

Il diritto al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione

Non risulta legittimo presentare due offerte alternative: doverosa l'esclusione dell'aggiudicataria e conseguente affidamento alla seconda

Il diritto al risarcimento del danno deriva dalla illegittima ammissione che comporta una mancata aggiudicazione se vengono comprovati quindi il carattere colposo dell'agire della Stazione appaltante e il danno economico valutato equitativamente

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2962 dell'11 maggio 2004 sancisce che il danno economico (a seguito di mancata aggiudicazione) siccome non può essere provato nel suo preciso ammontare, "va determinato in via equitativa nel dieci per cento del corrispettivo contenuto nell'offerta dell'appellante, con riferimento al criterio offerto dagli articoli 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F sui lavori pubblici, che fissa nella decima parte del valore le opere non eseguite il corrispettivo a carico dell'amministrazione per il recesso anticipato dal contratto, e 37-setpites della legge 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'articolo 11 della legge 18 novembre 1998 n. 415, che fissa nella stessa misura l' "indennizzo a titolo di risarcimento per mancato guadagno" nel caso di risoluzione del rapporto di concessione di opera pubblica per inadempimento del concedente.

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2003
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla società a responsabilità limitata PUBBLICITÀ *****, con sede in Crotone, in persona del presidente Antonio Mastrofilippo, difesa dagli avvocati Anna Bandiera e Roberto Colagrande e domiciliata presso il secondo in Roma, via Giovanni Paisiello 55, presso lo studio dell'avvocato F. G. Scoca;

contro

il comune di AGRATE BRIANZA, costituitosi in giudizio in persona del sindaco Adriano Poletti, entrambi rappresentati e difesi dagli avvocati Carolina Valensise e Francesco Pintucci e domiciliati presso il primo in Roma, via Monte delle Gioie 13;

e nei confronti

della società a responsabilità limitata *****, con sede in Viadana, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza 6 febbraio 2003 n. 201, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, terza Sezione, ha annullato l'aggiudicazione alla società *****, disposta dal comune di Agrate Brianza con provvedimento 14 giugno 2002 n. 410 di approvazione delle operazioni di gara, dell'appalto per la fornitura e la posa in opera di impianti per le affissioni pubblicitari, comunali e funebri e per la manutenzione degli impianti esistenti.

Visto il ricorso in appello, notificato il 10 e depositato il 13 giugno 2003;

visto il controricorso del comune di Agrate Brianza, depositato il 19 dicembre 2003;

vista la memoria difensiva prodotta dall'appellante il 9 gennaio 2004;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 20 gennaio 2004, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Colagrande e Valensise;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il comune di Agrate Brianza con lettera d'invito ha indetto la licitazione privata sopra indicata (che in atti viene chiamata "trattativa privata"), con base d'asta di 53.590 euro, per l'appalto di fornitura e posa in opera di impianti per affissioni, pubblicitarie, funebri e comunali, e per la manutenzione degli impianti esistenti. Nella graduatoria finale, redatta in base ai punteggi attribuiti per gli elementi di valutazione prefissati, si sono collocate prima la società *****, con centonovanta punti su duecentocinquanta, e seconda Pubblicità ***** (d'ora in poi: *****), con centottanta punti, seguite da un terzo concorrente; sicché l'appalto è stato aggiudicato ad ***. Durante le operazioni di gara la commissione giudicatrice aveva esaminato dapprima le offerte economiche, e poi la documentazione attinente agli altri due elementi di valutazione, ossia alle qualità estetiche e funzionali degli impianti e alla capacità tecnica; inoltre aveva ammesso ***** benché essa avesse presentato due offerte alternative.

***** con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Lombardia notificato il 5 luglio 2002 ha impugnato l'aggiudicazione deducendone l'illegittimità per i motivi anzidetti; più precisamente, ha dedotto in via principale la doglianza relativa alla presentazione di offerte plurime da parte di *** (primo motivo), e in via subordinata quella relativa all'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche (secondo motivo). Ha chiesto il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione a sé, ove non fosse stata disposta la sospensione cautelare dell'aggiudicazione impugnata.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha annullato l'aggiudicazione, giudicando sussistenti ambo i vizi lamentati dalla ricorrente. Ha invece respinto la domanda di risarcimento dei danni, dopo aver dato atto che l'appalto era stato ormai eseguito da *****, con la motivazione che da una parte il danno non era dimostrato, e dall'altra la ricorrente, pur autrice del massimo ribasso economico, era soccombente nella gara «per la ritenuta inadeguatezza dell'elemento estetico proposto ... che avrebbe con ogni probabilità indotto l'Amministrazione a non aggiudicare in caso di esclusione della controinteressata».

***** appella, censurando il capo della sentenza che le ha negato il risarcimento del danno. Dopo ampie argomentazioni circa la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno, e rilevato che la quantificazione ne è impossibile, ne chiede la liquidazione nella misura presuntiva del dieci per cento, ossia dell'utile d'impresa indicato dall'articolo 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F sui lavori pubblici, ovvero dall'articolo 37 della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

DIRITTO

Il Collegio rileva che la ricorrente ***** aveva dedotto in via principale un motivo che avrebbe comportato l'esclusione della società ***** dalla gara e l'aggiudicazione a sé, e in via subordinata un

motivo che avrebbe comportato l'annullamento di tutta la gara, e che il giudice di primo grado li ha giudicati entrambi fondati; laddove, giudicando fondato il primo che era maggiormente satisfattivo per la ricorrente, il tribunale amministrativo regionale avrebbe dovuto assorbire l'esame del secondo motivo, subordinato. In ogni caso l'accoglimento del primo motivo, per sua natura assorbente rispetto al secondo oltreché dedotto in via principale, comportava l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente, seconda classificata nella graduatoria, senza necessità di ripetere le operazioni di gara. Il Collegio non può quindi condividere la motivazione con cui il giudice di primo grado ha negato il risarcimento del danno, cioè la prognosi di probabile esclusione della ricorrente (per asserite insufficienze estetiche della fornitura), nell'ipotetica fase di rifacimento delle valutazioni di gara. Deve invece riconoscersi il diritto al risarcimento per illegittima ammissione in gara di ***, e conseguente mancata aggiudicazione all'appellante ****. Sussistono infatti tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno; in particolare, il carattere colposo dell'ammissione in gara di ****, avvenuta in violazione di un principio basilare in materia di gare per l'aggiudicazione di contratti con pubbliche amministrazioni qual è quello dell'inammissibilità delle offerte plurime, e il danno economico, tale essendo, per un'impresa, la mancata aggiudicazione di un contratto d'appalto. Tale danno, che non può essere provato nel suo preciso ammontare, va determinato in via equitativa nel dieci per cento del corrispettivo contenuto nell'offerta dell'appellante, con riferimento al criterio offerto dagli articoli 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F sui lavori pubblici, che fissa nella decima parte del valore le opere non eseguite il corrispettivo a carico dell'amministrazione per il recesso anticipato dal contratto, e 37-setties della legge 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'articolo 11 della legge 18 novembre 1998 n. 415, che fissa nella stessa misura l' "indennizzo a titolo di risarcimento per mancato guadagno" nel caso di risoluzione del rapporto di concessione di opera pubblica per inadempimento del concedente.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in € 2000 per ciascun grado di giudizio.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, condanna il comune di Agrate Brianza al risarcimento dei danni alla società appellante, con il criterio specificato in motivazione. Condanna inoltre il comune di Agrate Brianza al pagamento delle spese processuali, liquidate in quattromila euro, a favore dell'appellante.

Ordina al comune di Agrate Brianza di dare esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma il 20 gennaio 2004 dal collegio costituito dai signori:

Emidio Frascione presidente

Raffaele Carboni componente, estensore

Paolo Buonvino componente

Cesare Lamberti componente

Aldo Fera componente

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Carboni f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11 maggio 2004

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale