

N. 04841/2010 REG.SEN.
N. 00303/2010 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 303 del 2010, proposto da:
Euroservice di Puglisi Antonino, rappresentato e difeso dagli avv.
Carmelo Barreca e Fabrizio Belfiore, con domicilio eletto presso
l'avv. Carmelo Barreca in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Regione Siciliana, Soprintendenza Per i Beni Culturali ed Ambientali
di Messina ed Assessorato dei Beni Culturali e dell'Identita' Siciliana-
Dipartim. dei Bb. Cc. e dell'Identita' Siciliana, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Distr. dello Stato di Catania, presso i cui Uffici sono
domiciliati per legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

Pulix Srl , non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- di tutti i verbali della gara relativa all'affidamento del servizio di pulizia giornaliera, sanificazione ed opere di giardinaggio nei locali Ufficio sede della Soprintendenza per i Beni Culturali ed Ambientali di Messina;
- dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva;
- di ogni altro atto, presupposto, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Siciliana e di Soprintendenza Per i Beni Culturali ed Ambientali di Messina e di Assessorato dei Beni Culturali e dell'Identita' Siciliana-Dipartim. dei Bb. Cc. e dell'Identita' Siciliana;

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 2 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 30.1/5.2.2010 (come da ricevuta della notifica a mezzo posta) e depositato l'8.2.2010 la ricorrente espone di aver partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di pulizia giornaliera, sanificazione ed opere di giardinaggio

nei locali Ufficio sede della Soprintendenza per i Beni Culturali ed Ambientali di Messina, per l'importo a b.a. di euro 582.520,89 oltre IVA, gara aggiudicata –previa verifica di anomalia- alla Pulix Srl, provvisoriamente il 25.11.2009, definitivamente il 2.12.2009; la ricorrente si è collocata al secondo posto in graduatoria.

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente, dopo aver premesso che il Disciplinare di gara, all'articolo 1, punto 2, lettera "b", ha richiesto alle partecipanti, di dichiarare "...l'elenco delle imprese (denominazione, ragione sociale e sede) rispetto alle quali, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, si trova in situazione di controllo diretto o come controllante o come controllato; tale dichiarazione deve essere resa anche se negativa...", precisando altresì, alla pagina 4, che "...la domanda, le dichiarazioni e le documentazioni di cui ai punti 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 a pena di esclusione, devono contenere quanto previsto nei predetti punti...", lamenta la mancata esclusione della Pulix, la quale si è limitata a dichiarare "...di non trovarsi in situazione di controllo diretto o come controllante o come controllato secondo quanto previsto dall'art.2359 del c.c. con altre imprese che hanno presentato l'offerta...".

La Pulix, osserva la ricorrente, ha reso una dichiarazione difforme rispetto a quanto specificamente richiesto a pena d'esclusione dalla lex specialis di gara, avendo limitato la stessa ai soli partecipanti alla gara.

Con il secondo motivo di ricorso si sostiene l'anomalia dell'offerta

della Pulix, che avrebbe dovuto condurre in ogni caso alla sua esclusione.

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

L'Amm.ne si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n.296/2010 è stata riconosciuta la fondatezza del ricorso, ai fini della fissazione del merito dello stesso.

Quindi, all'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Il Collegio ritiene di confermare l'orientamento espresso in sede cautelare, risultando fondato il primo motivo del ricorso, in quanto, nel vigore del precedente testo dell'art.38 del D.Lvo n.163/2006, ove il disciplinare di gara imponesse alle imprese partecipanti di elencare, a pena d'esclusione, le imprese rispetto alle quali, ai sensi dell'art.2359 c.c. si trovassero in situazione di controllo diretto o indiretto, o anche sostanziale, come controllante o come controllata precisando, altresì, che tale dichiarazione dovesse essere resa, a pena d'esclusione, anche se negativa, la dichiarazione riguardava non soltanto le imprese partecipanti alla gara.

In punto di fatto è bene precisare che la stessa Amministrazione, con la nota del 15 febbraio 2010, allegata alla memoria difensiva dell'Avvocatura di Catania, ha ammesso che la dichiarazione resa dalla Pulix, riferita a situazioni di controllo nei riguardi di altre

imprese concorrenti, era difforme da quanto richiesto nel disciplinare di gara p2. lettera b): “elenco delle imprese...”.

L'Amministrazione aggiunge che con decreto legge 25 settembre 2009 numero 135 è stato modificato l'articolo 38 del D.L.vo n.163/2006, limitando l'onere dichiarativo ex articolo 2359 del codice civile “rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura”.

Tuttavia, riconosce onestamente che tale modifica è intervenuta solo successivamente alla pubblicazione del Bando di gara (31.7/14.8.2009).

Al riguardo, la ricorrente sottolinea che la Stazione appaltante ha richiamato, in sede di disciplinare, l'articolo 38, lettere da a) a m), con esclusione delle lettere m-bis, m-ter) e m-quater (intervenute con successive modifiche legislative), proprio perché alla data di redazione del bando era vigente l'originario testo dell'art. 38 del D.L.vo 163/2006.

Il Collegio osserva in proposito che la circostanza dirimente è costituita dal fatto che il bando della gara ne costituisce la *lex specialis*, insensibile ad eventuali modifiche legislative intervenute, come nel caso in esame, successivamente, di guisa che il criterio ermeneutico per l'interpretazione della clausola del disciplinare della gara in questione (clausola invero chiara ed inequivocabile) va ricercato nella Giurisprudenza formatasi sull'originario testo della norma richiamata dal disciplinare stesso.

Ebbene, alla luce del costante orientamento della Giurisprudenza (anche di questo Tribunale) la dichiarazione resa dalla Pulix risulta difforme da quanto richiesto dalla lex specialis di gara, che prevede una dichiarazione riferita a tutte le imprese e non limitata alle imprese partecipanti alla gara.

In particolare, si è ritenuto, con riferimento a clausola dello stesso tenore di quella per cui è causa, che la dichiarazione resa limitatamente alle sole imprese concorrenti nella gara “non è conforme a quella richiesta dal bando di gara, con il corollario che l’impresa che la ha resa deve essere esclusa dalla procedura concorsuale per cui è causa. Fermo il rilievo della difformità testuale tra la dichiarazione richiesta e quella resa, nemmeno esse possono essere ritenute tra loro equivalenti (sulla scorta del rilievo che l’utilità dell’informazione è, ovviamente, in funzione della singola gara), giacché ex ante non può sapersi (o, almeno, ciò è quanto deve fisiologicamente presumersi) quali imprese parteciperanno a una specifica gara; almeno non prima che sia scaduto il termine per la presentazione delle relative domande. Invero, al di fuori di ipotesi patologiche, nessun imprenditore potrebbe sapere o garantire che nessun’altra impresa – pure ove si tratti di una controllata o controllante del dichiarante – presenterà, o non, domanda di partecipazione ad una determinata gara. Conseguentemente, la dichiarazione de qua necessariamente deve concernere tutte le controllate o controllanti, e non solamente quelle che (come solo ex

post potrebbe sapersi) abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara...” (in termini, C.G.A., Sezione giurisdizionale, 21 luglio 2008 numero 656/08; nonché 17 agosto 2009 numero 653 e 27 luglio 2005 numero 470; cfr., sempre in tal senso, T.A.R. Sicilia – Catania, Sezione IV, 23 novembre 2006 numero 2327 e 25 luglio 2005 numero 1237).

II. Il Collegio passa ad esaminare la domanda risarcitoria.

L'impresa ricorrente, nelle premesse del ricorso introduttivo, ha chiesto sia l'annullamento che il risarcimento in forma specifica e per equivalente, approfondendone poi i vari aspetti in memoria e specificando, quanto alla richiesta di risarcimento per equivalente, che spetterebbe sia la liquidazione dell'utile in modo forfettario, nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, sia il c.d. “danno curriculare”, cioè quello derivante dall'impossibilità di vantare nel proprio curriculum d'impresa quello specifico appalto.

A tale domanda giudiziale 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. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa

disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile”.

Il citato art. 121, relativo alla “inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni”, al comma 1 prevede che “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile

2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

Nessuna delle citate previsioni trova applicazione al caso in esame, sicchè non trova applicazione neppure l'art. 123, relativo alle “sanzioni alternative”, perché per il comma 4 dell'art. 121 tali sanzioni si applicano (solo) nei casi in cui il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata, “nonostante le violazioni” considerate dallo stesso art. 121.

Va allora verificata la possibilità di applicare il successivo art. 122, relativo alla “inefficacia del contratto negli altri casi”, ai sensi del quale “fuori dei casi indicati dall'art. 121, comma 1, e dall'art. 123, comma 3” (relativo all'applicazione di sanzioni alternative in caso di violazione dei citati termini dilatori), “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il

contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”.

La citata disposizione demanda al giudice di decidere se dichiarare oppure no inefficace il contratto, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati e dello stato di esecuzione del contratto e della correlata possibilità di subentrare nel contratto, sempreché il vizio dell'aggiudicazione non comporti invece il mero obbligo di rinnovare la gara, e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Ora, con specifico riferimento ai parametri indicati, la ricorrente ha esplicitato che il proprio interesse prioritario è quello di ottenere il risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'affidamento dell'appalto, e solo in via subordinata quello in forma generica, per equivalente; dimostrando oltretutto che se l'impresa controinteressata fosse stata esclusa, l'aggiudicazione avrebbe dovuto essere disposta in proprio favore, in quanto seconda in graduatoria.

Il Collegio, in applicazione dei parametri sopra ricordati, ritiene che, trattandosi di un servizio di durata triennale, l'eventuale intervenuta

stipula del contratto e parziale esecuzione del servizio non osta al subentro della ricorrente, rispondendo peraltro la reintegrazione in forma specifica mediante assegnazione del servizio per il periodo residuo (non solo all'interesse della ricorrente ad impiegare maestranze ed attrezzature, nonché ad acquisire esperienza e fatturato, presupposto per la partecipazione a successive gare, ma) anche all'interesse dell'Amm.ne a contenere i danni da ristorare.

Viceversa, per il periodo già eventualmente decorso l'Amm.ne sarà tenuta al risarcimento per equivalente.

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 e perfettamente aderenti alla fattispecie in esame.

Infatti, sussistono tutti i requisiti necessari per disporre il richiesto risarcimento, risultando acclarata l'illegittimità dell'atto (mancata esclusione dell'impresa graduatasi al primo posto della graduatoria), che ha originato il danno subito dalla ricorrente (perdita dell'appalto).

Per quanto attiene, poi, 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 omissione da parte della concorrente di una prescritta dichiarazione, peraltro di notevole rilevanza; viceversa, l’Amm.ne non ha comprovato la scusabilità dell’errore.

In conclusione, sussistono tutti i requisiti necessari per disporre il richiesto risarcimento, che deve riguardare, secondo la domanda principale, l’aggiudicazione del servizio per il periodo residuo e, per il periodo decorso, per equivalente, facendosi applicazione dei principi espressi con la richiamata sentenza di questo Tribunale (8 aprile 2010 numero 1050) secondo la quale, in ordine alla richiesta relativa al mancato utile, 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 incomprimibili (atteso che l’utile d’impresa può essere calcolato solo sul primo importo), importo depurato del ribasso d’asta, limitatamente al periodo di tempo per il

quale l'Amm.ne non potrà reintegrare l'impresa in forma specifica.

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.

Il Collegio ritiene che tale orientamento rigoroso vada riaffermato, soprattutto alla luce di quanto ora disposto dall'art. 124 del citato D.Lgs. 104/2010, relativo alla "tutela in forma specifica e per equivalente", ai sensi del quale "se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato".

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 osserva che la valutazione del risarcimento del danno che l'impresa riceverà in futuro dal mancato inserimento di questo specifico appalto nel proprio curriculum d'impresa non può compiersi in base ai medesimi criteri di certezza che presiedono alla liquidazione del danno già completamente

verificatosi nel momento del giudizio, e deve avvenire secondo un criterio di rilevante probabilità; a tal fine, il rischio concreto di pregiudizio è configurabile come danno futuro ogni volta che l'effettiva diminuzione patrimoniale appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocamente sintomatici di quella probabilità, secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto (cfr. Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2010 n. 10072).

In ogni caso, in assenza di espressa analitica contestazione dei presupposti della richiesta, soccorre altresì il criterio della valutazione del contegno globale delle parti e delle loro tesi difensive, ex art. 116, comma 2, c.p.c.: infatti, il comportamento processuale della parte può costituire unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento del giudice, e non soltanto elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo (cfr. Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967).

Dunque, quanto al 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% del prezzo offerto in gara (Cons. Stato Sez. IV, sentenza 7 settembre 2007, n. 4722), sempre limitatamente al periodo di tempo non coperto dalla reintegrazione in forma specifica.

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 reintegrare la ricorrente, come sopra detto, nell'appalto in questione e, quanto al periodo non risarcibile nella forma di reintegrazione specifica, 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.

Su detta somma l'Amm.ne dovrà computare la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, dalla data in cui avrebbe dovuto essere stipulato il contratto, così come recentemente affermato da Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 6 dicembre 2010 n. 8549, con la quale si è chiarito che “il risarcimento dei danni da inadempimento contrattuale, dovuto anche nel caso di mancata aggiudicazione di una gara di appalto, costituisce un debito non di valuta ma di valore. Pertanto, deve tenersi conto della svalutazione monetaria intervenuta, senza la necessità di dimostrare il danno maggiore. Sulla somma rivalutata decorrono gli interessi, che non costituiscono una duplicazione risarcitoria, atteso che la rivalutazione e gli interessi adempiono funzioni diverse”.

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 di gara in questione né attività difensiva nel presente giudizio.

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 le Amm.ni intimare, in solido, al pagamento delle spese

processuali in favore di parte ricorrente, liquidate nella misura di euro 2.000,00, oltre IVA, CPA e spese generali ed oltre al rimborso del contributo unificato.

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

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

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, 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.)