



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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso con il numero di registro generale 1152 del 2010, proposto da FIUMARA Gabriele in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituendo con Ivan Scaravilli (mandante), Salvatore Alloro (mandante), rappresentati e difesi dagli Avvocati Giacomo Gargano e Ruggero Razza, con domicilio eletto in Palermo, via Tevere 4, presso lo studio dell'Avv. Filippo Cangemi;

contro

il Comune di San Giovanni Gemini (AG) in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Girolamo Rubino, presso il cui studio in Palermo, via G. Oberdan, 5 è elettivamente domiciliato;

nei confronti di

A.T.I. Professionisti Studio Iadanza s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- dei verbali di gara del 19 e del 20 maggio 2010;

- del verbale di gara del 24 maggio 2010, con il quale la commissione di gara ha aggiudicato provvisoriamente all'A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l. "il servizio relativo alla redazione degli studi geologici, programma indagini e prove geognostiche nonché relativa direzione, prestazioni geotecniche a supporto della progettazione definitiva ed esecutiva, direzione lavori, assistenza al collaudo, dei lavori di consolidamento del centro abitato a monte di Viale Alessi;
- della nota del 24 maggio 2010, con la quale la commissione di gara ha chiesto all'A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l. di voler fornire ulteriori giustificazioni, in aggiunta a quelle presentate a corredo dell'offerta economica, con particolare riferimento all'offerta relativa al "tempo", essendo la stessa risultata anomala;
- della nota del 26 maggio 2010 del Dirigente dell'area Tecnica del Comune di San Giovanni Gemini;
- del verbale di gara dell'1 giugno 2010 della commissione di gara;
- delle note dirigenziali del 3 giugno 2010;
- del verbale di gara del 7 giugno 2010 della commissione di gara;
- della nota del 7 giugno 2010 del dirigente dell'area tecnica del Comune di San Giovanni Gemini;
- della nota del 22 giugno 2010 del dirigente dell'area tecnica del Comune di San Giovanni Gemini;
- di ogni altro atto o provvedimento della procedura di gara, antecedente, successivo connesso e/o consequenziale;

NONCHE'

per il risarcimento del danno in forma specifica, mediante declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto o, in via subordinata, per l'equivalente, con la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTA la memoria di costituzione in giudizio con i relativi allegati del Comune resistente;

VISTA l'ordinanza collegiale n. 669 del 21 luglio 2010, di fissazione dell'udienza pubblica di discussione;

RELATORE il Referendario Anna Pignataro;

UDITI, all'udienza pubblica del 2 dicembre 2010, l'Avv. Ruggero Razza, per la parte ricorrente e l'Avv. C. Marino, giusta delega dell'Avv. Girolamo Rubino, per il Comune di San Giovanni Gemini;

VISTA la documentazione tutta in atti;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

I. Con bando di gara ritualmente pubblicato del 26 aprile 2010, il Comune di San Giovanni Gemini ha indetto una procedura aperta per l'affidamento con il criterio dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, del “servizio relativo alla redazione degli studi geologici, programma indagini e prove geognostiche nonché relativa direzione, prestazioni geotecniche a supporto della progettazione definitiva ed esecutiva, direzione lavori, assistenza al collaudo, dei lavori di consolidamento del centro abitato a monte di Viale Alessi (Area individuata nel PAI n. 063-1SG-023)” da esperirsi ai sensi del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo recepito dalla legge regionale n. 7 del 2002 e ss.mm.ii. e del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

L'importo a base d'asta è stato determinato in € 77.775,51, oltre IVA, contributi previdenziali e tassa vidimazione parcelle, e finanziato con fondi del POR FESR 2007/2013, giusta D.D.G. n. 176 del 7 aprile 2010 dell'Assessorato regionale territorio e ambiente.

Alla gara hanno partecipato sette concorrenti.

Nel corso della seduta del 24 maggio 2010 (verbale n. 3), il servizio è stato aggiudicato provvisoriamente all'A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l., sotto condizione dell'esito positivo delle giustificazioni richieste in ordine all'elemento tempo di cui all'offerta economica, mentre l'odierna ricorrente è risultata classificata al secondo posto della graduatoria.

Tale aggiudicazione provvisoria è stata poi confermata dal seggio di gara nella seduta del giorno 1 giugno seguente (verbale n. 4), essendo state ritenute esaustive le giustificazioni in ordine all'elemento tempo fornite dall'A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l. e, quindi, comunicata formalmente a tutti gli altri partecipanti nella seduta del 7 giugno seguente (verbale n. 5).

Con nota trasmessa via fax il 7 giugno 2010 – in atti - parte ricorrente ha informato l'Amministrazione comunale resistente in ordine al proprio intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243 *bis* del D.lgs. n. 163 del 2006 così come modificato dal comma 1 dell'art. 6 del D.lgs. n. 53 del 2010.

Il Dirigente competente ha, infine, comunicato all'odierna ricorrente (nota prot. n. 8745 del 22 giugno 2010) di avere proceduto all'aggiudicazione definitiva nei confronti dell'A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l., ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. 109 del 1994 nel testo coordinato con la legge regionale n. 7 del 2002 e ss.mm.ii., con propria determinazione n. 140 del 18 giugno 2010.

II. Con ricorso ritualmente notificato nei giorni 24 -29 giugno 2010 e depositato il 1° luglio seguente, il Prof. Geol. Gabriele Fiumara, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituendo con i geologi Ivan Scaravilli (mandante) e Salvatore Alloro (mandante), secondo classificato in graduatoria, ha impugnato i provvedimenti di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, oltre il risarcimento del danno in forma specifica, o in subordine per equivalente, sostenendo che l'aggiudicataria A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l. doveva, invece, essere esclusa dalla gara di che trattasi, per i seguenti motivi:

1) *Violazione e falsa applicazione degli articoli 53 del D.P.R. 554/99; violazione e falsa applicazione del punto 16, lettera c) del bando di gara e del punto 1.2., lettera ww) del disciplinare di gara; eccesso di potere per sviamento; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, violazione del principio della par condicio.*

L'aggiudicataria società di ingegneria non avrebbe effettuato, prima di partecipare alla gara, la comunicazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui alle norme di legge e della *lex specialis* sopraindicate, prevista a pena di esclusione al punto 1.2. lett ww) del disciplinare, bensì durante l'espletamento della gara stessa e dopo la segnalazione fattane alla stazione appaltante del ricorrente medesimo: trattandosi di ipotesi di documento del tutto mancante ab origine non né sarebbe stata possibile la successiva regolarizzazione, invece consentita dal seggio di gara.

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 86 e ss. del D.lgs. n. 163 /2006; violazione e falsa applicazione del punto 18, lett. e) del bando di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, illogicità; violazione dei principi di trasparenza e imparzialità.*

L'offerta economica presentata dal raggruppamento temporaneo aggiudicatario, sarebbe anomala perché non giustificabile tecnicamente e giuridicamente con riguardo al fattore tempo di esecuzione dei lavori: in particolare, la cd. "prova edometrica" non potrebbe essere eseguita in meno di otto giorni, contro i 6,75 indicati dall'aggiudicataria e, pertanto, la giustificazione addotta sul punto e ritenuta esaustiva dalla commissione comporterebbe la violazione del punto 18, lett e), del bando, poiché si tratterebbe di offerta in variante rispetto all'oggetto dell'appalto. La valutazione tecnica dell'anomalia effettuata dalla Commissione, dunque, si paleserebbe irrazionale e illogica e, come tale, sarebbe sindacabile dal giudice amministrativo.

3) *Violazione e falsa applicazione del comma 1 dell'art. 42 lettera b) del D.lgs. n. 163 /2006; violazione e falsa applicazione del punto 1, lett. a) del disciplinare di gara relativo all'offerta tecnica (busta B); eccesso di potere per sviamento di potere; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e del principio della par condicio.*

Nell'offerta tecnica presentata dal raggruppamento temporaneo controinteressato sarebbe mancante l'indicazione di cui al punto 1, lett. a), del disciplinare, ossia quella relativa alle attrezzature tecniche disponibili all'appaltatore per l'espletamento della prestazione.

4) *Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che la relazione di cui alla lettera a), relativa all'offerta tecnica, debba essere sottoscritta nel caso di concorrente costituito da soggetto da riunirsi, da ciascun soggetto che costituisce o costituirà il raggruppamento o il GEIE o l'associazione; eccesso di potere per sviamento; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e del principio della par condicio.*

La relazione tecnica contenuta nella busta B relativa all'offerta tecnica non sarebbe stata sottoscritta dall'altro professionista (Dott. Giuseppe Libreri) mandante del costituendo raggruppamento temporaneo, bensì dalla sola società capogruppo l'A.T. Studio Iadanza s.r.l., in violazione del disciplinare di gara.

5) *Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara nelle parti in cui prevede che tutti gli atti relativi alla procedura debbano essere sottoscritti nel caso di concorrente costituito da soggetti da riunirsi, da ciascun soggetto che costituisce o costituirà il raggruppamento o il GEIE o l'associazione; eccesso di potere per sviamento; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e del principio della par condicio.*

Analoghe argomentazioni a quelle esposte con il motivo precedente sono svolte riguardo alla (presunta) mancata sottoscrizione del documento contenente le giustificazioni fornite alla commissione di gara a proposito del tempo di esecuzione dei lavori indicato nell'offerta economica, sia da parte della A.T. Studio Iadanza s.r.l., sia dal mandante geologo Giuseppe Libreri.

6) *Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che il curriculum professionale del partecipante/i debba essere redatto in conformità agli allegati “G” ed “H” del D.P.R. n. 554/99 e ss.mm.ii.; eccesso di potere per sviamento; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e del principio della par condicio.*

Sarebbero rilevabili irregolarità e omissioni nei curricula redatti difformemente da quanto previsto dall'allegato “H” del D.P.R. n. 554/99 e ss.mm.ii. e presentati dai geologi Giuseppe Libreri e Antonella Laurelli, entrambi partecipanti alla A.T. Studio Iadanza s.r.l. nella qualità di mandanti. In ogni caso alla società A.T. Studio Baldanza doveva essere assegnato un punteggio inferiore a quello riconosciuto alla ricorrente medesima.

III. L'Amministrazione comunale intimata, si è costituita in giudizio per resistere al gravame, mentre la controinteressata A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l, ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

IV. Con ordinanza collegiale n. 669 del 21 luglio 2010 è stata fissata l'udienza di trattazione del merito ai sensi dell'art. 23-*bis*, comma 3, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

V. Il Comune resistente ha successivamente depositato memoria scritta con la quale ha chiesto la reiezione del gravame siccome infondato, controdeducendo sui singoli motivi di censura; ha, inoltre, precisato che l'indizione della gara rivestiva carattere di urgenza in quanto il servizio da affidare rientra tra gli interventi individuati dal D.D.G. dell'Assessorato regionale territorio e ambiente n. 176 del 2010 per l'area a rischio di dissesto idrogeologico identificata col cod. PAI 063-1-SG-023, per i quali l'Assessorato medesimo, con nota prot. n. 32159 del 12 maggio 2010, ricevuta il 1° giugno 2010 – esibita in atti - ha posto il termine perentorio di sessanta giorni per la trasmissione del progetto esecutivo cantierabile di riferimento.

Ha riferito, ancora, di avere stipulato il 30 giugno 2010 il contratto per l'espletamento dell'incarico *de quo* al fine di evitare il decorso di tale termine con conseguente perdita del finanziamento complessivo.

Ha dichiarato, infine, l'avvenuto espletamento dell'incarico da parte dell'aggiudicataria l'A.T. Studio Iadanza s.r.l. che, in data 7 luglio 2010 (nota prot. n. 298/2010), ha trasmesso gli elaborati richiesti per l'adempimento del contratto stesso tra cui, in particolare, le relazioni geologica e delle indagini geofisiche, nonché le analisi e le prove di laboratorio.

VI. Alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato, alla stregua del quarto motivo di censura che riveste carattere assorbente.

1.1. Lamenta parte ricorrente che la relazione tecnica contenuta nella busta B relativa all'offerta tecnica non sarebbe stata sottoscritta dall'altro professionista (Dott. Giuseppe Libreri) mandante del costituendo raggruppamento temporaneo, bensì dalla sola società capogruppo l'A.T. Studio Iadanza s.r.l., in violazione del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che la relazione di cui alla lettera a), relativa all'offerta tecnica, debba essere sottoscritta, nel caso di concorrente costituito da soggetto da riunirsi, da ciascun soggetto che costituisce o costituirà il raggruppamento o il GEIE o l'associazione.

Controdeduce in merito la difesa del Comune resistente, non contestando la circostanza dell'omessa sottoscrizione così come dedotto da parte ricorrente, bensì rilevando che la clausola della *lex specialis*, che si assumerebbe violata, in verità, non sanzionerebbe la mancata sottoscrizione da parte del soggetto mandante con l'esclusione dalla gara, donde l'infondatezza del motivo.

L'assunto di parte ricorrente è convincente.

Il disciplinare di gara, a proposito dei documenti che “devono essere contenuti” nella busta “B-Offerta Tecnica”, indica la relazione di cui alla lett. a) dello stesso, stabilendo che essa “deve essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente e, nel caso di concorrente costituito da soggetti da riunirsi, da ciascun soggetto che costituisce o che costituirà il raggruppamento o il GEIE o l’associazione”.

Dopo avere precisato le modalità di presentazione e il contenuto della offerta economica da inserire nella busta “C”, il disciplinare prosegue con un “N.B.” del seguente tenore: “(...) la mancanza o l’incompletezza della documentazione da inserire nei plichi indicati con le lettere “A” , “B” e “C”, determina l’esclusione dalla gara”.

Pare evidente, allora, che la mancanza della sottoscrizione del professionista mandante sulla relazione tecnica, determinandone l’incompletezza - con riguardo, tra l’altro, a un elemento certamente essenziale quale la manifestazione della paternità del suo contenuto - dovesse essere obbligatoriamente sanzionata, da parte del seggio di gara, con l’esclusione dell’A.T. controinteressata.

È appena il caso di rammentare, sul punto, che costante e condivisa giurisprudenza, da cui non vi è ragione di discostarsi nel caso di specie, ha chiarito che “in ordine a eventuali lacune riscontrate nella domanda di partecipazione a gara o nella allegata documentazione in sede di aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione, atteso che proprio il formalismo caratterizza la disciplina delle procedure di gara, rispondendo esso, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la

parità di condizioni tra i ricorrenti (Cons. St., IV, 21 aprile 2009 , n. 2435 ; sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

In altri termini, “i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati” (Cons. Stato, IV, 23 marzo 2010, n. 1700).

1.2. In conclusione, il ricorso appare fondato e, pertanto – assorbiti gli altri motivi - va accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati nelle parti in cui non è stata esclusa la A.T. Professionisti Studio Iadanza s.r.l. dalla partecipazione alla gara di che trattasi.

1.3. Va ora valutato se all’annullamento dell’aggiudicazione definitiva a favore di parte controinteressata segua l’inefficacia del contratto stipulato il 30 giugno 2010, alla stregua di quanto è stabilito dagli articoli 121, 122 e 123 del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Va premesso, innanzitutto, che l’inefficacia del contratto è stata indicata esplicitamente da parte ricorrente nella propria domanda quale effetto consequenziale all’annullamento dell’aggiudicazione.

La disposizione introdotta dall’art. 245-*bis*, comma 1, del Codice appalti, ora trasfusa nell’art. 121, comma 1, del Codice di rito prevede che il contratto, in linea di principio, debba essere dichiarato inefficace laddove ricorrano le “gravi violazioni” dalla medesima previsione legislativa elencate.

Tra queste, nel caso di specie, viene in rilievo la fattispecie sub lett. c), del mancato rispetto del termine dilatorio per la stipula del contratto (violazione dello standstill), qualora tale violazione abbia privato parte ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che

essa, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Tali presupposti si ritiene che debbano essere presenti entrambi ai fini della qualificazione del comportamento della stazione appaltante in termini di “grave violazione”.

Risulta che il Comune resistente e l'aggiudicataria controinteressata hanno stipulato il contratto il giorno 30 giugno 2010, ossia il giorno successivo alla notifica del ricorso in esame, ma che ciò ha di fatto impedito al ricorrente di conseguire l'affidamento, dato che già in data 7 luglio 2010, il contraente privato ha eseguito la prestazione convenuta.

Il potere di scelta del giudice tra la declaratoria di inefficacia e il mantenimento del contratto, quand'anche ci si trovi nell'ambito delle fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 121, trova comunque spazio alla stregua della previsione dettata al successivo comma 2, per effetto della quale, pur in presenza di violazioni “gravi”, nondimeno è possibile disporre il mantenimento del contratto “qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”.

Ritiene il collegio che l'avvenuta esecuzione del contratto – come dichiarato dal Comune resistente e non contestato da controparte - nel caso di specie, possa ricondursi a tale ipotesi, donde l'impossibilità del subentro del ricorrente vittorioso in sede giurisdizionale.

La prestazione professionale da tempo eseguita, infatti, è stata strumentale e di supporto tecnico alla progettazione e direzione dei lavori di consolidamento del centro abitato a monte di viale Alessi, facenti parte di un più ampio intervento per il miglioramento dell'assetto idrogeologico e di messa in sicurezza della aree interessate da fenomeni di dissesto finanziati nell'ambito del POR FESR Sicilia 2007/2013.

L'eventuale stipula del nuovo contratto con la ricorrente per la resa delle suddette prestazioni, invero, apparirebbe illogica, diseconomica e tecnicamente non utile, costituendo un duplicato delle rilevazioni e degli studi di cui l'amministrazione ha già usufruito per il prosieguo degli interventi di cui sopra, e si delineerebbe, dunque, grandemente pregiudizievole per l'interesse generale, l'interesse pubblico in concreto perseguito e i principi di buon andamento, efficienza e efficacia dell'azione amministrativa.

Per le ragioni sostanziali appena espresse e considerato, sotto il profilo processuale, l'intento, manifestato dalla parte ricorrente, seppur in linea subordinata, di "accontentarsi" del risarcimento per equivalente monetario del pregiudizio sofferto per effetto della mancata aggiudicazione, è da escludersi che l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima, nel caso di specie, conduca alla declaratoria di inefficacia del contratto.

Il contratto stipulato ed eseguito, pertanto, mantiene la sua efficacia.

2. Con riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale favorevole all'inquadramento della stessa all'interno della disciplina della responsabilità aquiliana, (*ex multis*, v. Cons. Stato, VI, 11 gennaio 2010, n. 14; V, 20 ottobre 2008, n. 5124; IV, 29 luglio 2008, n. 3723; VI, 19 giugno 2008 n. 3059; IV, 7 settembre 2007, n. 4722; VI, 23 giugno 2006, n. 3981; 9 novembre 2006, n. 6607; 9 marzo 2007, n. 1114; IV, 6 luglio 2004, n. 5012; 10 agosto 2004, n. 5500).

2.1. Per effetto dell'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata, parte ricorrente ha, quindi, subito un danno ingiusto, perdendo l'aggiudicazione dell'appalto che, altrimenti, sarebbe stata disposta a suo favore, tenuto conto della circostanza che si è classificata seconda in graduatoria.

Sussiste peraltro anche l'elemento soggettivo dell'illecito.

Giova al riguardo ribadire i principi elaborati dalla recente giurisprudenza in punto di prova dell'elemento soggettivo.

Come è stato recentemente sottolineato (Cons. Stato, VI, 11 gennaio 2010, n. 14; 26 gennaio 2009, n. 357; 9 giugno 2008, n. 2751; 9 marzo 2007, n. 1114;) non è richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo “un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a.”.

Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti a un atto illegittimo o comunque a una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Nel caso di specie, non emergono elementi tale da giustificare, sul piano soggettivo, l'errore commesso dalla stazione appaltante, trattandosi della mancata verifica della documentazione prodotta in gara riguardo ad un elemento formale essenziale perché richiesto dalla *lex specialis* a pena di nullità.

Si è in presenza, quindi, di un errore che in alcun modo può essere ritenuto scusabile e ciò conduce a ritenere sussistente l'elemento della colpa della stazione appaltante.

2.2. Ritenuta la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito si tratta a questo punto di quantificare il danno da risarcire per equivalente monetario.

A tal fine, il Collegio ritiene di non procedere direttamente alla liquidazione, ma di determinarne i criteri ai sensi dell'art. 34, comma 4, del codice di rito, in base ai quali l'amministrazione comunale resistente dovrà, poi, formulare al danneggiato la propria proposta risarcitoria concreta.

Il risarcimento del danno dovrà computarsi in base alle seguenti voci:

A) danno emergente:

deve ribadirsi il consolidato orientamento secondo cui nel caso in cui una impresa lamenti la mancata aggiudicazione di un appalto, non le spettano i costi di partecipazione alla gara.

Occorre, infatti, puntualizzare che la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione. Detti costi di partecipazione, pertanto, si qualificano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca un'illegittima esclusione – ipotesi questa non verificatasi nel caso particolare - perché in tale ipotesi viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (Cons. Stato, VI, 26 gennaio 2009, n. 357; 9 giugno 2008, n. 2751; 5 gennaio 2002, n. 443);

B) lucro cessante:

sotto il profilo dell'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante la giurisprudenza, condivisa dal Collegio, riconosce la spettanza nella sua interezza dell'utile d'impresa nella misura del 10% - in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato

F, sulle opere pubbliche, sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99 - qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre nel caso in cui tale dimostrazione non sia stata offerta – come nella specie è avvenuto – è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (v. Cons. St., VI, 11 gennaio 2010, n. 14; IV,7 settembre 2007, n. 4722; VI, 9 novembre 2006 n. 6607; V, 24 ottobre 2002, n. 5860). L'importo così determinato dovrà essere aumentato, in via equitativa, del 3% in considerazione dell'ulteriore danno, consistente nell'incidenza che la mancata esecuzione dell'appalto ha avuto anche curriculum professionale dell'odierna appellante (Cons. St., VI, 26 gennaio 2009, n. 357).

C) sulla somma liquidata ai sensi della lettera B), che riguarda il risarcimento del danno riconosciuto e che consiste, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della sentenza, data, quest'ultima, che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta (v. Cons. Stato, IV,7 settembre 2007, n. 4722);

D) sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi, calcolati nella misura legale, anno per anno, a decorrere dalla data della stipulazione anzidetta e fino a quella di deposito della predetta sentenza; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della

somma dovuta a titolo di risarcimento del danno (v. Cons. Stato, IV , n. 4722 del 2007 cit.);

E) su tutte le somme dovute ai sensi delle precedenti lettere decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della sentenza e fino all'effettivo soddisfo (v. Cons. Stato, IV , n. 4722 del 2007 cit.).

Qualora il Comune e la parte ricorrente non concludano alcun accordo entro il termine indicato in dispositivo, quest'ultima potrà chiedere a questo Tribunale l'esecuzione della presente sentenza, per l'adozione delle misure consequenziali, salva la trasmissione degli atti alla Corte dei conti per la valutazione dei fatti che hanno condotto alla medesima fase del giudizio.

3. Alla valutazione di non addivenire alla dichiarazione di inefficacia del contratto di che trattasi, poiché ormai eseguito, segue necessariamente quella della irrogazione della sanzione alternativa a carico della stazione appaltante, così come disposto dagli articoli 121, comma 4 e 123, comma 1, lett. a), del codice di rito, consistente nel pagamento di una sanzione pecuniaria da versarsi nel capitolo del bilancio dello Stato, indicato nel predetto art. 123, comma 1, lett. a), entro il termine di 60 giorni dal passaggio in giudicato della presente sentenza decorso il quale verrà applicata una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre.

3.1. La misura della sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante si ritiene che possa essere determinata nella misura minima prevista, pari allo 0,5 per cento del valore del contratto - inteso quest'ultimo come prezzo di aggiudicazione e, quindi, pari a € 48.573,87- corrispondente a € 242,87, nella prospettiva che, in tal modo, essa sia proporzionata al valore del contratto e corrispondente alla gravità della condotta.

Sotto tale ultimo aspetto, ritiene il Collegio, che la stazione appaltante abbia già indicato nelle difese scritte articolate in corso di causa le ragioni giustificatrici della

propria condotta posta in violazione del principio dello standstill (v. il precedente capo III, della motivazione, nella parte dedicata al “fatto”), e che ciò sia soddisfacente dell’esigenza di rispetto del contraddittorio di cui è espressione il comma 2 dell’art. 123, cit.. Tali giustificazioni, invero, vanno ritenute accoglibili, atteso il lasso di tempo ridotto intercorso tra il D.D.G. n. 176 datato 7 aprile 2010, di ammissione al finanziamento del progetto e la scadenza di 60 giorni decorrenti dal 1° giugno 2010 posta dal medesimo Assessorato regionale competente per la presentazione del progetto esecutivo cantierabile cui inerisce il servizio in oggetto.

3.1.1. Al fine dell’irrogazione della sanzione così determinata, copia della presente sentenza sarà comunicata, a cura della Segreteria di questo Tribunale, al Ministero dell’economia e delle finanze, entro cinque giorni dalla pubblicazione.

4. Le spese di giudizio vanno poste, come di norma, a carico del Comune resistente e soccombente nella misura indicata in dispositivo, mentre possono essere dichiarate irripetibili nei confronti di parte controinteressata non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei limiti e nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto:

- annulla i provvedimenti impugnati nella parte in cui è stata ammessa alla gara l’A.T.I. Professionisti Studio Iadanza S.r.l.;
- condanna il Comune di San Giovanni Gemini, in persona del Sindaco *pro tempore*, al risarcimento del danno per equivalente monetario in favore di Fiumara Gabriele in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituendo con Ivan Scaravilli (mandante), Salvatore Alloro (mandante), nella misura che sarà quantificata dallo stesso Comune soccombente secondo i criteri indicati nella motivazione, entro il

termine massimo ritenuto congruo di quarantacinque giorni dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione, se anteriore, della presente sentenza;

- condanna il Comune di San Giovanni Gemini, in persona del Sindaco *pro tempore*, al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in complessivi € 3.000,00 (Euro tremila/00), oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge, ed alla rifusione dell'importo del contributo unificato;

- dichiara irripetibili le spese di giudizio nei confronti della A.T.I. Professionisti Studio Iadanza S.r.l.;

- infligge la sanzione alternativa pecuniaria di cui all'art. 123, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 104 del 2010, nei confronti del Comune di San Giovanni Gemini, in persona del Sindaco *pro tempore*, nella misura e secondo le modalità e i termini indicati in motivazione (capo 3.1.).

Manda alla Segreteria per la comunicazione della presente sentenza al Ministero dell'economia e delle finanze, entro cinque giorni dalla pubblicazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 123, comma 1, lett. a), ult. periodo, del D.lgs. n. 104 del 2010.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente FF

Maria Cappellano, Referendario

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2010

IL SEGRETARIO

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