

Il requisito della colpa è indispensabile per valutare la responsabilità della pa

Responsabilità della pubblica amministrazione: per il requisito della colpa è indispensabile accedere ad una nozione di tipo oggettivo che tenga conto, tra l'altro, dei vizi che inficiano il provvedimento, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza e delle condizioni concrete.

Il Tar Sicilia, Catania, con la sentenza numero del 306 del 17 febbraio 2007 ci insegna che:

<Il risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge, e precisamente:

- a) l'elemento soggettivo, almeno sotto il profilo della colpa;
- b) il danno conseguente al diniego;
- c) il nesso di causalità tra il provvedimento illegittimo e l'evento dannoso>

significativo è inoltre il seguente passaggio:

<Con sentenza 14 ottobre 2004 n. C-275/03 la Corte di Giustizia CE ha precisato che è incompatibile con il diritto europeo sui mezzi di tutela in materia di pubblici appalti (direttiva 89/665/CEE e 92/13/CEE) la norma del diritto nazionale che subordina il risarcimento dei danni alla dimostrazione da parte del danneggiato del dolo o della colpa della P.A..

Viceversa, nella giurisprudenza amministrativa nazionale si è venuto ad affermare un orientamento, secondo il quale "il privato danneggiato, ai fini di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, ancorché onerato della dimostrazione della colpa dell'amministrazione, risulta agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari – acquisibili, sia pure con i connotati normativamente previsti, con maggior facilità delle prove dirette - quali la gravità della violazione, qui valorizzata quale presunzione semplice di colpa e non come criterio di valutazione assoluto, il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento. Così che, acquisiti gli indici rivelatori della colpa, spetta poi all'amministrazione l'allegazione degli elementi, pure indiziari, ascrivibili allo schema dell'errore scusabile e, in definitiva, al giudice, così come, in sostanza, voluto dalla Cassazione con la sentenza n. 500/99, apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità ad attestare o ad escludere la colpevolezza dell'amministrazione.

Tale attenuazione dell'onere probatorio non esclude tuttavia la necessità che le pretese risarcitorie presuppongano l'indicazione degli elementi che possano indurre il giudice a valutare in termini di responsabilità la condotta della pubblica amministrazione ...".>

inoltre in tema di quantificazione del risarcimento del danno, sembra importante sapere che:

<In caso di assoluta certezza dell'aggiudicazione, il danno totale è costituito al mancato utile d'impresa, che può essere determinato equitativamente nella misura del 10% (dieci per cento) dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso offerto, con ciò attribuendo valore di riferimento alla disposizione di cui all'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 in tema di recesso unilaterale della Pubblica Amministrazione dal contratto di appalto di opere pubbliche, intesa come espressione del criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con

1) dei verbali di gara del 29 novembre 2005, del 30 novembre 2005, dell'1 dicembre 2005 e del 15 dicembre 2005 per l'aggiudicazione dei lavori relativi al "progetto di interventi di manutenzione straordinaria e riparazione della rete viaria comunale" il cui appalto era stato indetto dal Comune di Zafferana a seguito della Determina Dirigenziale n. 5 del 20 ottobre 2005 di approvazione del progetto, nella parte in cui non sono stati inclusi nelle ali tutte le imprese che hanno offerto il medesimo ribasso, con conseguente mancata individuazione dell'offerta della ricorrente come offerta che per difetto si avvicina alla media finale ottenuta e mancata aggiudicazione, previo eventuale sorteggio;

2) di ogni altro atto, antecedente, susseguente e/o connesso con il provvedimento sub 1) impugnato, ivi compresa la nota prot. 678 del 12 gennaio 2006 avente ad oggetto "contestazioni determinazione soglia di anomalia", con cui il Presidente di gara ha rigettato la contestazione ai risultati di gara, formulata dalla società ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Impresa *** Salvatore;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore per la pubblica udienza del 24 gennaio 2007 il Consigliere dott. Ettore Leotta;

Uditi gli Avvocati delle parti costituite come da verbale di causa;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

Fatto e diritto

1) Con bando pubblicato nella G.U.R.S. n. 45 dell'11 novembre 2005 ed in alcuni giornali quotidiani il Comune di Zafferana Etnea ha indetto una gara di appalto per la realizzazione dei lavori relativi al "progetto di interventi di manutenzione straordinaria e riparazione della rete viaria comunale", per l'importo a base d'asta di Euro 387.218,44, compresi gli oneri per la sicurezza.

Nel predetto bando, al punto 15, lettera d), è stato prescritto testualmente:

"in caso di offerte uguali si procederà secondo quanto sancito dall'articolo 77 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827".

Alla gara di cui trattasi, svoltasi nei giorni 29 novembre 2005, 30 novembre 2005, 1 dicembre 2005 e 15 dicembre 2005, hanno partecipato vari concorrenti.

Nella seduta del 15 dicembre 2005, essendo stati ammessi n. 70 concorrenti, sono state escluse n. 7 offerte di maggior ribasso e n. 7 offerte di minor ribasso. Indi il Seggio di gara ha calcolato la media (corretta) delle n. 56 offerte ammesse, pari a 25,171333 ... % e, avendo accertato che n. 6 concorrenti (Edil *** avevano presentato il medesimo ribasso percentuale del 25,17 %, previa presentazione di offerte migliorative da parte dei legali rappresentanti del R.T.I. Giuseppe *** – *** Salvatore e dell'Impresa Fresta Geom. Alfio, ha aggiudicato l'appalto al R.T.I. Giuseppe *** – *** Salvatore.

Con ricorso notificato il 24 gennaio 2006, depositato il 3 febbraio 2006, la *** S.r.l., che aveva offerto il ribasso del 25,16 %, ha impugnato gli atti di gara, sostenendo che il c.d. taglio delle ali sarebbe stato effettuato in maniera illegittima (nella parte relativa all'esclusione del 10 % delle offerte di maggior ribasso), in quanto, in presenza di n. 4 offerte uguali (con il ribasso del 25,21%), collocate a cavallo della soglia di esclusione, il seggio di gara ne avrebbe escluso soltanto due, ammettendo le altre due.

Ove tutte le quattro offerte uguali fossero state escluse, la media corretta sarebbe stata del 25,168 % e l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato ad una delle due Imprese (***) S.r.l. e (***) Giuseppe Costruzioni S.r.l.) che avevano presentato il medesimo ribasso del 25,16%.

A sostegno delle proprie ragioni l'Impresa ricorrente ha dedotto la seguente censura unica:

Violazione del disciplinare di gara e dell'art. 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

Indi la ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione.

L'Impresa *** Salvatore (facente parte dell'A.T.I. costituita con l'Impresa *** Giuseppe) ha avverso il gravame, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza collegiale n. 588 del 30 marzo 2006 questo Tribunale ha rigettato la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 24 gennaio 2007 la causa è passata in decisione.

2) Il ricorso è fondato.

Il comma 1 bis dell'art. 21 della L. n. 109/1994 e successive modificazioni, nel testo coordinato con le norme della L.R. 2 agosto 2002 n. 7 e successive modifiche ed integrazioni, espressamente richiamato nel disciplinare di gara, dispone testualmente:

"1 -bis. Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media (...). Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque".

La questione giuridica intorno alla quale ruota la presente controversia consiste nello stabilire quale sia l'esatta applicazione della norma richiamata, nel caso in cui, con riferimento al cosiddetto "taglio delle ali", vi siano più offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso, ricadenti all'interno, ovvero all'estremità di ciascuna ala.

Dopo qualche oscillazione (Cfr. Tar Catania, Sezione III, 30 novembre 2004, n. 3538, annullata da C.G.A. 12 agosto 2005 n. 531) la giurisprudenza di questa Sezione staccata (Cfr. Tar Catania, Sezione I, 7 aprile 2005, n. 568; Tar Catania, Sezione IV, 7 luglio 2005 n. 1117; Tar Catania, Sezione IV, 6 dicembre 2005, n. 2311; Tar Catania, Sezione IV, 13 marzo 2006 n. 358), adeguandosi all'orientamento del giudice di appello (Cfr. Cons. Stato sez. II, 3 marzo 1999, n. 285; Cons. Stato, V, 18 giugno 2001, n. 3216; Consiglio Stato, sez. V, 26 febbraio 2003, n. 1094; Consiglio Stato, sez. V, 3 giugno 2002, n. 3068), si è ormai definitivamente orientata nel senso che:

- La ratio dell'esclusione dal novero delle offerte prese in considerazione di quelle collocate ai margini estremi, sta nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media.

Per fare questo (ossia eliminare le offerte disancorate dai valori medi), nel caso in cui siano più d'una le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, non resta altra strada che quella di attribuire alla parola "offerte", contenuta nel comma 1 bis del citato articolo 21, un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto. Sicché la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia di esclusione, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo della media e dello scarto medio aritmetico.

- Tale temperamento è ovviamente limitato all'ipotesi specifica delle offerte con pari ribasso, collocate a cavallo della soglia di esclusione, e, conseguentemente, non si applica alle offerte con uguale ribasso, collocate all'interno dell'ala, che vanno conteggiate individualmente, e non come blocco unitario.

Applicando tali principi giurisprudenziali alla fattispecie in esame, il ricorso dev'essere accolto e va conseguentemente disposto l'annullamento degli atti impugnati, limitatamente alla parte in cui, nel procedere al c.d. taglio delle ali, il seggio di gara, in presenza di n. 4 offerte uguali (con il ribasso del 25,21 %), collocate a cavallo della soglia di esclusione, ne ha escluse soltanto due, anziché quattro.

3) Il Tribunale deve ora pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno avanzata dall'Impresa ricorrente, che con memoria depositata il 5 luglio 2006 ha fatto presente che l'A.T.I. *** - *** ha eseguito integralmente i lavori, il che rende impossibile disporre la reintegrazione in forma specifica.

Come precisato in punto di fatto dalla ricorrente e non smentito dalla controinteressata, ove, nel procedere al c.d. taglio delle ali, il seggio di gara avesse escluso tutte le quattro offerte uguali (con il ribasso del 25,21 %), la nuova media (corretta) delle offerte sarebbe stata del 25,168 %, onde l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato ad una delle due Imprese (***) S.r.l. e (***) Giuseppe Costruzioni S.r.l.) che avevano presentato il medesimo ribasso del 25,16 %.

La ricorrente sostiene che in tal caso l'appalto sarebbe stato sicuramente aggiudicato a se stessa, in quanto unico concorrente interessato all'affidamento dei lavori, disposto a presentare un'offerta migliorativa.

Ritiene il Collegio che, essendo due le Imprese che hanno presentato la medesima offerta, entrambe avevano facoltà di presentare un'offerta migliorativa. A priori non può escludersi che tale offerta migliorativa avrebbe potuto essere presentata oltre che dalla *** S.r.l., anche dalla *** Giuseppe Costruzioni S.r.l..

Ne consegue che la ricorrente *** S.r.l. aveva una possibilità pari al 50% di risultare aggiudicataria.

Fatta tale necessaria premessa, il Collegio deve accertare se esistono i presupposti di legge per accordare il risarcimento richiesto ed in quale misura.

La giurisprudenza amministrativa più recente (Cfr. Cons. Stato, VI, 15 aprile 2003, n. 1945; Cons. Stato, 28 maggio 2004, n. 3465; Cons. Stato, IV, 30 settembre 2005, n. 5204; C.G.A. 22 marzo 2006 n. 92) ha precisato che:

A - Il risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge, e precisamente:

- a) l'elemento soggettivo, almeno sotto il profilo della colpa;
- b) il danno conseguente al diniego;
- c) il nesso di causalità tra il provvedimento illegittimo e l'evento dannoso.

B - Per quanto concerne, in particolare, il requisito della colpa della P.A., è indispensabile accedere ad una nozione di tipo oggettivo che tenga conto, tra l'altro, dei vizi che inficiano il provvedimento, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza e delle condizioni concrete.

Con sentenza 14 ottobre 2004 n. C-275/03 la Corte di Giustizia CE ha precisato che è incompatibile con il diritto europeo sui mezzi di tutela in materia di pubblici appalti (direttiva 89/665/CEE e 92/13/CEE) la norma del diritto nazionale che subordina il risarcimento dei danni alla dimostrazione da parte del danneggiato del dolo o della colpa della P.A..

Viceversa, nella giurisprudenza amministrativa nazionale (Cfr. Cons. Stato, V. 10 gennaio 2005, n. 5; Cons. Stato, V. 6 marzo 2006, n. 1068) si è venuto ad affermare un orientamento, secondo il quale "il privato danneggiato, ai fini di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, ancorché onerato della dimostrazione della colpa dell'amministrazione, risulta agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari – acquisibili, sia pure con i connotati normativamente previsti, con maggior facilità delle prove dirette - quali la gravità della violazione, qui valorizzata quale presunzione semplice di colpa e non come criterio di valutazione assoluto, il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento. Così che, acquisiti gli indici rivelatori della colpa, spetta poi all'amministrazione l'allegazione degli elementi, pure indiziari, ascrivibili allo schema dell'errore scusabile e, in definitiva, al giudice, così come, in sostanza, voluto dalla Cassazione con la sentenza n. 500/99, apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità ad attestare o ad escludere la colpevolezza dell'amministrazione.

Tale attenuazione dell'onere probatorio non esclude tuttavia la necessità che le pretese risarcitorie presuppongano l'indicazione degli elementi che possano indurre il giudice a valutare in termini di responsabilità la condotta della pubblica amministrazione ...".

Aderendo alla tesi del giudice nazionale, il Collegio ritiene che, nella fattispecie in esame, l'Impresa ricorrente abbia fornito elementi indiziari sufficienti circa la "colpa" dell'Amministrazione, evidenziando con memoria depositata il 5 luglio 2006 che:

- l'orientamento giurisprudenziale di gran lunga prevalente era nel senso che il c.d. taglio delle ali andava effettuato escludendo tutte indistintamente le offerte uguali poste a cavallo della soglia di esclusione;
- il Comune era stato diffidato dal fare eseguire i lavori con nota del 4 aprile 2006.

A ciò aggiungasi che:

- la sentenza del Tar Catania Sezione III, del 30 novembre 2004 n. 3538, nella quale era stata sostenuta la tesi seguita dall'Amministrazione, era stata annullata dal C.G.A. con decisione del 12 agosto 2005, n. 531, antecedentemente allo svolgimento della gara;

- il Tar aveva negato il richiesto provvedimento cautelare unicamente per consentire l'immediata realizzazione dei lavori di manutenzione straordinaria e riparazione della rete viaria comunale, ritenuti urgenti, pur avendo riconosciuto la fondatezza del ricorso.

Quanto al danno ed al nesso di causalità, trattasi di requisiti la cui esistenza nella fattispecie in esame è di tutta evidenza.

In conclusione, sussistono tutti i requisiti necessari per disporre il richiesto risarcimento.

A questo punto, il Collegio è chiamato a determinare l'esatto ammontare del risarcimento spettante alla *** S.r.l.

In caso di assoluta certezza dell'aggiudicazione, il danno totale è costituito al mancato utile d'impresa, che può essere determinato equitativamente nella misura del 10% (dieci per cento) dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso offerto, con ciò attribuendo valore di riferimento alla disposizione di cui all'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 in tema di recesso unilaterale della Pubblica Amministrazione dal contratto di appalto di opere pubbliche, intesa come espressione del criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con l'Amministrazione, così come lo era stato in precedenza l'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F (Cfr. Tar Bari, Sezione I, 4 aprile 2000, n. 1401; Tar Trieste, 26 gennaio 2002 n. 4, entrambi con riferimento all'art. 345 citato).

Poiché, come chiarito in precedenza, l'impresa ricorrente aveva una possibilità pari al 50% di risultare aggiudicataria, il Comune di Zafferana Etnea dovrà risarcire alla *** S.r.l. il 50% del predetto utile d'impresa (Cfr. ex multis, Cons. Stato, V, 8 luglio 2002, n. 3796).

Per quanto concerne il danno da perdita di "chances" per impossibilità di far valere in future procedure l'esecuzione del lavoro appaltato, perdita dell'immagine, deterioramento della posizione sul mercato ecc., tale danno può essere determinato equitativamente nella misura dell'3,00 % dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso offerto (Cfr. Cons. Stato, V, 27 ottobre 2003, n. 6666).

Poiché, come chiarito in precedenza, l'impresa ricorrente aveva una possibilità pari al 50% di risultare aggiudicataria, il Comune di Zafferana Etnea dovrà risarcire alla *** S.r.l. il 50% del predetto danno da perdita di "chances".

Il Comune di Zafferana Etnea va pertanto condannato a pagare alla ricorrente le somme relative, come sopra determinate, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notifica della presente decisione.

Trattandosi di debiti di valore (risarcimento del danno), sulle somme così liquidate deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'A.T.I. che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Sulle somme rivalutate non vanno aggiunti gli interessi legali dalla data della stipulazione del contratto fino alla data di deposito della presente decisione, atteso che, altrimenti, si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto (cfr. C. G.A. 22 aprile 2005, n. 276; Cons. Stato, IV, 28 aprile 2006, n. 2408).

Gli interessi legali sulle somme dovute spettano invece dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302; Cons. Stato, IV, 28 aprile 2006, n. 2408 citata).

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania, Sezione Quarta, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Zafferana Etnea a pagare all'Impresa ricorrente le somme di cui in motivazione, nel termine ivi indicato.

Le spese del giudizio, liquidate in Euro 340,00 (pari al contributo unificato) e gli onorari ed i diritti di avvocato, liquidati in Euro 2.000,00 (duemila) oltre Iva e C.p.a. come per legge ed il rimborso spese generali nella misura del 12,50%, sono posti per metà a carico del Comune di Zafferana Etnea e per metà a carico dell'Impresa *** Salvatore.

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

Così deciso in Catania, nella Camera di consiglio del 24 gennaio 2007 e del 7 febbraio 2007.

Il Presidente relatore estensore

(Dott. Ettore Leotta)

Depositata in Segreteria il 17 febbraio 2007