede non può essere confermata la statuizione con cui il TAR ha annullato gli atti impugnati in primo grado e, poiché il Ministero della Difesa (a seguito dell'esercizio dei propri poteri di autotutela) ha stipulato il contratto con l'appellante incidentale in data 19 ottobre 2006, rileva il fatto che la medesima società non ha svolto il servizio sino a tale data, pur avendone titolo, come emerge dagli stessi atti di autotutela, del tutto coerenti con le statuizioni della sentenza di primo grado.

Va, allora, applicata la regola per la quale il giudice amministrativo può disporre il risarcimento del danno ingiusto, cagionato dall'Amministrazione.

Nel caso di specie, l'appellante incidentale ha tempestivamente e ritualmente impugnato i provvedimenti lesivi del Ministero, sicché risulta pienamente rispettata la regola della pregiudizialità, a suo tempo affermata dalla Adunanza Plenaria, con la decisione n. 4 del 2003 e di recente ribadita da questa Sezione con la decisione n. del 2007.

Quanto alla natura della responsabilità dell'Amministrazione e alle sue conseguenze, come già in precedenza rilevato da questo Consiglio, si è in presenza di una peculiare figura di illecito amministrativo, qualificato dall'esercizio illegittimo del potere autoritativo, non assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, né assimilabile alla condotta di chi, con un comportamento materiale o di natura negoziale, cagioni un danno ingiusto a cose, persone o diritti, la cui tutela è affidata all'art. 2043 e ss c.c. (cfr. Sez. VI, n. 1047 del 2005).

L'art. 35 del D.Lvo n. 80 del 1998, poi novellato con la legge n. 205 del 2000, ha attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare in concreto se e quali conseguenze dannose vi siano nella sfera giuridica del soggetto legittimato all'impugnazione, quando vi è l'illegittimo esercizio del potere autoritativo.

Qualora una gara d'appalto si concluda con l'aggiudicazione in favore di un soggetto privo dei prescritti requisiti, del danno cagionato al ricorrente risponde l'Amministrazione ove il suo operato risulti caratterizzato dalla colpevolezza e dalla antigiuridicità (previa verifica – ove sollecitata nel giudizio - dell'incidenza che abbia avuto non solo la condotta del soggetto leso, ma anche quella di altri soggetti coinvolti nel procedimento o anche degli stessi beneficiari che se ne siano avvantaggiati).

Quanto al requisito della colpevolezza dell'Amministrazione, esso va accertato dal giudice amministrativo senza formalismi e senza gravare alcuno dell'onere della prova, tenendo conto delle deduzioni delle parti e di quanto può emergere dall'esercizio dei suoi poteri istruttori.

7.3. Nella fattispecie, il requisito della colpevolezza risulta pienamente sussistente, anche in considerazione di quanto è emerso dalle risultanze della istruttoria disposta per il tramite della Guardia di Finanza, il Ministero della Difesa.

Come ha correttamente evidenziato la sentenza gravata ed è stato univocamente segnalato nella relazione redatta dalla Guardia di Finanza, il Ministero – malgrado le obiettive risultanze del procedimento - non ha accertato l'effettiva sussistenza di una ragione di esclusione del raggruppamento risultato aggiudicatario e della società ad esso collegata (classificatasi al secondo posto nella graduatoria finale) e non ha svolto i relativi accertamenti.

Infatti, anche dalla medesima relazione risulta:

a) l'esistenza di un gruppo societario riconducibile ai signori Tru. Fra., Tru. Ale. e D'Ur. Nun., denunciati, tra l'altro, per turbata libertà degli incanti e utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, del quale facevano parte il Gruppo GAMMA Global Service e la s.r.l. ALFA;

b) la formale intestazione delle società del gruppo Tru. a soggetti prestanome, che accettavano tale carica per poter svolgere attività di lavoro dipendente in altre aziende del gruppo, ma di fatto gestite, in primis, dal signor Tru. Fra.;

c) un ruolo di particolare rilievo della signora D'Ur. Nun., che ha ricoperto la carica di presidente del consiglio di amministrazione della s.r.l. ALFA, nonché compiti di controllo e di gestione del personale in tutte le altre società, quale loro referente;

d) l'unicità della sede dove erano tenute la contabilità delle società GAMMA e ALFA, presso la s.r.l. S.E.D.A., società di elaborazione dati del gruppo Tru.;

e) la peculiare posizione del signor Fio. Car., che ha rivestito per più esercizi la carica di presidente del collegio sindacale del Gruppo GAMMA Global Service e della s.r.l. ALFA ed ha svolto contemporaneamente l'attività di consulenza aziendale, societaria e tributaria per il gruppo Tru.

Inoltre, il Ministero non ha ritenuto di riesaminare le questioni e non ha svolto alcun accertamento, malgrado la notifica dell'articolato ricorso originario, neppure dopo l'emanazione della elaborata sentenza di primo grado, risolvendosi ad agire in via di autotutela solo dopo che la Sezione ha esercitato i propri poteri istruttori, per il tramite della Guardia di Finanza, con l'ordinanza n. 5084 del 2006.

Ritiene, pertanto, la Sezione che – per l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione e per la presenza di tutti i presupposti per una complessiva censurabilità del comportamento del Ministero - spetta alla società appellante incidentale il risarcimento del danno, sulla base dei criteri che seguono.

7.4. L'appellante incidentale ha chiesto il risarcimento per equivalente, per il periodo in cui non le è stato consentito di eseguire il servizio di pulizia, producendo specifici dati ai fini della sua quantificazione (non essendo possibile lo svolgimento del servizio per il periodo preso in considerazione nel bando di gara, in quanto svolto per circa dieci mesi dalla società la cui aggiudicazione è stata poi annullata in sede di autotutela).

Va dunque quantificato il danno risarcibile, che si compone – secondo i principi generali - del danno emergente (cioè della deminutio patrimonii, conseguente alle spese effettuate per la partecipazione alla gara) e del lucro cessante (cioè dell'importo da quantificare tenendo conto della

perdita di un'occasione di guadagno o di una utilità economica, conseguente al mancato svolgimento del servizio, per il periodo in questione).

Per la relativa quantificazione, in applicazione dell'art. 35 del D.Lgs.n. 80 del 1998, la Sezione determina i seguenti criteri.

Per quanto riguarda il danno emergente, spetta all'appellante incidentale il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione (mentre non dovranno essere computate le spese del presente giudizio, la cui liquidazione è oggetto di autonoma statuizione).

Per quanto riguarda il lucro cessante, è decisivo considerare che l'appellante incidentale – ove il procedimento di gara fosse terminato con atti legittimi – avrebbe ottenuto l'aggiudicazione e svolto il servizio di pulizia per l'intero anno preso in considerazione nel bando.

In linea di principio, come dato di partenza si può tenere conto della percentuale del 10% dell'offerta presentata dalla medesima società (in considerazione del tradizionale criterio evincibile dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, e ribadito dall'art. 37-septies, comma 1, lett.c, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 11 della legge 18 novembre 1998, n. 415).

Rileva pertanto, come dato di partenza, l'offerta di euro 115.769,40 al mese, col computo dei nove mesi e 19 giorni durante i quali il mancato svolgimento del servizio ha comportato l'insorgenza del lucro cessante.

In ragione del procedimento di autotutela, avviato dal Ministero della Difesa nel corso del giudizio di secondo grado, ritiene la Sezione che tale dato di partenza del 10% vada ridotto di un terzo.

Infatti, l'Amministrazione - quando diventa pienamente consapevole della illegittimità dei propri provvedimenti ed emana atti di autotutela volti al ripristino della legalità e alla reintegrazione della sfera giuridica di chi ha ritualmente e fondatamente proposto il ricorso giurisdizionale – pone in essere un comportamento da valutare positivamente, che rende meno grave il suo precedente illecito ed è valutabile dal giudice amministrativo nell'esercizio dei propri poteri di quantificazione del danno risarcibile.

L'ordinamento – e per esso il giudice amministrativo – valuta positivamente tale sopravvenuto comportamento, che – anche se non rimuove il precedente illecito, né fa venir meno l'originaria colpevolezza – è senz'altro meritevole di favorevole considerazione nella sede giurisdizionale.

Pertanto, per i nove mesi e diciannove giorni in questione il lucro cessante va quantificato calcolando il 6,666% dell'offerta, su base mensile.

Invece, non possono essere accolte le ulteriori domande dell'appellante incidentale.

Quella volta al risarcimento con riferimento ai 24 mesi - di possibile proroga della durata del contratto – non tiene conto della avvenuta stipula del contratto e della conseguente applicabilità della relativa clausola sulla proroga della durata: la determinazione del Ministero di disporre o meno la proroga esula dal presente giudizio e può dar luogo – se del caso – ai rimedi di tutela previsti dal sistema.

Neppure può essere accolta la domanda volta al risarcimento del 'pregiudizio per mancato incremento di fatturato nonché dei requisiti economici e tecnici ai fini della partecipazione e della qualificazione ad altre gare d'appalto', poiché si tratta di valutazioni ipotetiche e non basate su specifici elementi probatori o su dati oggettivi, che neppure tengono conto del fatto che – sotto il profilo giuridico – l'appellante incidentale va considerata aggiudicataria della gara in questione.

7.5. Sugli importi spettanti a titolo di danno emergente e di lucro cessante, come sopra individuati, il Ministero dovrà calcolare gli interessi legali, a decorrere dalla data di pubblicazione della presente decisione.

7.6. In assenza di una domanda del Ministero della Difesa, resta irrilevante in questa sede – con riferimento ai rapporti interni - la sussistenza della sua responsabilità solidale con la società aggiudicataria e con quella classificatasi al secondo posto nella graduatoria della gara.

8. In applicazione dell'art. 35, comma 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998, la Sezione pertanto dispone che il Ministero della Difesa:

a) corrisponda alla società appellante incidentale la somma spettante a titolo di lucro cessante, come sopra individuata, entro il termine di sessanta giorni, decorrente dalla notifica della presente sentenza a istanza di parte;

b) a seguito della presentazione della probante documentazione esibita dalla appellante incidentale, entro il termine di sessanta giorni decorrente dalla documentata istanza, le proponga la liquidazione e il pagamento della somma, determinata in applicazione del precedente punto 7.4. e incrementata per le spese di notifica della sentenza e di redazione della medesima documentazione.

Nel caso di mancato rispetto di tali prescrizioni, ovvero qualora la società non accetti la proposta di liquidazione relativa alle spese, sarà proponibile il ricorso previsto dall'art. 35, comma 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998.

9. Per le ragioni che precedono, pronunciando sugli appelli principali n. 926 del 2006 e n. 1122 del 2006, nonché sugli appelli incidentali, la Sezione:

- dichiara improcedibili per cessazione della materia del contendere gli appelli principali;

- accoglie la domanda di risarcimento del danno, formulata dall'appellante incidentale, nei limiti e con i criteri sopra fissati.

10. In ragione del comportamento processuale delle parti, sussistono giusti motivi per compensare le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione IV- pronunciando sugli appelli riuniti n. 926 del 2006 e n. 1112 del 2006, dichiara improcedibili gli appelli principali e accoglie gli appelli incidentali della s.p.a. BETA. nei sensi precisati in motivazione.

Condanna il Ministero della Difesa a risarcire il danno subito dalla società s.p.a. BETA, liquidato secondo i criteri indicati in motivazione.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio dell'8 maggio 2007, con l'intervento dei Signori:

Luigi Maruotti - Presidente f.f.

Antonino Anastasi - Consigliere

Vito Poli - Consigliere

Anna Leoni - Consigliere, est.

Sergio De Felice - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE f.f.

Anna Leoni Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

10 agosto 2007

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Giuseppe Testa

--

N.R.G. 926/2006

ARC