

Appalti pubblici: niente risarcimento del danno in mancanza dell'elemento soggettivo della colpa

(TAR Lombardia, Sez. Staccata di Brescia, Sez. Seconda, Sentenza n. 1261 del 24 agosto 2011)

di Lisa Scarinzi, Avvocato

L'elemento soggettivo della colpa costituisce il presupposto necessario, al fine di ottenere, da parte della stazione appaltante, il risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto. Questo è l'importante principio sancito dalla sezione distaccata di Brescia del Tar Lombardia con la sentenza n. 1261 del 24 Agosto 2011.

La vicenda ha origine da un antecedente, già oggetto di decisione definitiva da parte del Consiglio di Stato. In sostanza, il Comune aveva annullato l'aggiudicazione di un servizio di ristorazione per violazione dell'art.12 comma 1 lett.b) D.Lgs. 157/95, in quanto, pur avendo la società aggiudicataria dichiarato di non trovarsi in nessuna delle condizioni previste dalla suddetta normativa come causa di esclusione dalla partecipazione alle gare, era invece risultato che, a carico del suo procuratore speciale, era stata emessa una sentenza irrevocabile di condanna per violazioni in materia fiscale.

Il Comune aveva pertanto disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e la società aveva proposto ricorso proprio al Tar Lombardia, che inizialmente lo aveva accolto, basandosi sul fatto che la sentenza di condanna era stata emessa antecedentemente all'assunzione, da parte del soggetto condannato, della carica di procuratore speciale della società aggiudicataria, e pertanto quest'ultimo non era tenuto a darne menzione in sede di gara, trattandosi appunto di un centro di imputazione estraneo ai fatti.

Il Consiglio di Stato, però, si era dimostrato di avviso completamente contrario, ritenendo che il requisito della moralità professionale vada “estensivamente accertato in capo a qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del concorrente e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi in nome e per conto di questo”. Pertanto il giudice di appello aveva ritenuto assolutamente legittimo il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione da parte del Comune, in quanto, secondo la sua lettura, il precedente penale, in cui era incorso il procuratore speciale della società aggiudicataria, era comunque riferibile anche alla società stessa, la quale aveva in tal modo perso il requisito della moralità professionale e dunque era stata correttamente esclusa dalla gara.

Divenuta definitiva tale sentenza, il Comune, sulla base di una norma del capitolato speciale d'appalto della gara, aveva proposto ricorso contro la società, decaduta dall'aggiudicazione, richiedendo il risarcimento dei danni, derivati all'Amministrazione, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione stessa, per i “*maggior esborsi sostenuti per il servizio affidato alla seconda in graduatoria*”, cioè pari, in sostanza, alla differenza di prezzo, per ciascun pasto, visto che si trattava di una gara per l'affidamento di un servizio di ristorazione, tra l'offerta della prima in graduatoria, poi decaduta, e la seconda, divenuta successivamente aggiudicataria.

Il Tar Lombardia, però, come anticipato, non ha ritenuto di poter accogliere la domanda del Comune per il seguente ragionamento, che spiega anche la necessità di aver dovuto ricostruire la vicenda giuridica, che ha preceduto la sentenza in commento.

Se è vero che la precedente pronuncia del Consiglio di Stato, con il suo passaggio in giudicato, aveva definitivamente statuito ed aveva messo, per così dire, una “pietra tombale” sulla legittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, da parte del Comune, e sul fatto che la società, inizialmente aggiudicataria, al momento della gara, era priva dei requisiti di moralità professionale ritenuti necessari per la partecipazione alla gara stessa, nonostante che la sentenza penale di condanna riguardasse un fatto accaduto al suo procuratore speciale in un momento in cui quest'ultimo era Presidente di un'altra società; dall'altro lato la stessa sentenza non aveva però mai contestato alla società di aver reso dichiarazioni mendaci e, pertanto, tale aspetto poteva ancora essere oggetto di valutazione, in quanto non coperto dal giudicato.

La norma del capitolato speciale d'appalto, di cui il Comune chiedeva l'applicazione, stabilisce, infatti, che “*in caso di non veridicità delle dichiarazioni rilasciate, l'aggiudicazione verrà annullata, fatti salvi i diritti del Comune per il risarcimento di tutti i danni che potranno derivare*

all'Amministrazione". Ciò significa che presupposto per ottenere il risarcimento del danno è proprio l'aver reso dichiarazioni false e, soprattutto, sottolinea il giudice amministrativo, averlo fatto con colpa, in quanto la peculiare tutela risarcitoria contemplata da tale norma in favore della stazione appaltante vale, pur sempre, *"a riparare il danno derivante da un illecito civile e, dunque, è inquadrabile nel paradigma di quest'ultimo, così da essere soggetto ai principi generali applicabili in materia, tra cui, in primo luogo, quello relativo alla necessaria ricorrenza dell'elemento soggettivo della colpa, ai fini della risarcibilità del danno che ne è derivato"*. Secondo il giudice amministrativo tale requisito non ricorre nella condotta della società inizialmente aggiudicataria della gara di appalto, perché è comunque riconoscibile al procuratore speciale della società una legittima situazione di incertezza circa la dichiarazione da dover rendere con riferimento a possibili cause di esclusione dalla gara, o meglio una legittima incertezza sulla rilevanza e l'imputabilità alla società, che andava a rappresentare, di una condanna da lui subita per una vicenda che tale società non riguardava in alcun modo. Tale "beneficio del dubbio" esclude, dunque, secondo l'interpretazione data del Tar Lombardia *"il necessario requisito della colpa in ordine a quanto poi effettivamente dichiarato"*. Infatti, rilevano sempre i giudici amministrativi, se è vero che giurisprudenza ormai costante individua *"quale "esimente" dell'Amministrazione, sotto il profilo della responsabilità per l'attività svolta, la sussistenza di un'obiettiva situazione di incertezza circa le corrette determinazioni da assumere : elementari ragioni di parità delle parti impongono, pertanto, di riconoscere identica e speculare esimente in capo al privato, allorquando sia, reciprocamente, l'Amministrazione ad agire per pretendere il risarcimento di un danno, che assume provocato dalla condotta colposa del medesimo soggetto privato"*. Sulla base del suddetto ragionamento, è stato, quindi, escluso, per insussistenza appunto dell'elemento della colpa, che la dichiarazione fosse non veridica e conseguentemente è stato ritenuto mancante il necessario presupposto per l'esperimento, da parte del Comune, della domanda risarcitoria.