

DELIBERA N. 254/13/CONS

**OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III,
N. 99/2013 DEL 10 GENNAIO 2013**

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 27 marzo 2013;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni;

VISTA la propria delibera n.17/98 –“ Approvazione dei regolamenti concernenti la gestione amministrativa e la contabilità, il trattamento giuridico ed economico del personale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni” pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 169 del 22 luglio 1998, e successive modifiche e integrazioni;

VISTO il nuovo Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità adottato con delibera 223/12/CONS del 27 aprile 20120, e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la delibera n. 561/11/CONS con cui l'Autorità decideva di ricorrere a procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento del servizio di monitoraggio delle emittenti televisive nazionali (area pluralismo socio politico, garanzie dell'utenza e obblighi di programmazione), per il tempo strettamente necessario all'espletamento della gara comunitaria di cui alla precedente deliberazione n. 529/11/CONS, stimato in 8 mesi, per un importo a base d'asta ammontante a euro 609.000;

VISTA la delibera n. 648/11/CONS di aggiudicazione definitiva della predetta procedura negoziata;

VISTA la sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. II, n. 4907/12, con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso presentato dalla società ISIMM ricerche s.r.l. nei confronti della delibera n. 561/11/CONS, cui si aggiungeva il ricorso per motivi aggiunti avverso la delibera n. 648/11/CONS, anch'esso dichiarato inammissibile con la medesima pronuncia;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 99/2013 del 10 gennaio 2013 con cui, in riforma della decisione di primo grado, i giudici dell'appello hanno statuito:

- a) l'annullamento della delibera n. 561/11/CONS con la quale l'Autorità decideva di ricorrere a procedura negoziata - senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 57, co.2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 - per l'affidamento del servizio di monitoraggio delle emittenti televisive nazionali, per il tempo strettamente necessario all'espletamento della gara comunitaria di cui alla precedente deliberazione n. 529/11/CONS, stimato in 8 mesi, per un importo a base d'asta ammontante a euro 609.000; e l'annullamento della delibera n. 648/11/CONS di aggiudicazione definitiva di detta procedura negoziata alla Ge.Ca. s.r.l.;
- b) il diritto della ricorrente ISIMM ricerche s.r.l. al risarcimento del danno derivato dalla contestata attività amministrativa; danno da liquidarsi nei modi, nei termini e secondo i criteri precisati in parte motiva, ai sensi dell'art. 34, co. 4 c.p.a.;

VISTO che, quanto al punto b) della statuizione, il giudice d'appello ha ritenuto che la situazione soggettiva tutelabile a mezzo risarcimento del danno fosse la *chance*, ovvero l'astratta possibilità di un esito favorevole, all'uopo indicando, nei sensi di seguito indicati, i criteri per la sua liquidazione: *“il risarcimento deve essere quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara o concorso (C.d.S., VI, 18 dicembre 2001, n. 6281; 8 maggio 2002, n. 2485) e rapportato al prezzo pattuito in concreto per la complessiva commessa convenuta, essendo questo l'unico elemento utilizzabile in assenza di partecipazione del danneggiato alla procedura di gara (C.d.S., IV, 6 ottobre 2004, n. 6491 ;*

CONSIDERATO che, allo scopo della corretta quantificazione del danno subito, il Consiglio di Stato ha deciso :

- a) che all'appellante *“spetti l'acquisizione della documentazione amministrativa relativa alla procedura di affidamento di cui alla delibera 561/11/CONS”,* adempimento al quale *“provvederà il Segretario Generale dell'AGCOM, mettendo a disposizione dell'appellante la documentazione suddetta (con facoltà di estrarne copia) entro trenta giorni dalla data di ricezione della comunicazione in via amministrativa (o, se anteriore, dalla data di notificazione) della presente decisione”;*

- b) che entro i successivi “dieci giorni, l’appellante avrà la facoltà di precisare alla controparte obbligata l’importo della propria richiesta. In ogni caso, entro trenta giorni dall’adempimento di cui sopra, la parte obbligata formulerà la propria offerta risarcitoria, ai sensi e con gli effetti di cui al ripetuto art. 34, comma 4, c.p.a.”;
- c) che AGCOM era condannata “al pagamento delle spese legali dei due gradi di giudizio in favore di ISIMM Ricerche s.r.l., liquidandole in complessivi Euro 5.000 più gli accessori dovuti per legge (ivi compreso il rimborso del contributo unificato, etc.) e le spese successive che occorrano;

VISTA la nota prot. Agcom. n. 6157 del 5 febbraio 2013 con cui, in esecuzione della richiamata sentenza, il Segretario generale *ad interim*, per mezzo del Servizio Affari generali e contratti, ha messo a disposizione della società ISIMM ricerche s.r.l. gli atti indicati dal giudice d’appello, informando della circostanza anche le società che avevano partecipato alla procedura negoziata, in qualità di controinteressate ai sensi del Regolamento per l’accesso ai documenti amministrativi dell’Autorità;

VISTO che, in data 20 febbraio 2013, la società ISIMM ricerche s.r.l. ha effettuato l’accesso agli atti di gara;

VISTA la nota del 25 febbraio 2013 (prot. Agcom n. 11679 del 27 febbraio 2013) con cui la società ISIMM ricerche s.r.l., si è avvalsa della facoltà di formulare la propria offerta risarcitoria, ammontante complessivamente a **euro 33.263,51**, precisando che, nella quantificazione del suddetto ammontare, ha considerato che:

- 1) hanno partecipato alla gara, oltre all’aggiudicataria, altri due operatori economici;
- 2) il prezzo pattuito in concreto con la società Ge.Ca., per la complessiva commessa convenuta, è stato pari a euro 590.730,00;
- 3) l’utile d’impresa presuntivamente conseguibile nell’appalto in questione è da considerare pari a euro 59.073,00, che diviso per le quattro offerte (che avrebbero dovuto essere) ammesse a partecipare, dà **euro 14.768,25**, che corrisponde quindi alla somma che ISIMM ricerche s.r.l. richiede a titolo di risarcimento del danno da mera perdita di *chance*;
- 4) al risarcimento danno occorre aggiungere la somma di **euro 18.495,26**, che ISIMM ricerche s.r.l. ha diritto di ripetere a titolo di spese legali e accessori, di cui euro 6.250,00 di spese legali (vale a dire euro 5.000, oltre IVA al 21% e CPA al 4%); euro 12.000,00 ai fini della corresponsione del cd. contributo

unificato per le spese di giustizia ed, infine, euro 245,26 impiegati nelle notificazioni degli atti a mezzo servizio postale;

CONSIDERATO che, in materia di criteri per il calcolo del danno da perdita di *chance*, l'orientamento prevalente in giurisprudenza, richiamato dallo stesso giudice d'appello, è nel senso di ritenere che:

- a) per la definizione del danno occorre aver riguardo al prezzo complessivo pattuito per la fornitura (C.d.S., IV, 6 ottobre 2004, n. 6491) ;
- b) la perdita di *chance* va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara ed esecuzione dell'appalto; utile che, secondo un consolidato criterio, va presuntivamente stimato nel 10% dell'importo posto a base d'asta, ribassato dell'offerta presentata (C.d.S., IV, 15 ottobre 2012, n. 5279 che richiama, a sua volta, C.d.S., VI, 13 gennaio 2012, n. 115; C.d.S., IV, 6 luglio 2004, n. 5012; C.d.S., V, 8 luglio 2002, n. 3796);
- c) la quantificazione di cui al punto b) può subire una riduzione – poiché si tratta di risarcire una mera *chance*, seppur consistente, di aggiudicazione – qualora l'interessata non dimostri di essere stata nell'impossibilità di utilizzare, durante il tempo di esecuzione della procedura contestata, mezzi e maestranze per l'espletamento di diversi servizi; con la precisazione che “*l'onere di provare (l'assenza del) l'aliunde perceptum vel percipiendum grava non sull'Amministrazione ma sull'impresa*”;

VISTA la nota del 7 marzo 2013 (prot. Agcom n. 13178) con cui il Segretario generale *ad interim*, ai fini della valutazione della congruità della richiesta risarcitoria avanzata dalla società ISIMM ricerche s.r.l., ha chiesto a quest'ultima di produrre una dichiarazione, resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, attestante l'eventuale attività svolta nel periodo in cui avrebbe potuto eseguire l'appalto in questione e il relativo ed eventuale utile conseguito;

VISTA la nota del 15 marzo 2013, (prot. Agcom n. 14546) con cui la società ISIMM ricerche s.r.l. ha comunicato che, nel periodo di aggiudicazione della gara, non ha svolto altre attività lucrative che hanno consentito l'utilizzazione degli stessi mezzi e delle stesse maestranze originariamente utilizzati per il monitoraggio a favore dell'Agcom, confermando, di conseguenza, la richiesta risarcitoria già avanzata;

RITENUTO, pertanto, che l'offerta risarcitoria formulata da ISIMM ricerche s.r.l., appare calcolata in conformità ai richiamati riferimenti giurisprudenziali in materia di risarcimento da perdita di *chance*;

RITENUTO, di conseguenza, che l'Autorità può ragionevolmente escludere la possibilità di formulare un'eventuale controproposta di risarcimento danno, poiché non potrebbe determinare una diminuzione significativa della somma da corrispondere alla ISIMM ricerche s.r.l.;

UDITA la relazione del Commissario Maurizio Dècina, relatore ai sensi dell'art. 31 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

Articolo 1

1. Per le motivazioni espresse in premessa, in esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 99/2013 del 10 gennaio 2013, l'Autorità effettua il versamento di euro **33.263,51** alla società ISIMM Ricerche s.r.l. entro il 29 marzo 2013.
2. La presente spesa trova copertura sul capitolo 1041036 del corrente esercizio.
3. Il Servizio Organizzazione, bilancio e programmazione provvede agli adempimenti connessi all'attuazione della presente delibera.

La presente delibera è pubblicata sul sito web dell'Autorità e notificata alle parti interessate.

Napoli, 27 marzo 2012

IL COMMISSARIO RELATORE
Maurizio Dècina

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE *ad interim*
Antonio Perrucci

