



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 238 del 2005, proposto da:

Sab Engineering Srl, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I., Ecotec Srl, Studio Energy Project, rappresentate e difese dagli avv. Mario Busiri Vici, Matteo Frenguelli, con domicilio eletto presso Silvano Venturi in Brescia, via Diaz, 9;

***contro***

Comune di Travagliato, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, via Diaz, 13/C;

***per la condanna***

AL RISARCIMENTO DEL DANNO PER MANCATA AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI PROGETTAZIONE DELL'INTERVENTO DI RIQUALIFICAZIONE DI PIAZZA DELLA LIBERTA'.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Travagliato;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2013 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Riferiscono le ricorrenti di aver preso parte alla gara d'appalto indetta dal Comune di Travagliato per l'affidamento dei servizi tecnici relativi alla progettazione definitiva ed esecutiva dell'intervento di riqualificazione di Piazza della Libertà, e di essersi piazzate al secondo posto.

A seguito della proposizione del ricorso giurisdizionale, questo Tribunale – con sentenza n. 1692 del 30/10/2002 (già passata in giudicato) – accoglieva la domanda caducatoria valorizzando il secondo motivo dedotto afferente all'illogicità nell'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione, con particolare riguardo alle relazioni metodologiche.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione parte ricorrente

chiede il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, per la sussistenza dei seguenti elementi:

a) colpa dell'amministrazione = l'appalto è stato aggiudicato esaltando il curriculum della controinteressata senza premurarsi di dare un peso sufficiente al progetto relativo ai lavori oggetto di gara; la Commissione non si è attenuta, *"nella fissazione dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica e nella conseguente attribuzione dei punteggi, ai fattori ponderali espressamente previsti dal capo 1 lettera F) del bando di gara"*, ossia <<professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva>> (punto a) e <<caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta>> (punto b); *"... in virtù della specificità ed accuratezza del progetto e della relazione metodologica presentati dal ricorrente con riferimento alla peculiarità dei servizi richiesti dal bando e in considerazione della contrapposta genericità di quelli prodotti dalla controinteressata, ... risulta senza dubbio illogica l'attribuzione dei rispettivi punteggi, emergendo chiaramente come la Commissione abbia valutato due volte il curriculum delle partecipanti sia con riferimento al punto a) che al punto b) dei fattori ponderali del capo 1 lett. F) del bando di gara"* (pag. 9 sentenza); la pronuncia ha altresì affermato che la Commissione non può aggiudicare al progettista più noto ma all'offerta migliore; la Commissione ha agito con negligenza (non perseguendo l'interesse pubblico) ed imperizia (per le scarse capacità dimostrate), e non affiora alcun errore scusabile perché già prima di avviare la procedura il Comune aveva manifestato il proprio gradimento per l'Arch. Botta;

b) danno (an) = in mancanza dell'illegittimità l'appalto sarebbe stato senz'altro aggiudicato alle ricorrenti: la loro offerta (seconda classificata) ha riportato 76,54 punti e quella della controinteressata 78,39, e per le relazioni metodologiche 40 punti sono stati ottenuti dalle ricorrenti e 38,19 dall'ATP Arch. Botta, e poiché è stata acclarata l'incongrua sopravvalutazione della relazione metodologica dei vincitori (in quanto generica e decontestualizzata, con nessun riferimento a Piazza della Libertà in Travagliato), detta stortura è risultata decisiva perché la differenza complessiva è di 1,85, mentre la differenza tra le relazioni metodologiche è pari a 1,81;

c) danno (quantum) = non è più possibile il risarcimento in forma specifica poiché i servizi di progettazione sono stati svolti all'interno dell'Ente, vanificando la possibilità di un'attribuzione alle ricorrenti; il risarcimento per equivalente consiste nel mancato guadagno che ammonta al 30% dell'importo contrattuale ossia a 37.603 € (cfr. relazione H con il dettaglio dei costi sostenuti), al quale vanno aggiunte le spese di partecipazione affrontate ammontanti a 8.362 € e il danno curricolare (calcolabile nella misura del 5% dell'importo globale del servizio pari a 6.248,16 €); in caso contrario si chiede una liquidazione forfettaria del 20% dell'importo dei lavori al netto del ribasso d'asta (ossia 24.992,64 €, incrementati delle spese e del danno curricolare), salva la possibile applicazione del criterio equitativo;

d) nesso causale = il danno è conseguenza diretta ed immediata dell'illegittima attribuzione dei punteggi, ed è riscontrabile anche la relazione di causalità adeguata perché la condotta dell'amministrazione è stata condizione sufficiente alla produzione del pregiudizio sofferto dalla ricorrente.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione, chiedendo la reiezione del gravame ed obiettando quanto segue:

I) la sentenza di questo Tribunale n. 1692/02 *"accoglie nei limiti di cui in motivazione"* e non riformula in alcun modo la graduatoria della gara di progettazione né dispone (neppure per implicito) l'aggiudicazione a favore delle ricorrenti, limitandosi ad annullare l'aggiudicazione definitiva senza procedere ad assegnazione di punteggi (nel ricorso è assente la prova di resistenza);

II) la pronuncia ha statuito la necessità di rideterminare i punteggi alla luce dei criteri di aggiudicazione, per cui l'annullamento avrebbe imposto la re-indizione integrale della procedura per non alterare il principio per il quale l'offerta tecnica deve essere valutata senza conoscere preventivamente l'offerta economica;

III) il Comune ha disposto la revoca in autotutela della gara con atto che non è stato impugnato (cfr. deliberazione

26/8/2002 n. 178 – doc. 4) e ha scelto di eseguire al proprio interno l'attività di progettazione precedentemente oggetto della procedura ad evidenza pubblica;

IV) nella diffida trasmessa al Comune in data 23 settembre 2002 parte ricorrente ha richiesto o la riedizione dell'intera procedura ( ... bandire nuovamente l'appalto .... ; doc.5) o l'affidamento ad essa non in forza della sentenza, ma in via fiduciaria (doc. 5) dimostrando, con tale richiesta, la piena consapevolezza dell'esatto contenuto della sentenza, la quale non racchiudeva alcun obbligo di aggiudicare l'appalto alle ricorrenti;

V) ai sensi dell'art. 30 comma 3 del Codice del processo il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento dei mezzi di tutela previsti: parte ricorrente non ha proseguito nel suo percorso per pretendere l'aggiudicazione con conseguente inammissibilità dell'odierno gravame, visto che l'unico danno è integrato dalla mancata riedizione della gara, frutto di un provvedimento mai impugnato;

VI) nel precedente giudizio non è mai stata fornita alcuna prova o dimostrazione per la quale la ricorrente avrebbe dovuto conseguire l'affidamento a suo favore, né alcuno spunto è offerto dalla sentenza del 2002 che stigmatizza il *modus operandi* della Commissione per una presunta eccessiva valutazione del *curriculum* dell'originario aggiudicatario, ma non trae alcuna deduzione sull'automatica aggiudicazione dell'appalto alle ricorrenti;

VII) l'invito a rieditare la gara o ad affidare in via fiduciaria conduce a ritenere del tutto evanescente il nesso di causalità tra il comportamento del Comune e il danno asseritamente patito dalle ricorrenti.

VIII) non vi è alcuna colpa poiché, fermo restando che nessuna valutazione sulla condotta soggettiva della stazione appaltante emerge dalla sentenza, il criterio della valutazione derivava direttamente dal Regolamento della Legge Merloni;

IX) tale criterio curriculare era stato valutato al solo ed esclusivo fine della valutazione del fattore ponderale denominato "*caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta*", e non è mai stato in alcun modo utilizzato dalla Commissione per la valutazione del tutto differente del fattore ponderale della professionalità.

Alla pubblica udienza del 12/6/2013 il ricorso è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Le ricorrenti avanzano la pretesa risarcitoria per la mancata aggiudicazione dell'appalto di progettazione dell'intervento di riqualificazione di Piazza della Libertà, affidato ad altro raggruppamento di professionisti illegittimamente collocato al primo posto della graduatoria.

1. Sotto un primo versante, va sottolineato che le ricorrenti chiedono congiuntamente il ristoro economico per la mancata (e dovuta) aggiudicazione e il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara. La prima voce fatta valere è funzionale alla reintegrazione dell'interesse positivo, il quale consiste nel mancato conseguimento delle utilità economiche che gli aspiranti progettisti avrebbero ricavato dall'esecuzione del contratto posto a gara. Viceversa le spese sostenute per partecipare a quest'ultima costituiscono poste risarcibili nell'ambito del c.d. interesse negativo, azionabile in ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice (ad es. in caso di illegittima revoca dell'aggiudicazione o di ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto). Le predette poste sono tra loro alternative, poiché qualora sia riconosciuto un danno da mancata aggiudicazione, la misura corrisponde al risultato netto patrimoniale che il soggetto danneggiato avrebbe conseguito per effetto dell'affidamento illegittimamente negato, con detrazione delle spese sostenute dal concorrente per accedere alla selezione, poiché queste sarebbero state definitivamente a carico dello stesso anche in caso di aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 12/2/2013 n. 799). La partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di vittoria, sia in caso di mancata aggiudicazione: il costo in questione sarebbe comunque stato sostenuto dall'impresa anche in caso di affidamento,

per cui lo stesso deve ritenersi incorporato nella differenza tra ricavi e costi all'esito della quale si ottiene l'utile ritraibile dal servizio medesimo (Consiglio di Stato, sez. V – 18/4/2012 n. 2258). La medesima incompatibilità con il risarcimento del mancato utile ritraibile dall'esecuzione dell'appalto va registrata anche rispetto alla perdita di *chance* potenzialmente correlabile al risarcimento della lesione dell'interesse contrattuale negativo, in quanto dette *chances* riguardano le favorevoli occasioni contrattuali di segno alternativo alla partecipazione alla procedura di appalto della quale si tratti: il soggetto che domanda il ristoro per il mancato conseguimento dell'utile connesso ad una determinata procedura selettiva non può agire per cumulare un ulteriore risarcimento inteso a tenerlo indenne dalla contestuale perdita di occasioni alternative alla procedura stessa (Consiglio di Stato, sez. V – 6/7/2012 n. 3966).

2. Ciò premesso, il Collegio è chiamato a vagliare l'istanza di riparazione pecuniaria fondata sulla mancata aggiudicazione dell'appalto. E' anzitutto indubbio che la pronuncia di questo Tribunale n. 1692/2002 è divenuta irrevocabile e pertanto le statuizioni in essa racchiuse non possono essere in alcun modo messe in discussione, e deve pertanto essere disattesa la ricostruzione della resistente difesa sulla bontà della condotta assunta dalla stazione appaltante, in particolare della Commissione di gara (per depotenziare la configurabilità dell'elemento soggettivo). In secondo luogo, non è meritevole di apprezzamento l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa attivazione dei mezzi di tutela giurisdizionale, dato che si tratta di un elemento che incide sulla determinazione del danno – ossia sul *quantum* – mentre è prioritario esplorare l'*an* del risarcimento. E' utile allora prendere le mosse dalla portata del giudicato formatosi sulla pronuncia, ossia dal suo effetto conformativo desumibile dal vizio dell'attività della stazione appaltante riconosciuto da questo Tribunale. Ebbene, la sentenza ha ritenuto illogica l'attribuzione dei punteggi relativi a 2 voci, affermando la sopravvalutazione indebita del *curriculum* dell'associazione di professionisti vincitrice e l'inaccettabile ridimensionamento del progetto e della relazione metodologica egregiamente predisposti dalle attuali ricorrenti (con "specificità ed accuratezza"). Merita di essere segnalato che la sentenza ha rigettato il primo motivo di ricorso tendente ad ottenere l'esclusione del raggruppamento primo classificato.

La fattispecie all'esame è, dunque, differente da quella dell'illegittima ammissione dell'aggiudicataria, ove la condotta dell'amministrazione la quale non disponga l'affidamento a favore del concorrente (ricorrente) secondo classificato – e annulli ingiustificatamente l'intera procedura – può integrare una condotta violativa e, comunque, elusiva della portata del giudicato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 9/12/2008 n. 6172).

3. Nel caso affrontato, l'effetto della sentenza è quello dell'annullamento dell'aggiudicazione ai vincitori per vizi di logicità e arbitrarietà imputabili all'operato della Commissione, con conseguente obbligo di espletare la procedura salvaguardando le operazioni di gara immuni da difetti. In proposito, la possibilità per le ricorrenti di concorrere all'aggiudicazione non poteva dirsi esclusa dall'avvenuta valutazione delle offerte degli altri partecipanti, alla luce di quanto recentemente statuito dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 26/7/2012 n. 30. Tuttavia, l'evento che si pone come discriminante nella vicenda in argomento è la deliberazione giuntale 26/8/2002 n. 178, recante la revoca dell'intera procedura di gara fondata anzitutto su sopravvenienze normative, con successivo compimento dell'attività di progettazione mediante utilizzo di risorse interne. La predetta scelta non è stata in alcun modo contestata mediante la proposizione di un giudizio (anche in via di ottemperanza), ma soltanto in via stragiudiziale, tenuto conto che la diffida trasmessa al Comune in data 23/9/2002 racchiude l'intimazione a indire una nuova gara ovvero a procedere all'affidamento fiduciario alle ricorrenti.

In buona sostanza, si dovrebbe anzitutto appurare se sia legittima la determinazione di revocare l'aggiudicazione della gara, ma l'opzione esercitata dal Comune di Travagliato non ha incontrato censure sviluppate innanzi a questo Tribunale, cosicché si è definitivamente consolidata: il provvedimento in autotutela si salda dunque con il

precedente *dictum* giurisdizionale, determinando una nuova situazione di fatto creatasi con il *revirement* dell'amministrazione.

4. E' evidente, peraltro, che il giudicato formatosi sulla gara incisa dalla sentenza di questo T.A.R. ha contemplato semplicemente l'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata, mentre la stazione appaltante ha esercitato la facoltà di esplorare soluzioni alternative che risultassero maggiormente convenienti. In quest'ottica può essere richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di *jus poenitendi* dell'amministrazione che – dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente – mantiene il potere di revoca per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico, anche consistenti in un diverso apprezzamento dei medesimi presupposti già considerati, in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa: è sufficiente al riguardo che non risulti illogica né illegittima per manifesta abnormità o travisamento dei presupposti di fatto la decisione di perseguire una strada diversa (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI – 5/9/2011 n. 5002; T.A.R. Puglia Lecce, sez. III – 25/1/2012 n. 139; sentenza Sezione 5/3/2013 n. 214, che risulta appellata). Ebbene, le ragioni di opportunità (ossia le sopravvenienze giurisprudenziali e normative evocate nella motivazione del provvedimento di revoca) hanno indotto il Comune a non proseguire nella riedizione del confronto comparativo (consistente nel riprendere la gara dal segmento non intaccato dalla pronuncia di questo Tribunale), senza che sia stata censurata in sede giurisdizionale la coerenza e la ragionevolezza di tale condotta.

5. Non coglie nel segno, sul punto, la deduzione di parte ricorrente circa la produzione di effetti istantanei della condotta illegittima dell'amministrazione, affermata nella sentenza 1692/2002 di questo T.A.R.. Detta impostazione si allinea alla ricostruzione della "chance" come bene giuridico suscettibile di valutazione economica già esistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell'evento dannoso, e dunque di una posta attiva del patrimonio indebitamente sacrificata per effetto del provvedimento illegittimo. Così opinando, tuttavia, si rischia una proliferazione di voci di "danno emergente", poiché ai costi di partecipazione alla gara si unirebbe la perdita dell'occasione già riscontrabile nel patrimonio attivo del concorrente (oltre alle ulteriori "occasioni" sfumate nel frattempo). Il Collegio preferisce ancorare la chance al "lucro cessante", intendendola come il venir meno della possibilità di ottenere un risultato utile: si tratta cioè di una situazione soggettiva non ancora acquisita nel patrimonio ma potenzialmente raggiungibile (ossia "intercettabile"), con la necessità di esaminare l'esistenza o meno di una situazione pregressa suscettibile di permettere la realizzazione del vantaggio sperato secondo un giudizio prognostico. In tale contesto, la revoca (legittima) della procedura di gara, intervenendo sul nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso, ha vanificato ogni previsione di concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire il bene della vita (ossia l'aggiudicazione).

6. A questo punto, si può ulteriormente dedurre che – nel caso di pur legittima revoca di una procedura di gara – può residuare una responsabilità per violazione degli obblighi di buona fede prima della stipulazione del contratto, quando il comportamento tenuto dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di lealtà e diligenza di cui all'art. 1337 del c.c. (ove abbia generato un danno). Con il provvedimento di rimozione degli atti di gara l'amministrazione si orienta al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, e tuttavia sussiste una responsabilità per *culpa in contrahendo* per la lesione dell'affidamento in capo all'impresa suscitato dagli atti della procedura di evidenza pubblica e perdurato fino alla comunicazione dell'avvenuto ripensamento (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen. – 5/9/2005 n. 6). In sostanza, l'orientamento descritto ha operato una scissione fra la legittima determinazione di revocare l'aggiudicazione della gara e il complessivo tenore del comportamento tenuto dalla medesima amministrazione nella sua veste di controparte negoziale, non informato alle generali regole di correttezza e buona fede che devono essere osservate dall'amministrazione anche nella fase precontrattuale (in tal senso: Cons. Stato,

Ad. Plen., n. 6 cit.; Cons. Stato Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; id., Sez. V, 14 marzo 2007, n. 1248).

In concreto, il Collegio ravvisa un danno ingiusto determinato dalla violazione delle regole di correttezza amministrativa (evidenziate nella sentenza passata in giudicato), che ha provocato l'annullamento parziale della procedura di gara, con lesione dell'interesse giuridicamente rilevante del titolare dell'aspirante all'affidamento dell'appalto. Le censure accolte nella sentenza 1692/02 – che hanno evidenziato un comportamento della Commissione di gara contrario ad elementari regole di svolgimento delle operazioni di valutazione delle offerte – integrano la "*culpa in contraendo*" dell'amministrazione, essendo mancato un corretto svolgimento delle operazioni valutative che avrebbero condotto all'individuazione del contraente, in contrasto con gli ordinari canoni di correttezza. L'obbligo appena evocato di buona fede nella conduzione degli affari negoziali va inteso infatti in senso "oggettivo", nel senso che non si richiede un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche la condotta non intenzionale o meramente colposa della parte che, senza giustificato motivo, ha eluso le aspettative della controparte (Consiglio di Stato, sez. III – 18/1/2013 n. 279).

7. Quanto al danno che ne consegue, esso in astratto è risarcibile relativamente alle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, nonché alla perdita, a causa della trattativa inutilmente intercorsa, di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, con onere della prova dell'ammontare del danno in capo al danneggiato in base ai principi generali (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV – 14/1/2013 n. 156; T.A.R. Campania Napoli, sez. II – 4/2/2013 n. 704).

Parte ricorrente ha prodotto in giudizio l'allegato H, recante il quadro prospettico delle spese di partecipazione alla gara, senza tuttavia allegare ulteriori pezze giustificative. Ritiene pertanto il Collegio di riconoscere la cifra di 4.000 €, per omessa soddisfazione dell'onere probatorio con riguardo alle spese di vitto e alloggio, agli spostamenti per i sopralluoghi e al costo orario del personale impiegato (da ridurre in via forfettaria).

8. Prendendo in esame l'invocato danno curriculare, ad avviso del Collegio la domanda non può essere accolta, visto che la posta consegue alla mancata esecuzione del contratto, sia che ciò dipenda dalla non assunta qualità di parte del contratto e del rapporto per illegittima attività dell'amministrazione, sia che ciò dipenda dalla mancata stipulazione di un contratto: nella fattispecie non è neppure avvenuta l'individuazione del vincitore a mezzo di una nuova, legittima determinazione, assunta dall'amministrazione in via di autotutela, e dunque la parte contraente non poteva dirsi individuata con certezza o forte plausibilità (per il tramite della rinnovata aggiudicazione definitiva).

In conclusione, il ricorso è parzialmente fondato e merita accoglimento nei limiti di cui in motivazione.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono essere liquidate come da dispositivo, salva compensazione nella misura del 50% per la parziale soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie parzialmente, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso in epigrafe.

Condanna il Comune di Travagliato a corrispondere alle ricorrenti la somma indicata in narrativa a titolo di danno emergente.

Condanna altresì l'amministrazione a rifondere alle ricorrenti della cifra di 4.000 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a dare comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/08/2013

IL SEGRETARIO

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