

Pubblicato il 17/08/2022

N. 01493/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00741/2020 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 741 del 2020, proposto da:

Erminio Gallo, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Spadafora, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Amantea, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Carbone, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

per la condanna

al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Amantea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2022 il dott. Arturo Levato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'impresa geom. Erminio Gallo ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Amantea il 4.02.2010 per l'affidamento dei lavori di *“riqualificazione, recupero e valorizzazione del quartiere Catocastro e degli accessi al centro storico”*, da aggiudicare con il criterio dell'offerta del prezzo più basso *ex art.* 82, comma 2, lett. a), D. Lgs. n. 163/2006, posizionandosi al secondo posto nella graduatoria definitiva, con appalto assegnato all'A.T.I. Barbieri Costruzioni s.r.l. - Lepsa s.r.l.

Avverso l'aggiudicazione l'esponente ha proposto ricorso, recante r.g. n. 758/2010, deducendo, tra l'altro, che la domanda di partecipazione alla procedura presentata dall'assegnataria e la documentazione ad essa allegata non fossero state firmate dal legale rappresentante della società capogruppo, Giorgio Ottavio Barbieri, e della società mandante, Aldo Zard, ma fossero munite di sottoscrizioni apocrife.

La ricorrente proponeva a tal fine azione di querela di falso innanzi al Tribunale ordinario di Paola, a seguito della quale era disposta la sospensione del giudizio avverso l'aggiudicazione proposto davanti a questo Tribunale Amministrativo, con conseguente preclusione a deliberare le relative domande cautelari avanzate dalla medesima ricorrente.

In ragione dei contenziosi pendenti e della gravità delle violazioni denunciate, il 3.08.2010 e il 15.11.2010 la deducente ha quindi diffidato l'Ente locale ad astenersi dalla stipula del contratto di appalto.

La resistente p.a. comunicava tuttavia il perfezionamento dell'accordo con l'A.T.I. prima graduata il 14.10.2010, dopo la consegna dei lavori del 15.07.2010, avvenuta ancor prima dell'udienza fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta con la richiesta di annullamento dell'aggiudicazione. Proprio lo stato di avanzamento dei lavori comportava inoltre il rigetto delle successive istanze cautelari pur formulate dalla ricorrente.

Di seguito, il Tribunale di Paola, con la sentenza n. 432 del 24.04.2015, ha dichiarato la falsità delle sottoscrizioni e delle sigle apparentemente autografate da Giorgio Ottavio Barbieri e da Aldo Zard, nelle loro rispettive qualità e tale pronuncia è stata confermata con decisione passata in giudicato dalla Corte di Appello di Catanzaro.

Con sentenza n. 1436/2021, il T.a.r. ha quindi definito il giudizio n. 758/2010, annullando la determina di aggiudicazione definitiva dei lavori ed i verbali di gara per l'assorbente ragione della falsità delle sottoscrizioni, cosicché l'appalto non avrebbe potuto essere aggiudicato all'A.T.I. Barbieri Costruzioni s.r.l. - Lepsa s.r.l.

Alla luce, pertanto, dell'accertata illegittimità dell'assegnazione della procedura selettiva, l'esponente agisce ai sensi dell'art. 124 c.p.a. per il risarcimento per equivalente del pregiudizio derivante dalla mancata aggiudicazione.

Sostiene che, risultando seconda classificata nella graduatoria di gara, ha il diritto di conseguire l'appalto e nel caso di specie, essendo i lavori interamente seguiti, il ristoro per equivalente, dovendosi prescindere dall'accertamento di una qualsivoglia colpevolezza della stazione appaltante.

1.1. In particolare, ad avviso dell'esponente il Comune di Amantea avrebbe agito illegittimamente e, comunque, con una condotta colposa, dando rilievo ad atti e documenti falsi, nonostante la proposizione del ricorso notificato all'Ente il 22.06.2010, cui è stata allegata una perizia grafologica giurata e nonostante, ancora, la proposizione di un'azione di querela di falso, notificata allo stesso Ente il 26.07.2010, e la trasmissione di diffide, che non hanno però impedito la stipula del contratto di appalto avvenuta il successivo 14.10.2010.

In senso ostativo all'integrazione della responsabilità della p.a. non potrebbe poi assumere rilievo la mancata sospensione in sede giurisdizionale dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione, inidonea a recidere il nesso eziologico sussistente tra la condotta della stazione appaltante ed il danno patito dalla ricorrente. Parimenti, sempre con riferimento al nesso di causalità, il pregiudizio non potrebbe discendere dalla condotta dell'A.T.I.

aggiudicataria, essendo invece conseguenza delle scelte procedurali del Comune di Amantea, che ha assegnato l'appalto in base a documenti non riconducibili all'operatore economico, pur a fronte degli elementi oggettivi gravi forniti al medesimo Comune dalla deducente.

1.2. Sotto il profilo del *quantum debeatur*, il pregiudizio è individuato nella perdita dell'utile di impresa che l'esponente avrebbe conseguito per effetto della sicura aggiudicazione della gara in suo favore.

Ai fini della quantificazione del danno, la ricorrente ha acquisito lo stato finale dei lavori contenente i prezzi unitari desunti da prezziari ufficiali a suo tempo in vigore e, in mancanza di prezziari ufficiali, ha tenuto conto di appositi preventivi rilasciati da imprese del settore.

Avuto riguardo al ribasso offerto in sede di gara pari al 24,200%, è stato quindi individuato il prezzo di ciascuna voce dei lavori presente nello stato finale ufficiale nonché individuati, sempre con riferimento a ciascuna voce dei lavori, i costi della manodopera, dei materiali, delle attrezzature e di altri oneri. Per determinare l'utile perso, il deducente ha detratto i costi di ciascuna lavorazione dal prezzo offerto per la stessa ed ha sommato l'utile di ciascuna categoria di lavorazione che sarebbe stata eseguita, giungendo a calcolare un pregiudizio complessivo perso pari ad euro 192.861,26, oltre rivalutazione monetaria ed interessi.

La determinazione del danno subito è supportata dai documenti allegati, cioè dall'offerta presentata dal ricorrente, dallo stato finale dei lavori acquisito a seguito di accesso agli atti redatto in base a prezziari ufficiali, da preventivi di spesa rilasciati da imprese specializzate, dalla scheda analitica di determinazione dell'utile di impresa riferito a ciascuna categoria di lavorazione prevista per l'esecuzione dell'appalto.

1.3. In subordine, l'impresa ricorrente chiede l'applicazione dei criteri di liquidazione previsti per l'ipotesi di recesso esercitato dalla stazione appaltante attraverso la corresponsione della percentuale del 10% sul prezzo a base di gara, tenuto conto del ribasso offerto, criterio di liquidazione presunto dal

legislatore come si evince dall'art. 345 L. n. 2248/1865 all. F) e dall'art. 122 D.P.R. n. 554/1999.

1.4. In via ulteriormente subordinata è richiesta una sentenza di condanna sull'*an* e sotto il profilo del *quantum* la fissazione dei criteri in base ai quali il Comune di Amantea deve proporre all'esponente il pagamento di una somma entro un congruo termine, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Amantea, che confuta le argomentazioni della ricorrente, concludendo per il rigetto del ricorso.

Deduce, nello specifico, che l'amministrazione appaltante non è tenuta a controllare qualsiasi documento fornito dalle società partecipanti ad una gara dal punto di vista della veridicità della firma o della scrittura. La resistente, inoltre, non era vincolata ad astenersi dalla stipula del contratto con l'aggiudicataria, poiché nel giudizio n. 758/2010 il T.a.r. non ha emanato ordinanze cautelari di sospensione, sussistendo quindi la necessità di portare a termine la gara.

Ogni responsabilità ed ogni addebito risarcitorio andrebbe pertanto imputato esclusivamente all'A.T.I. Barbieri Costruzioni s.r.l. - Lepsa s.r.l.

La resistente amministrazione contesta inoltre la quantificazione dei danni, poiché generici, inverosimili e non dimostrati.

3. All'udienza pubblica dell'8 giugno 2022, in prossimità della quale sono state depositate memorie di replica, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il ricorso è fondato.

L'esponente agisce per il risarcimento del danno derivante dall'illegittima aggiudicazione disposta dal Comune di Amantea in relazione all'affidamento dei lavori di "*riqualificazione, recupero e valorizzazione del quartiere Catocastro e degli accessi al centro storico*".

Dalle emergenze documentali risulta che: l'aggiudicazione è stata annullata con sentenza n. 1436/2021 di questo Tribunale Amministrativo; l'impresa deducente si è collocata al secondo posto nella graduatoria della procedura

selettiva, basata sul criterio dell'offerta con il prezzo più basso; i lavori sono stati integralmente seguiti dalla prima graduata.

Ciò chiarito, in termini generali, secondo consolidati indirizzi giurisprudenziali, i presupposti per l'integrazione di un fatto illecito *ex art.* 2043 c.c. derivante dall'attività amministrativa sono: “a) *l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo che ha cagionato la lesione dell'interesse legittimo (il c.d. danno ingiusto o danno evento); b) il danno, patrimoniale o non patrimoniale, prodotto nella sfera giuridica del privato (c.d. danno conseguenza); c) il nesso causale tra la condotta dell'amministrazione e il danno; d) la colpa dell'amministrazione*” (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 9 luglio 2018, n. 4191), cosicché “*il risarcimento del danno non è una conseguenza diretta e costante dell'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo*” (Consiglio di Stato, Sez. II, 24 luglio 2020, n. 4732).

Sotto il profilo probatorio, “*spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il cd. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise; ...*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739).

Con specifico riferimento agli appalti, poi, l'art. 124 c.p.a., rubricato “*tutela in forma specifica e per equivalente*”, al comma 1 stabilisce che “*L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*”.

Come noto, in tema responsabilità della pubblica amministrazione in materia di commesse pubbliche, la Corte di Giustizia Europea -chiamata a stabilire se una norma interna che subordini il ristoro per violazione della disciplina degli appalti al carattere colpevole della violazione fosse o meno contrastante con le direttive ricorsi 89/665/CEE e 2007/66/CE- ha statuito, con la sentenza

Stadt Graz del 30.09.2010, causa C-314/09, che in caso di violazione di tale disciplina vi è una responsabilità oggettiva della stazione appaltante, sottratta ad ogni possibile esimente sotto il profilo della scusabilità dell'errore, perché altrimenti la tutela offerta al privato non sarebbe rapida.

A tali principi ermeneutici si è conformata la giurisprudenza amministrativa, la quale ha a più riprese statuito che *“la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, 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”* (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912; Sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429; Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; 25 febbraio 2019, n. 1257; 19 luglio 2018, n. 4381; 25 febbraio 2016, n. 772).

In aderenza ai riportati canoni interpretativi, pertanto, il profilo sull'asserita insussistenza di un contegno colposo imputabile alla stazione appaltante, prospettato dalla difesa comunale, non rientra nello spettro del vaglio giurisdizionale, attesa, secondo quanto appena chiarito, la natura oggettiva della responsabilità in esame.

Di contro, l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore dell'A.T.I. integra una violazione della disciplina in materia di appalti, per come evincibile dalla sentenza n. 1436/2021, secondo cui *“a parte la legge speciale di gara prevedeva la sottoscrizione della domanda di partecipazione a pena di esclusione, deve essere ricordato che la domanda di partecipazione alla gara non si configura quale mera comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice da parte del concorrente dei propri dati identificativi e dei propri requisiti ma identifica una precisa volontà negoziale espressa dal concorrente medesimo. Conseguenza del tutto necessitata di ciò è che è nulla la domanda di partecipazione ad una procedura di gara per difetto di sottoscrizione e per la conseguente mancanza di un elemento essenziale per individuare la paternità e, quindi, la responsabilità dell'offerta, proprio in quanto, difettando l'imputabilità dell'atto ad un soggetto, viene meno la sua stessa riconoscibilità esteriore”*.

Accertata, pertanto, l'illegittima attività amministrativa del Comune di Amantea, ritiene il Collegio che sussistano altresì gli ulteriori elementi per l'integrazione di un contegno illecito imputabile all'Ente locale ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Invero, l'aggiudicazione all'A.T.I. Barbieri Costruzioni s.r.l. - Lepsa s.r.l. ha impedito all'esponente, seconda graduata, di conseguire la commessa pubblica, in considerazione della circostanza che il criterio del prezzo più basso, posto quale parametro di selezione della gara, non implica l'esercizio di residue sacche di discrezionalità ad opera della stazione appaltante, risultando così comprovato il nesso eziologico, ai sensi dell'art. 1223 c.c., tra l'illegittimità dell'aggiudicazione ed il pregiudizio lamentato dall'esponente.

Circa, infine, la quantificazione del danno subito, esso coincide con la perdita dell'utile sofferta dalla ricorrente, risultando tale perdita una lesione connessa in via immediata e diretta alla mancata esecuzione del contratto di appalto e la cui entità si presume correlata all'offerta presentata in gara, ovvero al margine positivo in essa incorporato, quale differenza tra costi e ribasso sulla base d'asta (Consiglio di Stato, Sez. III, 22 luglio 2020, n. 4685).

Non può quindi trovare ingresso la diversa ponderazione rapportata alla misura percentuale del 10% dell'importo dell'offerta, poiché fondata su di un criterio forfettario e presuntivo, frutto della trasposizione di quanto previsto in caso di recesso dell'amministrazione dal contratto di appalto, dall'art. 134, comma 1, del previgente D. Lgs. n. 163/2006, che la giurisprudenza amministrativa ha tuttavia ormai abbandonato, poiché il "*danno per equivalente subito*" da mancata aggiudicazione dev'essere "*provato*" in conformità al richiamato art. 124, comma 1, c.p.a., dovendo riguardare, appunto, il margine di utile effettivo, quale ritraibile dal ribasso offerto dall'impresa nel corso della gara.

Dalla quantificazione dell'importo nel senso sopra descritto, dovrà essere decurtato l'eventuale *aliunde perceptum vel percipiendum* conseguito dall'impresa ricorrente nell'esecuzione di altri lavori durante il tempo di svolgimento del

contratto d'appalto e, a tal fine, l'esponente produrrà al Comune di Amantea i dati relativi alle forniture assunte nel periodo di durata del contratto.

La somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'I.s.t.a.t., che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria, e degli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

In ragione di quanto precisato ed in applicazione dell'art. 34, comma 4, c.p.a., il Comune di Amantea dovrà quindi formulare una proposta -contenente la somma liquidata a titolo di risarcimento sulla scorta dei criteri sopra indicati- entro novanta giorni dalla notificazione ad opera della ricorrente della presente sentenza all'intimata amministrazione.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo accoglie e, per l'effetto, condanna il Comune di Amantea a liquidare in favore della ricorrente una somma a titolo di risarcimento del danno secondo i criteri e nei termini indicati in motivazione.

Condanna la resistente amministrazione al pagamento delle spese di lite, liquidate nella misura di euro 3.305,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario, Estensore

Giovanni Caputi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Arturo Levato

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO