



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8 del 2012, proposto da:

Daneco S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via San Lucifero n° 65;

contro

il Comune di Sassari, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Ida Rinaldi, Simonetta Pagliazzo e Marco Russo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Raffaele Di Tucci in Cagliari, via Tuveri n. 47;

per il risarcimento dei danni

cagionati alla Daneco S.p.A. dall'illegittimità della procedura aperta indetta dal Comune di Sassari per l'appalto relativo a «Impianti di preselezione e bio-stabilizzazione a servizio del sistema di smaltimento r.s.u. dell'ex bacino 12 di Sassari in località Scala Erre».

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sassari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2012 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Silvio Pinna per la ricorrente, l'avv. Maria Ida Rinaldi per il Comune di Sassari e l'avv. Giuseppe Martelli per i controinteressati.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La Daneco S.p.A. ha partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Sassari nel luglio del 2008, per l'appalto relativo a «*impianti di preselezione e bio-stabilizzazione a servizio del sistema di smaltimento r.s.u. dell'ex bacino 12 di Sassari in località Scala Erre*». All'esito delle operazioni di gara, con determinazione dirigenziale n. 9123 del 28 dicembre 2009, l'amministrazione appaltante, previa esclusione dell'offerta del raggruppamento ASWS International s.r.l., aggiudicava definitivamente il contratto all'A.T.I. con capogruppo RICCOBONI S.p.A.. In data 15 marzo 2010 l'amministrazione provvedeva alla consegna dei lavori, nelle more della stipula del contratto, poi avvenuta il 20 aprile 2010. Con ricorso numero di registro generale 149 del 2010, la

Daneco S.p.A. impugnava il bando di gara nella parte in cui aveva previsto l'apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche, nonché l'aggiudicazione definitiva disposta a favore dell'ATI RICCOBONI S.p.A., chiedendo il conseguente annullamento del contratto stipulato nelle more.

Le censure, come accennato, erano incentrate sostanzialmente su un'unica questione, vale a dire la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza delle gare, indotta dal mancato svolgimento in forma pubblica delle sedute di gara dedicate all'apertura dei plichi contenenti la documentazione relativa all'offerta tecnica dei concorrenti.

Il ricorso, riunito con l'ordinanza di questa Sezione n. 38 del 4 maggio 2010, in ragione della evidente connessione oggettiva, ai ricorsi numero di registro generale 1081 del 2009, proposto da SECIT (Società Ecologica Italiana) S.p.A; numero di registro generale 1271 del 2009, proposto da ASWS International S.r.l., è stato accolto con la sentenza TAR Sardegna, sez. I, 15 ottobre 2010, n° 2299, con il conseguente annullamento del bando di gara, della determinazione dirigenziale n. 9123 del 28.12.2009 di aggiudicazione definitiva all'A.T.I. Riccoboni SpA/Ladumer SpA/Ticca srl, nonché del contratto stipulato.

L'appello contro detta sentenza è stato rigettato dal Consiglio di Stato, con la sentenza dell'Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 13.

2. - Peraltro, nelle more della definizione del contenzioso sopra richiamato, i lavori oggetto del contratto di appalto (stipulato con l'A.T.I. Riccoboni SpA/Ladumer SpA/Ticca srl, come accennato, il 20 aprile 2010) sono stati in larga parte eseguiti dalle imprese controinteressate.

3.1. - Pertanto, la Daneco S.p.A., con il ricorso in epigrafe, avviato alla notifica il 27 dicembre 2011 e depositato il successivo 9 gennaio 2012, chiede l'accertamento del diritto al risarcimento dei danni subiti per la illegittimità della procedura di gara, come definitivamente statuito in sede giurisdizionale dalla citata Ad. Plen. n° 13 del 2011. Sostiene, in specie, che l'avanzata esecuzione dei lavori impedisce che la procedura di gara possa essere integralmente rinnovata da parte del Comune di Sassari. Pertanto, il risarcimento dei danni subiti può essere fatto valere dalla Daneco solo come risarcimento per equivalente.

3.2. - In tale prospettiva, la ricorrente – sotto il profilo dell'elemento oggettivo della responsabilità della stazione appaltante – rileva che l'illegittimità della procedura di gara, per le ragioni sopra accennate, è stata definitivamente accertata dalle sentenze, prima del TAR Sardegna e poi del Consiglio di Stato.

3.3. - Per quanto riguarda la colpa della p.a., la ricorrente richiama l'orientamento del Consiglio di Stato che consente al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo di provare la sussistenza dell'elemento soggettivo anche mediante regole di comune esperienza o presunzioni semplici, invocando a tali fini l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa.

3.4. - In ordine alla quantificazione del danno, sotto i concorrenti profili del danno emergente e lucro cessante, la ricorrente articola la domanda nelle seguenti voci:

- le spese di partecipazione alla gara;
- il danno da perdita di *chance*, da risarcire per equivalente in conseguenza della non ripetibilità della procedura di gara annullata, calcolato con riferimento ad un utile presumibile pari al 10% dell'importo posto a base di gara, ripartito fra le quattro partecipanti alla gara annullata; e quindi pari al 25% (un quarto) dell'utile presunto;
- il danno curriculare, da liquidarsi in via equitativa ai sensi degli articoli 1226 e 2056 del codice civile, nella misura pari al 4% dell'offerta formulata, ugualmente ridotto ad un quarto in ragione del numero di partecipanti alla gara.

4. - In data 22 febbraio 2012, si costituiva in giudizio il Comune di Sassari, il quale chiedeva il rigetto del ricorso.

5. - All'udienza del 6 giugno 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. - Il ricorso è fondato nei limiti di cui appresso.

7.1. - Occorre, in primo luogo, verificare la sussistenza dei presupposti che integrano la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, da ricondurre, secondo giurisprudenza consolidata, all'art. 2043 del codice civile.

7.2. - Il primo elemento, della illegittimità provvedimento ovvero della illegittimità dell'azione amministrativa, risulta, nel caso di specie, definitivamente accertato con il passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, alle cui motivazioni, pertanto, non si può che rinviare (anche ai sensi dell'art. 74 del codice processo amministrativo).

7.3. – In merito al requisito soggettivo della colpa, non possono essere condivise le argomentazioni avanzate dalla difesa del Comune di Sassari, volte a dimostrare la sussistenza, nel caso di specie, di cause di esclusione della colpa dell'amministrazione comunale.

In primo luogo, deve essere rammentato che anche all'epoca della pubblicazione del bando di gara (contenente la prescrizione dello svolgimento in seduta riservata dell'apertura delle buste con le offerte tecniche) era presente in giurisprudenza un consistente orientamento contrario (e di ciò si trova preciso richiamo nella sentenza dell'Ad. plen. n. 13/2011, in particolare al punto 5 della parte in diritto).

In secondo luogo, la procedura di gara di cui trattasi aveva per oggetto l'affidamento di un contratto il cui importo stimato era superiore alla soglia di rilevanza comunitaria (o europea), ambito nel quale, in conseguenza della sentenza della Corte di Giustizia U.E., sez. III, 30 settembre 2010, causa C-314/09, opera la regola della responsabilità oggettiva della P.A. . La Corte ha infatti ritenuto che gli Stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice, rilevando in particolare come *"il tenore letterale degli art. 1 n. 1, e 2 n. 1, 5 e 6, nonché del sesto "considerando" della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità"*. Secondo i giudici della Corte UE (cfr. punto 39) *«il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito nella citata direttiva (...)soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata - così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 - alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice»*.

Secondo la Corte di Giustizia, la tutela per equivalente (risarcimento del danno), rappresenta una mera alternativa alla tutela in forma specifica; e poiché questa non è condizionata all'accertamento di alcun coefficiente soggettivo, ne deriva che anche il risarcimento per equivalente non può essere subordinato all'accertamento della colpa dell'amministrazione aggiudicatrice.

Si deve specificare, inoltre, che la soluzione affermata nella più recente giurisprudenza europea si estende a tutte le figure che compongono la tutela risarcitoria (in forma specifica o per equivalente), nelle controversie che hanno per oggetto le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici. Non solo, quindi, nelle ipotesi di lesione del diritto all'aggiudicazione del contratto ma anche nei casi, come nella fattispecie di cui al ricorso in esame, di lesione dell'interesse a partecipare ad una procedura di gara legittimamente svolta (interesse che trova la sua tutela sotto i due profili dell'annullamento degli atti della procedura e dell'obbligo di rinnovare la procedura di gara: si veda quanto prevede l'art. 122 del codice del processo amministrativo).

8.1. – Va riconosciuto, conseguentemente, il danno da perdita di *chance*, ovvero il danno subito dall'impresa a cui

è stata illegittimamente sottratta la possibilità di partecipare ad una legittima procedura selettiva e, conseguentemente, di poter essere dichiarata aggiudicataria.

8.2. - Nel caso di specie, come accennato, il ristoro della *chance* può avvenire solo per equivalente, considerato che la tutela in forma specifica (vale a dire mediante il rinnovo integrale della procedura di gara annullata, alla quale la ricorrente avrebbe potuto nuovamente partecipare), risulta preclusa dalla circostanza che l'esecuzione dei lavori si è protratta (come risulta anche dalla documentazione depositata dall'amministrazione comunale intimata: doc. n. 4 della produzione documentale del 26 aprile 2012) fino alla realizzazione di quasi i 2/3 dell'appalto.

8.3. - Si deve, conseguentemente, esaminare la questione della quantificazione del danno subito, da determinarsi - in termini percentuali - sull'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara, ove questa fosse stata rinnovata.

La giurisprudenza nettamente prevalente, in queste ipotesi determina tale parametro commisurandolo al 10% dell'importo posto a base di gara, diminuito del ribasso offerto, utilizzando in via equitativa il criterio stabilito attualmente dall'art. 158 del Codice dei contratti pubblici, di cui d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Peraltro, poiché si opera sul piano di una valutazione eminentemente equitativa del danno, e poiché la ricorrente non dimostra di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze nell'esecuzione di altri contratti (Cons. Stato, V, 24 ottobre 2002, n. 5860; VI, 9 novembre 2006, n. 6607), il Collegio ritiene congruo determinare tale percentuale nel 5 %.

Si può, inoltre, considerare come importo di aggiudicazione (parametro per il calcolo del danno da perdita di *chance*) quello risultante dal contratto stipulato tra il Comune di Sassari e l'A.T.I. Riccoboni.

8.4. - Infine, va precisato che, quando il ricorrente allega solo la perdita di una *chance* a sostegno della pretesa risarcitoria, la somma commisurata al (presumibile) utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria (Cons. Stato, VI, 8 maggio 2002, n. 2485). Si può ipotizzare che (alla luce della specializzazione dei lavori oggetto dell'appalto), anche nell'ipotesi di una nuova procedura ad evidenza pubblica, correttamente indetta dall'amministrazione comunale, avrebbero partecipato le medesime quattro imprese che avevano concorso nella procedura annullata. Pertanto, la perdita della *chance* può essere quantificata in un quarto dell'utile di impresa, presumendo le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara per ogni concorrente. Vale a dire in una percentuale pari allo 1,25 % dell'importo oggetto di affidamento.

8.5. - Detta percentuale deve essere così applicata alla fattispecie in esame:

- l'importo complessivo del contratto risulta pari a euro 9.022.471,68;

- l'utile ipotizzabile corrisponde ad euro 451.123,58=, il cui 1,25% è pari ad euro 5.639,04.

A tale somma, riguardante il risarcimento di un danno da responsabilità extracontrattuale e, pertanto, costituente debito di valore (Cons. Stato, sez. V, 8.07.02, n. 3796 e sez. IV, 15.2.05, n. 478), deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data del verificarsi dell'illecito (TAR Lombardia, Brescia, 23.06.2000, n. 557), vale a dire dalla data della illegittima aggiudicazione, fino alla data di deposito della presente sentenza; data in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta. Sulle somme, progressivamente rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale, secondo il tasso annuale vigente a partire dall'epoca della verifica dell'illecito e fino a quello di deposito della presente sentenza; ciò in funzione compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno (Cons. Stato, sez. IV, 15.02.05, n. 478). Su tutte le somme sono dovuti, infine, gli interessi legali, dalla data di deposito della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

9. - Con riferimento al profilo del danno curriculare, esso deve ritenersi non sussistente (sul punto, recentemente, si veda T.A.R. Sardegna, sez. I, 17 giugno 2011, n. 609 ed ivi ulteriore giurisprudenza conforme, alla quale si rinvia

anche ai sensi dell'art. 74 del c.p.a.). Pertanto, la domanda di risarcimento del danno curriculare deve essere rigettata.

10. – Sempre sul piano della quantificazione del danno, non possono invece attribuirsi le spese sostenute per la partecipazione alla gara. Lo svolgimento di una procedura di gara (anche solamente virtuale, come si è visto), e quindi le spese per la partecipazione ad essa, rappresentano il logico presupposto, nelle controversie del tipo di quella in esame, della figura del danno da perdita di *chance*. Ne consegue che, nel caso in cui si riconosca il danno da perdita di *chance*, appare del tutto evidente che le spese di partecipazione alla gara debbano essere necessariamente e logicamente sopportate dal concorrente che ottenga detto risarcimento.

11. - Il ricorso, in conclusione, deve essere accolto nei limiti sopra esposti.

12. - La disciplina delle spese di lite segue la soccombenza, nei termini precisati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, condanna il Comune di Sassari al pagamento del risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente DANECO S.p.A., nella misura di euro 5.639,04, oltre interessi e rivalutazione come indicato in motivazione.

Condanna il Comune di Sassari al pagamento delle spese del presente giudizio a favore della società ricorrente, liquidate in complessivi euro 4.000,00 (quattromila), oltre la rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/08/2012

IL SEGRETARIO

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