

N. 02966/2016 REG.PROV.COLL.

N. 10496/2012 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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10496 del 2012, proposto da:
Società Seap Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avv. Francesco Buscaglia, con domicilio eletto presso l'avv. Angelisa
Castronovo in Roma, Via Etruria, 44;

contro

Presidenza del Consiglio Ministri - Dipartimento Protezione Civile - Commissario
Delegato ex Opcm 3933/11 per l'emergenza immigrazione dal Nord Africa,
rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui
Uffici è domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ingiustamente arrecati
alla ricorrente per effetto dell'adozione dei provvedimenti di illegittima esclusione
dalla gara per l'affidamento del "servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed
avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di

Lampedusa di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria nell'ambito dell'emergenza derivante dall'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari”;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Protezione Civile - Commissario Delegato ex Opcm 3933/11 per l'emergenza immigrazione dal Nord Africa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2016 la dott.ssa Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, ritualmente notificato e depositato, la società Seap S.r.l. (di seguito anche “Seap” o “società”), odierna esponente, ha rappresentato quanto segue.

1.1 Il Dipartimento della Protezione Civile, Commissario delegato ex OPCM 3933/2011, indicava una procedura di gara per l'affidamento del “servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa, di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria”.

Alla gara partecipava il raggruppamento temporaneo d'impresa costituendo tra S.E.A.P. S.r.l. ed Adormare S.r.l. che, nel formulare la propria offerta, specificava l'esatto ammontare delle spese relative al costo del personale, detraendolo

dall'importo a base d'asta, nell'osservanza delle prescrizioni di cui all'art. 81, comma 3 bis, del D. Lgs. n. 163/2006, come introdotto dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 di conversione del D.L. n. 70/2011, applicabile *ratione temporis* al procedimento di cui trattasi.

L'offerta presentata dal RTI SEAP ADORMARE, pari al ribasso percentuale del 29,685% oltre oneri di sicurezza e costo del personale come per legge, per come formulata, sarebbe risultata la migliore tra le offerte ammesse.

Le modalità di formulazione di detta offerta, tuttavia, venivano ritenute irregolari dal Seggio di gara che disponeva l'esclusione del R.T.I. SEAP ADORMARE dalla selezione in parola.

Il servizio veniva quindi aggiudicato al concorrente Consorzio Comap.

Nonostante che con atto stragiudiziale del 10.10.2011 Seap invitasse l'Amministrazione a procedere alla corretta applicazione dell'art. 81, comma 3 bis, del D. Lgs. n. 163/2006 e, conseguentemente, a provvedere alla sua riammissione in gara e alla contestuale esclusione delle offerte formulate in violazione della prefata norma, con nota prot. n. 3933/0005898 del 18 ottobre 2011, l'Amministrazione resistente confermava l'esclusione del RTI SEAP ADORMARE.

1.2 Avverso l'illegittima esclusione il RTI SEAP ADORMARE proponeva ricorso avanti il Tar del Lazio, che con ordinanza n. 4369/2011 del 24.11.2011 accoglieva l'istanza cautelare del ricorrente e disponeva la sospensione degli effetti dell'esclusione impugnata; l'Amministrazione appaltante tuttavia aggiudicava e manteneva l'affidamento del servizio de quo in capo al Consorzio Comap.

Successivamente, con sentenza n. 612/2012 del 18.01.2012, il Tar accoglieva il ricorso e disponeva:

“a) l'annullamento degli atti gravati che hanno disposto l'esclusione dell'offerta della ricorrente nonché l'aggiudicazione definitiva della gara ad altro concorrente;

- b) l'ordine di riammissione alla procedura del R.T.I. ricorrente;
- c) l'obbligo di rinnovare le operazioni di gara”.

Ancorché immediatamente esecutive, le superiori statuizioni rimanevano inottemperate dalla Stazione appaltante che appellava la sentenza predetta avanti il Consiglio di Stato.

Con decisione n. 2988/2012 del 22.5.2012 il Giudice di seconde cure, ritenendo l'illegittimità dell'esclusione subita, rigettava l'appello come sopra proposto.

Soltanto in data 6.8.2012, dietro le reiterate diffide formulate dalla ricorrente, l'Amministrazione resistente comunicava di aver provveduto all'aggiudicazione provvisoria del servizio in favore della stessa.

2. Poiché il servizio oggetto della gara d'appalto, o meglio, la minima porzione di esso che ne residuava, non veniva tuttavia consegnato alla ricorrente, Seap proponeva il ricorso in epigrafe per chiedere la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente di tutti i danni patiti e patiendi dalla società a cagione della condotta illegittima della p.a., come sopra colpevolmente mantenuta, precisando di agire in giudizio uti singula e, conseguentemente, entro i limiti della quota (58%) da essa detenuta in seno al raggruppamento RTI SEAP ADORMARE.

La società chiedeva, in primo luogo, il risarcimento del danno emergente, per un complessivo ammontare di € 125.000,00, comprensivo dei costi sostenuti per la partecipazione alla procedura negoziata, dei costi di immobilizzazione e mancato utilizzo dei mezzi e delle attrezzature esclusivamente dedicati alle peculiarità dei servizi appaltati, degli oneri riconducibili al mancato abbattimento delle spese generali afferenti le economie di gestione della struttura aziendale a causa dell'inattività dell'impresa, del c.d. danno curriculare, del danno all'immagine e delle spese legali.

A titolo di lucro cessante domandava poi il risarcimento del danno riferibile all'utile che la ricorrente avrebbe conseguito nell'eventualità di regolare espletamento del servizio, quantificandolo in € 246.582,57. I danni complessivamente patiti dalla ricorrente venivano quindi quantificati in € 371.582,57.

Per l'illustrazione dei criteri di quantificazione Seap faceva rinvio ad una perizia giurata asseritamente allegata in atti, che tuttavia non risulta depositata nel presente giudizio, non essendo essa materialmente presente nel fascicolo di causa né figurando il suo deposito dal nuovo sistema informatico della giustizia amministrativa concernente la gestione del fascicolo elettronico.

Al termine dell'esposizione dei motivi di diritto la ricorrente avanzava richieste istruttorie, chiedendo a questo Giudice di voler disporre una consulenza tecnica d'ufficio al fine di accertare l'effettiva consistenza dei danni complessivamente residuati in capo alla società.

3. Nel presente giudizio si costituiva la Presidenza del Consiglio dei Ministri per resistere al ricorso in epigrafe; con argomentata memoria depositata in data 8.1.2016 contestava le richieste avanzate dalla ricorrente e chiedeva il rigetto del gravame nel merito.

Contestava altresì la fondatezza dei motivi aggiunti asseritamente proposti dalla parte ricorrente, che tuttavia non risultano depositati nel presente giudizio, non essendo essi materialmente presenti nel fascicolo di causa né figurando il loro deposito dal nuovo sistema informatico della giustizia amministrativa concernente la gestione del fascicolo elettronico.

4. Alla Pubblica udienza del 10 febbraio 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Viene all'odierno esame del Collegio il ricorso in epigrafe, proposto da Seap per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente del danno da illegittima esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio in oggetto, che la società ha dettagliato in due distinte voci: danno emergente e lucro cessante.

2. A tal proposito, Seap, quale legittima aggiudicataria ingiustamente lesa dalla perdita di chance conseguente al mancato espletamento del servizio per cui risultava vantare la migliore capacità tecnica e finanziaria e tutti i prescritti requisiti di idoneità a contrarre, deduce di aver subito un danno ingiusto come diretta conseguenza del comportamento colpevole dell'odierna resistente, che non solo illegittimamente escludeva il RTI SEAP ADORMARE dalla gara, ma altresì ometteva di ottemperare ai provvedimenti giudiziari favorevoli via via ottenuti da Seap nel contenzioso instaurato avverso l'atto di esclusione, quali l'ordinanza cautelare della Sezione n. 4369/2011 del 24.11.2011 che disponeva la sospensione degli effetti dell'esclusione impugnata, la successiva sentenza di primo grado n. 612/2012 del 18.01.2012 che accoglieva il ricorso, e la decisione del Consiglio di Stato n. 2988/2012 del 22.5.2012, di conferma della prima sentenza, alla quale soltanto seguiva l'aggiudicazione provvisoria del servizio in favore della ricorrente, omettendosene tuttavia, in punto di fatto, la consegna.

3. Nel caso all'odierno esame, quanto al comportamento tenuto dall'Amministrazione resistente, le richiamate pronunce del giudice amministrativo chiaramente accertano l'illegittimità dell'esclusione del RTI dalla gara in esame; dalla narrativa in fatto si evince, altresì, il protrarsi dell'inerzia della p.a. che reiteratamente ometteva di prestare esecuzione ai provvedimenti giudiziari suddetti e di aggiudicare il servizio in gara all'odierna ricorrente, restando ingiustificatamente inerte.

Quanto all'elemento soggettivo, si rammenta come, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, al privato non sia chiesto un particolare sforzo probatorio per

dimostrare la colpa dell'Amministrazione, potendo egli invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa, ed anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore non scusabile (da ultimo Cass., n. 23170 del 2014 e Cons. Stato, sez. III, 10 settembre 2014, n. 4618; in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213; 3 giugno 2006, n. 3981; 9 marzo 2007, n. 1114; 9 giugno 2008, n. 2751).

Nessuna circostanza idonea ad integrare l'errore scusabile è stata per contro addotta dalla intimata Presidenza del Consigli, desumendosi, viceversa, nella vicenda controversa, la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e di buona amministrazione nel non aver provveduto a dare tempestivamente e fattivamente esecuzione agli obblighi discendenti dalle ripetute pronunce giurisdizionali.

4. Appare dunque evidente che la domanda risarcitoria avanzata dalla società ricorrente è fondata e va senz'altro accolta nell'*an*, salvo determinare concretamente le voci di danno da riconoscersi a Seap.

Occorre in proposito considerare che, in materia di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, nel caso di accoglimento della domanda risarcitoria proposta dal partecipante ad una pubblica gara illegittimamente pretermesso (nella specie si trattava di una gara per l'affidamento di un incarico professionale), questi ha diritto all'integrale risarcimento dei danni subiti, a fronte della colpa dell'Amministrazione nel preferirgli un altro concorrente, qualora risulti accertato che, se la gara si fosse svolta regolarmente, ne sarebbe risultato vincitore. Nella quantificazione del danno, il giudice dovrà tener conto di tutte le circostanze del caso concreto e liquidare sia il danno emergente che il lucro cessante (quali le spese sostenute per partecipare alla gara, il mancato guadagno per non aver potuto svolgere l'attività professionale ed il mancato incremento del curriculum professionale) (Corte di Cassazione, sez. III civile, 8.6.2015, n. 11794).

La domanda sul quantum del richiesto risarcimento è dunque fondata e la pretesa risarcitoria dovrà essere commisurata al danno da mancata aggiudicazione del servizio de quo, la quale si pone in rapporto di diretta causalità con l'illegittima esclusione della società dalla gara e con la mancata tempestiva esecuzione delle pronunce giurisdizionali sopra richiamate, nei termini che di seguito si vanno ad esporre.

4.1 Preliminarmente va rilevato che Seap agisce uti singula rispetto al RTI SEAP ADORMARE nel quale, per effetto degli accordi intercorsi tra mandante e mandataria, le attività oggetto del servizio e i relativi corrispettivi venivano ripartiti secondo il seguente criterio di riparto: SEAP 58% , ADORMARE 42%.

Ne discende che, posto uguale a € 1.417.141,26 il valore complessivo dell'offerta formulata dal RTI predetto nella gara controversa, pari all'importo a base d'asta al netto del ribasso praticato (del 29,685%), maggiorato delle spese per gli oneri di sicurezza e per il costo del personale, la quota corrispondente alla ricorrente dovrà computarsi nella misura pari al 58% dell'offerta come sopra proposta, ossia in € 821.941,931.

4.2 Quanto alla prima voce di danno concernente il danno emergente, va premesso che i costi sostenuti per la partecipazione alla gara sono risarcibili all'impresa che lamenta la illegittima esclusione dall'appalto. Ed invero la partecipazione alle gare di appalto comporta, inevitabilmente, per le imprese, dei costi, che, ordinariamente, restano a carico dell'impresa medesima, sia in caso di aggiudicazione, che di mancata aggiudicazione; detti costi di partecipazione si connotano come danno emergente solo allorché l'impresa subisca un'illegittima esclusione, venendo in tale evenienza in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444; Tar Bari, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 1466). Ritiene tuttavia il Collegio che tali costi debbano peraltro essere contenuti nell'ambito dei costi diretti subiti ai fini della partecipazione, e

non anche degli oneri afferenti al mancato utilizzo dei mezzi dedicati alle peculiarità dei servizi appaltati, perché rientranti nella valutazione della voce del lucro cessante, né di quelli legati al mancato abbattimento delle spese generali in ragione dell'inattività dell'impresa, perché non direttamente connessi e non di facile determinazione.

Tuttavia nel caso di specie i costi sostenuti per la partecipazione alla gara sono oggetto di mera allegazione da parte di Seap e non anche di documentazione a fini di prova, e pertanto non possono essere riconosciuti alla ricorrente quale componente del risarcimento per equivalente del danno da illegittima esclusione dalla gara in questione.

4.3 Quanto al danno curriculare, che la ricorrente lamenta in dipendenza della mancata acquisizione dell'appalto che il RTI aveva titolo ad acquisire e consistente nel pregiudizio dallo stesso subito a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751), ritiene il Collegio che esso debba essere riconosciuto in virtù di una autonoma considerazione e non possa viceversa considerarsi incluso nel mancato utile d'impresa, anche tenuto conto della dedotta impossibilità per il RTI di utilizzare “*aliunde*” le attrezzature e le maestranze deputate all'espletamento del servizio non aggiudicato.

4.3.1 Si osserva al riguardo che, in linea di massima, deve ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2011 n. 1681; sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253; sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 20; sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144; sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; sez. IV, 6

giugno 2008 n. 2680; sez. V, 23 luglio 2009 n. 4594; sez. V, 12 febbraio 2008 n. 491; sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3723; nonché T.A.R. Lazio, sez. III, 2 febbraio 2011 n. 974 e T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010 n. 3).

4.3.2 E infatti, come la Sezione ha già avuto modo di osservare, tale voce di danno, costituente una specificazione del danno per perdita di chance, si correla necessariamente alla qualità di impresa operante nel settore degli appalti pubblici; e, più in particolare, al fatto stesso dell'esecuzione di uno di questi tipi di contratto, a prescindere dal lucro che l'impresa stessa si riprometta di ricavare per effetto del corrispettivo pagato dalla stazione appaltante. Questa qualità imprenditoriale può ben essere fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, in quanto idonea ad accrescere la capacità competitiva sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicazione di ulteriori e futuri appalti: l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un operatore economico, va infatti oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e ai relativi ricavi diretti.

Alla mancata esecuzione di un'opera pubblica illegittimamente appaltata si ricollegano, pertanto, indiretti nocimenti all'immagine della società, al suo radicamento nel mercato, all'ampliamento della qualità industriale o commerciale dell'azienda, al suo avviamento; ulteriormente dovendosi prendere in considerazione la lesione arrecata al più generale interesse pubblico al rispetto della concorrenza, in conseguenza dell'indebito potenziamento di imprese concorrenti che operino sul medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara (Tar Lazio, sez. I, 2 agosto 2011, n. 6907).

4.3.3 Circa la quantificazione del risarcimento, considerato che gli effetti dell'illegittima esclusione e della conseguente mancata aggiudicazione riguardano il solo territorio dell'isola di Lampedusa, dei porti di Licata e Mazara del Vallo e dell'isola di Pantelleria, si ritiene equo, in applicazione del criterio ex art. 1226 c.c.,

riconoscere una somma pari al 2% dell'offerta economica del RTI, per la quota riferibile a Seap Srl.

4.4 Viceversa, va disattesa la pretesa al maggiore danno con riguardo al c.d. "danno esistenziale", in quanto nella vicenda controversa non risulta essere stato leso il diritto all'immagine, al buon nome e all'onorabilità aziendale della ricorrente, e che si concretizza nella considerazione che un soggetto ha di sé e della reputazione di cui gode (Cons. Stato, Sez. V, 12/2/2008, n. 491), considerato che il provvedimento di esclusione, impugnato con il primo ricorso, è stato annullato dalle richiamate decisioni del giudice amministrativo, mentre la mancata realizzazione del servizio in questione non può concretare, in sé, un motivo di svalutazione o di detrazione dell'impresa nel mondo degli affari.

4.5 Venendo alla seconda voce di danno, non vi è dubbio che alla ricorrente vada riconosciuto integralmente l'utile conseguibile e non conseguito per effetto della mancata aggiudicazione dell'appalto in ragione dell'illegittima esclusione dalla gara. E invero, tutte le volte che si tratti di quantificare il lucro cessante da mancata esplicazione di un'attività d'impresa, pari al mancato utile ritraibile, vanno determinati, sulla base dell'offerta presentata dalla società, gli utili attesi dall'intera iniziativa per il periodo di riferimento, e però diminuiti dei redditi sotto qualunque forma conseguiti dalla società nel medesimo periodo, per l'impiego alternativo dei mezzi propri necessari al progetto mancato; e tanto, in applicazione del criterio dell'*aliunde perceptum*, vale a dire dell'utile alternativo che l'impresa può avere acquisito svolgendo attività alternative rispetto a quella che avrebbe dovuto eseguire, ove avesse ottenuto il servizio in appalto (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; Tar Lazio, sez. III-ter, 23 luglio 2010, n. 28158). Tuttavia, nel caso in esame rileva la dedotta impossibilità per il RTI di utilizzare "*aliunde*" le attrezzature e le maestranze deputate all'espletamento del servizio non aggiudicato, essendo evidente che, se l'ambito territoriale del servizio de qua afferente il solo territorio

dell'isola di Lampedusa, dei porti di Licata e Mazara del Vallo e dell'isola di Pantelleria, è stato affidato ad un'impresa (il Consorzio Comap), lo stesso contratto non può, ovviamente, esser stato eseguito da altra impresa (Seap Srl), la quale si è pertanto trovata nell'impossibilità di utilizzare le relative risorse aziendali all'uopo predisposte, e tanto giustifica l'integrale riconoscimento del danno per mancato utile d'impresa, ragguagliato all'intero utile che allo stesso ricorrente sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in questione .

Quanto alla determinazione del danno da mancato utile, il Collegio ritiene che all'impresa danneggiata possa essere riconosciuto un risarcimento che si reputa equo determinare nel 10% del valore dell'appalto, per la quota riferibile a Seap, anche perché la ricorrente non ha dato dimostrazione del fatto che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto (cfr. CGARS, 5.10.2010, n. 1236). Né, al riguardo, vale indagare sulla possibilità di diverso utilizzo delle risorse umane e strumentali da parte della ricorrente in quanto il Collegio mostra di condividere quella giurisprudenza che reputa illogico ed ingiusto caricare sul danneggiato le conseguenze negative della mancata prova di un fatto estintivo o modificativo della pretesa, quale è la compensazione per *aliunde perceptum* (CGARS, 21.9.2010, n. 1226; Tar Lazio, sez. II-ter, 13.12.2011, n. 9729)

5. Sugli importi complessivamente dovuti alla società a titolo di risarcimento del danno va calcolata la rivalutazione monetaria (trattandosi di un debito di valore) dalla data della maturazione del diritto (e cioè dalla data dell'aggiudicazione al Consorzio Comap) fino alla pubblicazione della presente sentenza.

Su tale somma sono, poi, dovuti gli interessi compensativi (conseguenti alla mancata disponibilità della somma in cui viene liquidato il debito di valore) da computarsi:

- sulla somma non rivalutata (sulla base del tasso degli interessi legali vigente al momento della maturazione del rateo del credito) per il periodo intercorrente fra l'aggiudicazione e la pubblicazione della presente sentenza;
- ed, invece, sull'importo rivalutato, per il periodo dalla pubblicazione della sentenza fino al saldo effettivo a favore della ricorrente.

6. Le spese seguono la soccombenza e restano liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in tali limiti accerta il diritto della parte ricorrente al risarcimento del danno, giusta la determinazione del relativo importo di cui ai punti 4.3, 4.5 e 5 della motivazione stessa.

Condanna la Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento nei confronti di Seap Srl delle spese del presente giudizio, che liquida complessivamente e forfetariamente in euro 3.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giulia Ferrari, Presidente FF

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **07/03/2016**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)