

N. 04843/2010 REG.SEN.  
N. 03855/2002 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 la Sicilia**  
**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3855 del 2002, proposto da:  
Servizi Sociali Soc.Coop. a r.l., rappresentata e difesa dall'avv.  
Giacomo Ferrari, con domicilio ex lege presso la Segreteria di questo  
T.A.R.;

***contro***

Comune di Tortorici (Me), rappresentato e difeso dall'avv.  
Gianfranco Contiguglia, con domicilio eletto presso lo stesso avv.  
Gianfranco Contiguglia in Catania, via Santangelo Fulci, 35;

***nei confronti di***

Servizi Sociali Stefanese Soc.Coop. a r.l., rappresentato e difeso  
dall'avv. Lucio Di Salvo, con domicilio ex lege presso la Segreteria di  
questo T.A.R.;

***per l'annullamento***

- della delib. G.M. n. 303 del 27.8.2002 avente ad oggetto “Assistenza domiciliare agli anziani - affidamento servizio “ e dei relativi allegati, compresa la convenzione;
- delle note del 23.9.2002 n. 112719 prot. e n. 20.8.2002 n. 11276;
- per il conseguente accertamento del diritto al risarcimento dei danni e la relativa condanna.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Tortorici (Me) e di Servizi Sociali Stefanese Soc.Coop. A R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2010 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso introduttivo, notificato il 12.11.2002 e depositato il 20.11.2002 la ricorrente espone di essere stata affidataria dal 1992 al 1997 del servizio di assistenza domiciliare agli anziani nel Comune di Tortorici, servizio espletato con diligenza.

Ciò nonostante la ricorrente non veniva interpellata ai fini dell'affidamento diretto del servizio di assistenza domiciliare agli

anziani per un anno, avvenuto con la deliberazione impugnata.

Avverso la stessa la ricorrente lamenta la violazione dell'art.15 della L.R. n.4/1996, come modificato dalla L.R. 22/96, nonché eccesso di potere: la ricorrente, in quanto istituzione socio assistenziale avente sede legale nel comune intimato, non avrebbe potuto essere pretermessa dalla trattativa privata volta all'affidamento del servizio in questione.

L'impresa ricorrente, oltre all'annullamento, chiede il risarcimento in forma specifica e per equivalente.

L'Amm.ne e la controinteressata si sono costituite in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n.2483/2002 è stata accolta la domanda di sospensione.

Con memoria depositata il 26.11.2010 la ricorrente ha dedotto che, nonostante la sospensione accordata da questo Tribunale, alla quale il Comune non ha ottemperato, il servizio è stato svolto dalla controinteressata, ed ha quindi insistito per il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni.

Quindi, all'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

I. Il Collegio ritiene di confermare l'orientamento espresso in sede cautelare, essendo il ricorso fondato.

Questo T.A.R. Sicilia – Catania, Sezione II, con sentenza n.

1012/2000 del 23.5.2000, emessa tra le stesse parti del presente giudizio, annullava –tra gli altri- la delib. G.M. n. 690 del 30.11.1998 di affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani alla Coop. Stefanese.

Il Tribunale riteneva fondato, tra gli altri, il motivo di gravame con il quale era stato dedotto il vizio di violazione dell'art.15 della L.R. n.4/96, come modificato dall'art.21/96, in quanto il Comune di Tortorici aveva omesso di invitare alla trattativa privata la ricorrente la quale, oltre ad avere la propria sede nel Comune medesimo , aveva ivi espletato il proprio servizio dal 1992 al 1997.

Questo Tribunale riteneva pure fondata, al riguardo, la censura di difetto di motivazione.

23 novembre 2006 numero 2327 e 25 luglio 2005 numero 1237).

Il CGA, con decisione n.33/2002 del 22.1.2002, confermava la sentenza di primo grado, precisando –in merito alla questione in esame- che l'omesso invito alla Coop. Servizi Sociali era illegittimo, per essere detta Cooperativa iscritta all'albo previsto dall'art.26 della LR n.26/86, con sede nella Provincia di Messina, ed avendo svolto identico servizio in precedenza; inoltre, il CGA precisava come la discrezionalità nella scelta delle imprese da invitare ad una trattativa privata incontri il limite dei principi di economicità e ragionevolezza, che vietano di escludere quelle che operano in zona.

Ebbene, nonostante il giudicato in questione, il Comune ha reiterato il comportamento censurato mediante l'adozione di un illegittimo

atto di affidamento diretto alla controinteressata, in esito a trattativa alla quale non ha invitato la ricorrente, in spregio al principio di diritto affermato dai Giudici in primo grado ed in appello, e addirittura adducendo nelle premesse, a giustificazione dell'affidamento alla controinteressata, il precedente servizio svolto in base alla delib. GM n.690/1998 annullata con la sentenza n. 1012/2000.

Ne consegue la sussistenza dei vizi di violazione di legge ed eccesso di potere lamentati dalla ricorrente.

II. Il Collegio passa ad esaminare la domanda risarcitoria.

L'impresa ricorrente, con il ricorso introduttivo, ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati ed il risarcimento sia in forma specifica che per equivalente, ma in memoria ha dedotto che, nonostante la sospensione accordata da questo Tribunale, alla quale il Comune non ha ottemperato, il servizio è stato svolto dalla controinteressata, ed ha quindi insistito per il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni, specificando la richiesta di risarcimento per equivalente, chiedendo la liquidazione dell'utile in modo forfettario, nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, il pagamento di prestazioni insolite (relative al precedente servizio) nonché il riconoscimento del c.d. "danno curriculare", cioè quello derivante dall'impossibilità di vantare nel proprio curriculum d'impresa quello specifico appalto.

Il Collegio ritiene che la domanda sia fondata nei termini e limiti di

cui infra..

Alla domanda giudiziale in questione si applica l'art. 124 del citato D.Lgs. 104/2010, relativo alla "tutela in forma specifica e per equivalente", ai sensi del quale "l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. ....".

I principi che il Collegio ritiene di applicare sono già stati affermati con il precedente di questa Sezione (sentenza dell'8 aprile 2010 numero 1050), al quale va fatto senz'altro rinvio per una compiuta disamina delle questioni in diritto e degli orientamenti giurisprudenziali, dovendosi qui semplicemente dare applicazione ai criteri individuati da questo Tribunale adattati alla fattispecie in esame.

Infatti, sussistono tutti i requisiti necessari per disporre il richiesto risarcimento, risultando acclarata l'illegittimità dell'atto, che ha originato il danno subito dalla ricorrente (mancata partecipazione alla gara).

Per quanto attiene all'elemento soggettivo della colpa, dopo aver ricordato che con recentissima sentenza 30 settembre 2010 numero C-314/09 la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ne ha escluso qualsiasi rilevanza ai fini della tutela risarcitoria in materia di

appalti, e ciò ha condotto già ad alcune applicazioni da parte dei Giudici Amm.vi (cfr. vedi TAR Lombardia – Brescia, sez. II 04.11.2010 n. 4552), risulta comunque decisivo il rilievo che nella fattispecie in esame sussistono, in ogni caso, evidenti elementi circa la “colpa” dell’Amministrazione, attesa la incontestabile elusione da parte dell’Amm.ne di un giudicato specifico sulla vicenda in esame; viceversa, l’Amm.ne non ha comprovato la scusabilità dell’errore.

In conclusione, sussistono tutti i requisiti necessari per disporre il risarcimento dei danni, che deve riguardare, essendo ormai stato espletato il servizio, il ristoro per equivalente.

Occorre ricordare che, con la richiamata sentenza di questo Tribunale (8 aprile 2010 numero 1050), in tema di mancata aggiudicazione, si è affermato, circa il mancato utile, che, se la parte che chiede il risarcimento del danno non documenta di non aver potuto utilizzare altrimenti le maestranze ed i mezzi lasciati disponibili per l’espletamento dell’appalto, il risarcimento dev’essere riconosciuto non nella sua interezza dell’utile di impresa nella misura del 10%, ma va ridotto, in via equitativa, in misura pari al 5% dell’offerta dell’impresa sull’importo soggetto a ribasso, e con esclusione degli oneri incompressibili (atteso che l’utile d’impresa può essere calcolato solo sul primo importo), importo depurato del ribasso d’asta.

Nel caso in questione, tuttavia, deve precisarsi che la ricorrente, a causa dell’illegittima pretermissione dalla gara, non ha comprovato,

né lo potrebbe, che si sarebbe resa aggiudicataria della gara.

In casi quali quello in esame, la Giurisprudenza ha ritenuto che, sebbene l'esistenza di vizi, pregiudiziali rispetto all'aggiudicazione, ed antecedenti al passaggio aggiudicatorio, non consenta di prospettare l'aggiudicazione della gara in favore del ricorrente (ove l'annullamento degli atti di gara legato ad irregolarità formali delle operazioni svolte comporti il travolgimento dell'intera procedura e, quindi, l'impossibilità di prevedere l'esito della gara), detta situazione di incertezza non può ridondare in danno della parte danneggiata, specie laddove essa sia dipesa da una grave negligenza posta in essere dall'Amministrazione (rilevandosi che in simili ipotesi la concorde giurisprudenza amministrativa consentiva il ricorso al criterio liquidatorio equitativo).

Pertanto, in tali casi, secondo la Giurisprudenza, la misura del risarcimento dovuto al partecipante a una gara pubblica ed illegittimamente pretermesso va determinata nella percentuale del 10% dell'ammontare a base d'asta con un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione alla possibilità che, in concreto, ci sarebbe stata aggiudicazione all'impresa (Consiglio Stato , sez. VI, 24 settembre 2010 , n. 7132). Nel caso specifico, il Collegio ritiene di riconoscere il risarcimento, in via equitativa, in misura pari al 3% dell'importo contrattuale (non essendo possibile parametrare il mancato utile all'offerta, non presentata) , con esclusione degli oneri incompressibili (atteso che l'utile d'impresa non può essere calcolato



solo su detti importi); a tale percentuale si perviene considerando, da un canto, che la ricorrente non ha né allegato, né tantomeno provato che dall'esclusione sia conseguita un'inutile immobilizzazione di risorse umane e mezzi tecnici e che, pertanto, può ritenersi che essa abbia ragionevolmente riadoperato le proprie risorse per lo svolgimento di attività analoghe, ed altresì considerando che la trattativa, ove la ricorrente fosse stata invitata, si sarebbe svolta con due concorrenti (la ricorrente e la controinteressata), per cui la ricorrente avrebbe presentato una chance di vittoria del 50%.

Nessun'altra somma può essere liquidata a titolo di mancato utile, ed in particolare, la richiesta di pagamento riferita alla mancata esecuzione di precedenti prestazioni contrattuali (pag.3 della memoria e pagg. 5 e 6 del ricorso), in disparte il problema della giurisdizione, risulta indecifrabile e sfornita di alcun principio di prova, non essendo stati prodotti neppure il contratto, gli atti di sospensione e la tabella, cui si fa riferimento nel ricorso, e dai quali scaturirebbe il diritto al pagamento.

Quanto al lucro cessante, secondo l'indirizzo della Sezione di cui alla richiamata sentenza n. 1050, non essendo stata fornita la prova circa la eventuale preclusione della partecipazione ad altre gare a causa della mancanza del fatturato, la richiesta va respinta, in applicazione del principio generale fissato dall'art.2967 c.c., dovendosi comprovare in modo rigoroso l'esistenza del danno che si assume subito, non potendosi invocare il cd principio acquisitivo, in quanto

attinente allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti, sottoposti all'onere della prova (si veda di recente T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 07 settembre 2010 , n. 2167, secondo il quale va respinta la richiesta risarcitoria per tale titolo ove sia assente la prova sulla domanda di partecipazione ad altre gare, sui margini di possibilità di relativa aggiudicazione, sulla dimensione dei mezzi di impresa tale da impedire alla richiedente di essere contemporaneamente impegnata sia sul fronte delle trattative contrastate, sia sul fronte della partecipazione alle altre gare d'appalto).

Per quanto concerne il danno da perdita di "chances" per impossibilità di far valere in future procedure l'esecuzione del servizio appaltato, perdita dell'immagine, deterioramento della posizione sul mercato ecc., il Collegio si richiama ai principi affermati con la più volte richiamata sentenza n. 1050/2010 e, pur non avendo la ricorrente comprovato rigorosamente la perdita di specifiche occasioni di aggiudicazioni di servizi, nelle more del giudizio, poichè risulta innegabile che dall'illegittima pretermissione dall'appalto in questione deriva il pregiudizio della perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale e di potenziare la propria presenza sul mercato, detto pregiudizio andrà ristorato equitativamente in una percentuale pari al 3% dell'importo contrattuale, sempre al netto degli oneri incomprimibili.

Pertanto l'Amm.ne intimata dovrà risarcire alla ricorrente anche il

predetto danno da perdita di "chances" nei limiti sopra precisati.

Pertanto, il Collegio, individuati come sopra i criteri generali per la quantificazione del danno e per la formulazione di una proposta risarcitoria da parte del Comune resistente alla ricorrente, ritiene di dare applicazione all'art. 34, comma 4, del D.Lgs. n. 104/2010, il quale dispone che "in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine".

Conclusivamente, l'Amministrazione intimata va condannata a quantificare la somma spettante a titolo risarcitorio alla ricorrente, e a rivolgerle la relativa offerta dettagliata e motivata, secondo i criteri sopra indicati, 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 in cui avrebbe dovuto essere stipulato il contratto, 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; gli interessi legali sulle somme dovute spettano invece dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (cfr. T.A.R. Catania, Sezione Terza, sentenza dell'8 aprile 2010 numero 1050 e giur. ivi rich.)

III. Conclusivamente il ricorso dev'essere accolto, nei sensi e limiti di cui sopra.

Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, vengono poste a carico dell'Amm.ne soccombente, ritenendo il Collegio equo disporre la compensazione nei riguardi della controinteressata, alla quale non è direttamente riconducibile attività lesiva nel corso della procedura in questione.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e limiti di cui in motivazione, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Tortorici al pagamento delle spese processuali in favore di parte ricorrente, liquidate nella misura di euro 2.000,00, oltre IVA, CPA e spese generali.

Compensa integralmente nei riguardi delle altre parti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella Guzzardi, Presidente FF

Alba Paola Puliatti, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2010

IL SEGRETARIO

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