



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 79 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Serv in S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Martelli, con domicilio eletto in Cagliari, via San Lucifero, 56;

*contro*

Comune di Laconi, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto in Cagliari, via San Lucifero n. 65;

*nei confronti di*

Edilogica S.r.l., Pietro Crobu; Essepi Engineering S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Antonello Rossi, Luisa Giua Marassi, con domicilio eletto presso Antonello Rossi in Cagliari, via Andrea Galassi n. 2;

*per l'annullamento*

con il ricorso introduttivo:

- della determinazione n. 832 del 18.12.2012, comunicata con nota prot. 6805/6.5 del 21.12.2012 per il tramite della quale il responsabile dell'ufficio tecnico del comune di Laconi aggiudicava al raggruppamento temporaneo di imprese (rtp) Essepi engineering s.r.l. - Edilogica s.r.l., l'appalto avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di direzione lavori, misura e contabilità, emissione del certificato di regolare esecuzione, redazione del piano di manutenzione dell'opera di coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione per l'intervento di riqualificazione del tessuto insediativo e completamento dei servizi turistici del centro urbano di Laconi - riqualificazione urbana parco Piso - stralci funzionali b-c;
- dell'implicito provvedimento di ammissione del controinteressato alla gara di cui trattasi; del bando - e delle relative determinazioni di approvazione (determinazione n. 549 del 7 settembre 2012 del responsabile del servizio tecnico del Comune di Laconi) e di integrazione (determinazione del medesimo responsabile n. 592 del 28 settembre 2012) - e del disciplinare di gara, per i motivi e nelle parti che saranno evidenziati nell'ambito del ricorso;
- della nota prot. n. 6785/6.5 del 21 dicembre 2012 del responsabile del servizio tecnico del Comune di Laconi;
- della e-mail del responsabile del servizio tecnico del Comune di Laconi del 28 settembre 2012;
- dei verbali della gara di cui trattasi;
- della determinazione del responsabile del servizio tecnico del comune di Laconi n. 699 del 13 novembre 2012, di aggiudicazione provvisoria della gara di cui trattasi;

con i motivi aggiunti depositati il 18 febbraio 2013:

- del “verbale di avvio urgente dell’esecuzione di servizio” datato 21 dicembre 2012, depositato sia dal legale del Comune di Laconi che dagli avvocati del rtp controinteressato il 4 febbraio 2013;

e, per mero scrupolo difensivo, nella denegata ipotesi in cui avessero valenza provvedimentale:

- del “processo verbale di consegna” depositato sia dal legale del Comune di Laconi che dagli avvocati del rtp controinteressato il 4 febbraio 2013, sottoscritto dal direttore dei lavori, ing. Francesco Chessa e dal responsabile del procedimento del Comune di Laconi;

- del “processo verbale di consegna” depositato sia dal legale del comune di Laconi che dagli avvocati del rtp controinteressato il 4 febbraio 2013, sottoscritto dal diverso direttore dei lavori ing. Pietro Crobu e dal responsabile del procedimento del Comune di Laconi;

- della “consegna e accettazione piano di sicurezza e coordinamento” sottoscritta dal direttore dei lavori ing. Pietro Crobu e depositata sia dal legale del Comune di Laconi che dagli avvocati del rtp controinteressato il 4 febbraio 2013;

- delle notifiche preliminari ai sensi dell’art. 99 comma 1 del d. lgs. 81/08, depositate dal legale del Comune di Laconi il 4 febbraio 2013;

- della “verifica del possesso dei requisiti di ordine generale”, depositata dal legale del Comune di Laconi il 4 febbraio 2013;

- della “consegna e accettazione piano di sicurezza e coordinamento”, a firma dell’ing. Francesco Chessa, depositata dai legali del rtp controinteressato il 4 febbraio 2013;

- per quanto occorresse, delle richieste di autorizzazione all’emissione del primo s.a.l., depositate dai legali del rtp controinteressato il 4 febbraio 2013;

- degli ordini di servizio n. 1 e n. 2, depositati dai legali del rtp controinteressato il 4 febbraio 2013;

- dell’eventuale, ulteriore, provvedimento del Comune di Laconi, anche se implicito, che avesse disposto l’esecuzione d’urgenza del servizio per cui è causa;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

- per la dichiarazione di inefficacia del contratto che dovesse essere eventualmente stipulato tra la resistente e il rtp controinteressato, nelle more della definizione del presente giudizio, nella denegata ipotesi di mancata sospensione degli atti impugnati;

- nonché per il risarcimento del danno ingiusto patito e patiendo dalla ricorrente, così come già evidenziato nel ricorso introduttivo del giudizio.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Laconi e di Essepi Engineering S.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 maggio 2013 il dott. Gianluca Rovelli e uditi l’avvocato Martelli per la ricorrente, l’avvocato Pinna Per il Comune di Laconi e l’avvocato Rossi per la controinteressata;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Esponde la ricorrente che il Comune di Laconi indiceva una gara d’appalto per l’aggiudicazione dei servizi di direzione lavori, misura e contabilità, emissione del certificato di regolare esecuzione, redazione del piano di manutenzione dell’opera di coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione per l’intervento di

riqualificazione del tessuto insediativo e completamento dei servizi turistici del centro urbano di Laconi – riqualificazione urbana Parco Piso – stralci funzionali B – C con importo a base d’asta pari a € 147.205,51.

Il disciplinare di gara prevedeva al punto 3, che, sui 100 punti disponibili, 70 venissero assegnati all’offerta tecnica di cui:

- a) punti 35 per le metodologie che si intendessero adottare per l’espletamento dei servizi con riguardo in particolare al controllo, allo sviluppo ed al coordinamento dell’attività di direzione lavori, misura e contabilità nonché per l’individuazione delle fasi critiche dei lavori e per la sicurezza del processo di costruzione, compresa l’individuazione e valutazione dei rischi particolari di cui all’allegato XI al d.lgs. n. 81/2008;
- b) punti 25 per le modalità e strutturazione che si intendessero adottare per l’ufficio di direzione lavori nonché le modalità organizzative per l’eliminazione o protezione dai rischi di interferenza con individuazione delle metodologie che saranno utilizzate per la individuazione delle fasi critiche e la risoluzione delle problematiche connesse al rispetto degli obblighi di cui all’art. 26 del d.lgs. 81/2008;
- c) punti 5 per l’offerta di servizi complementari non compresi fra quelli richiesti nell’incarico;
- d) punti 5 per l’elenco delle risorse (personale e attrezzature) disponibili per lo svolgimento delle attività di direzione lavori e di coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione lavori.

Gli ulteriori 30 punti venivano destinati all’offerta economica (punti 20) ed all’offerta tempo (punti 10).

La ricorrente si classificava al secondo posto, preceduta dal RTP Essepi Engineering s.r.l. (mandataria), Edilogica s.r.l. e Ing. Pietro Crobu.

Con determinazione n. 699 del 13.11.2012, il Comune aggiudicava provvisoriamente la gara al RTP controinteressato Essepi Engineering s.r.l. (mandataria), Edilogica s.r.l. e Ing. Pietro Crobu.

Pertanto, in data 14.11.2012, la ricorrente domandava accesso agli atti di gara. L’istanza veniva evasa dal Comune in data 26.11.2012.

Dopo aver comunicato all’Amministrazione l’intenzione di proporre ricorso ai sensi dell’art. 243 bis del d.lgs. 163 del 2006, la Serv in adiva questo Tribunale amministrativo regionale deducendo le seguenti articolate censure di seguito sintetizzabili:

- 1) violazione e falsa applicazione dell’art. 38 comma 1, lettera m ter del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 del 2006;
- 2) violazione e falsa applicazione dell’art. 7 A del disciplinare di gara laddove prevedeva che la dichiarazione di cui al modello B dovesse essere resa a pena di esclusione da parte di tutti i soggetti preposti a svolgere materialmente i servizi oggetto del bando in argomento; violazione e falsa applicazione dell’art. 38 del d.lgs. 163 del 2006;
- 3) violazione e falsa applicazione degli artt. 90, comma 7 del d.lgs. n. 163, 51 comma 5 d.P.R. 554/99 e 253 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, violazione e falsa applicazione del MODELLO A allegato al disciplinare di gara;
- 4) violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del d.lgs. 163 del 2006 e dell’allegato G al d.P.R. N. 207/2010, violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della L. 241 del 1990, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta, eccesso di potere, violazione e falsa applicazione dei principi di cui all’art. 1 L. 241 del 1990 e 97 della Costituzione;
- 5) violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del d.lgs. 163/2006 e dell’Allegato G al d.P.R. n. 207/2010, violazione e falsa applicazione dell’art. 8.2. del disciplinare di gara, violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i., difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta, eccesso di potere, violazione e falsa applicazione dei principi di cui all’art. 1 L. 241 del 1990 e 97 della Costituzione;
- 6) violazione e falsa applicazione del’art. 266 del d.P.R. 207/2010;
- 7) violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. 163 del 2006.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati e proponendo altresì istanza risarcitoria.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Altrettanto faceva il 31 gennaio 2013 la controinteressata.

Il 4 febbraio 2013 sia l'Amministrazione sia la controinteressata depositavano memoria difensiva.

L'11 febbraio 2013 la controinteressata depositava altra memoria difensiva.

Il 18 febbraio 2013 la ricorrente depositava ricorso per motivi aggiunti impugnando gli atti meglio specificati in epigrafe.

L'Amministrazione depositava memoria difensiva il 19 febbraio 2013.

Il 10 aprile 2013 la ricorrente depositava secondo atto di motivi aggiunti.

Il 6 maggio sia la difesa della ricorrente sia la difesa della controinteressata depositavano memoria difensiva.

L'8 maggio 2013 l'Amministrazione depositava memoria difensiva.

La controinteressata depositava memoria di replica il 10 maggio 2013.

L'11 maggio 2013 la ricorrente depositava memoria di replica.

Alla udienza pubblica del 22 maggio 2013 la causa veniva trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata sia dalla difesa del Comune sia dalla difesa del raggruppamento controinteressato.

L'eccezione è volta ad ottenere una pronuncia di inammissibilità per non avere, la ricorrente, stabilito un ordine di esame dei motivi di ricorso.

L'eccezione è infondata poiché rientra nel potere del giudice amministrativo, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico-giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (Consiglio di Stato, sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341).

Il ricorso deve quindi essere esaminato nel merito.

E' utile una sintetica ricostruzione delle censure dedotte dalla ricorrente avverso gli atti impugnati.

Con il primo motivo la ricorrente afferma che il raggruppamento controinteressato avrebbe dovuto essere escluso per non aver presentato la dichiarazione ex art. 38 comma 1 lettera m ter) del d.lgs. 163 del 2006.

Con il secondo motivo la ricorrente sostiene che la dichiarazione di cui al modello B doveva essere resa, a pena di esclusione, da tutti i soggetti preposti a svolgere materialmente i servizi oggetto del bando ove tali soggetti non avessero compilato e sottoscritto la dichiarazione di cui al Modello A.

Nel caso di specie, la dichiarazione di cui al modello A, punto 8, resa dal rtp provvisorio aggiudicatario, a dire della ricorrente, viene smentita dalla relazione metodologica a pag. 14 nella quale si dà atto come, in realtà, i professionisti incaricati dei medesimi servizi siano non solo tali ingegneri (che hanno reso la dichiarazione: Chessa, Pinna e Crobu), ma anche altre dodici persone indicate per nome e cognome, le quali però non hanno reso la dichiarazione di cui al modello B.

Con il terzo motivo viene affermato che il rtp aggiudicatario ha indicato nella persona dell'Ing. Ivan Peddio il soggetto abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione quale progettista. Secondo la ricorrente il giovane professionista non solo deve essere presente nella compagine ma deve essere effettivamente coinvolto nel servizio di progettazione oggetto dell'affidamento.

Con il quarto motivo la ricorrente fa rilevare che la gara si sarebbe svolta in assenza di una chiara, trasparente ed imparziale procedura di aggiudicazione.

Queste le ragioni.

Il disciplinare al punto 8.2, rimanderebbe genericamente, per quanto riguarda l'individuazione dei coefficienti attraverso i quali si sarebbe dovuto procedere all'assegnazione dei punteggi, al "confronto a coppie" seguendo le linee guida di cui all'allegato G al d.P.R. n. 207/2010.

L'allegato G prevede diverse opzioni e, a dire della ricorrente, non è dato sapere quale di queste opzioni sia stata scelta dalla stazione appaltante e poi utilizzata dalla Commissione di gara.

Sarebbe quindi evidente la violazione dell'art. 83 d.lgs. 163 del 2006 che avrebbe imposto di inserire nel bando di gara tutti i criteri di valutazione delle offerte e di precisare nella stessa *lex specialis* la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, così come di specificare già nel bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub criteri e i sub pesi o i sub punteggi.

Da ciò la violazione sia dell'allegato G al d.P.R. 207/2010, non applicato correttamente, che dell'art. 3 della L. 241 del 1990 in quanto la mancata chiarezza della procedura di aggiudicazione determina un evidente difetto di motivazione, oltreché un'illogicità e contraddittorietà manifesta.

Con il quinto motivo la ricorrente afferma che in ogni caso la procedura di valutazione di cui trattasi dovrebbe essere annullata per il solo fatto dell'omissione del confronto a coppie nei verbali.

Il Comune di Laconi non avrebbe provato di aver utilizzato tale sistema per la valutazione delle offerte. Non potendo verificare dai verbali come sia avvenuto il confronto a coppie, non è neppure possibile verificare l'iter logico che ha portato all'attribuzione dei punteggi.

Con il sesto motivo Serv In afferma anche che la *lex specialis* viola anche l'art. 266 d.P.R. 207 del 2010 in quanto né il bando né il disciplinare attribuiscono alcun punteggio al curriculum professionale, in particolare ai servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti tra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento secondo i criteri desumibili dalle tariffe professionali.

Con il settimo motivo la ricorrente afferma che l'offerta del RTP aggiudicatario risulterebbe anomala. Il Comune avrebbe omesso di verificare l'anomalia e pertanto l'aggiudicazione sarebbe anche per questo motivo illegittima.

Il primo motivo di ricorso è infondato.

La giurisprudenza si è ormai da tempo orientata nel senso di ritenere che nel caso in cui un soggetto partecipante alla gara di appalto abbia reso una dichiarazione del tutto conforme a quella risultante dal modulo predisposto dall'Amministrazione, l'eventuale omissione di una dichiarazione prevista dalla *lex specialis*, se pure prevista come causa di esclusione, non può in ogni caso portare all'esclusione del concorrente incorso nell'omissione, vertendosi in ipotesi di clausole della *lex specialis* contraddittorie, equivoche ed ambigue, tali da ingenerare l'errore in cui è caduto il concorrente nel rendere le dichiarazioni richieste dal bando a pena di esclusione. In questo caso, a fronte di tale omissione, la stazione appaltante può consentire la regolarizzazione della documentazione di gara, nel senso di integrare la dichiarazione incompleta risultante dal modulo predisposto (e ciò in applicazione dei principi in materia di favor participationis e di tutela dell'affidamento), ma in ogni caso non può procedere all'esclusione (Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2012, n. 447). Nello stesso senso si è espresso il Consiglio di Stato, Sez. V con ordinanza 24 novembre 2010, n. 5388.

Anche la giurisprudenza di questo T.a.r. è orientata in tal senso (si veda tra le altre T.a.r. Sardegna Sez. I, 28 febbraio 2011, n. 172 e, da ultimo, T.a.r. Sardegna, Sez. I, 24.06.2013 n. 490).

Del pari infondato è il secondo motivo di ricorso.

Il disciplinare di gara prevedeva che la dichiarazione di cui al modello B dovesse essere compilata "dai singoli professionisti che non abbiano compilato e sottoscritto il Modello A di cui al punto 1), ivi compresi quelli che

costituiranno la struttura operativa”.

E' evidente che il modello B doveva essere compilato dai soggetti indicati nel modello A dalla controinteressata (domanda di partecipazione) e così è puntualmente avvenuto come risulta dagli atti di gara.

Non spetta miglior sorte al terzo motivo di ricorso.

Il raggruppamento controinteressato prevedeva la presenza dell'Ing. Ivan Peddio nella compagine esecutiva.

Va allora ricordato che qualora il disciplinare di gara stabilisca, ai sensi dell'art. 90 comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006, che i raggruppamenti temporanei devono prevedere la presenza quale progettista di almeno di un professionista laureato, abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione il termine "presenza" deve considerarsi di amplissima latitudine e testimonia semplicemente la necessità di un rapporto tra RTI e giovane professionista, ma non implica un suo inserimento nel raggruppamento quale componente; infatti la norma si riferisce soltanto alla presenza di un giovane professionista, con evidenti finalità di carattere promozionale, non potendo essere intesa come prescrizione di un vero e proprio obbligo di associare lo stesso al raggruppamento; pertanto è sufficiente che nella compagine del raggruppamento medesimo venga contemplata la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato da meno di cinque anni, senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuale.

Quarto e quinto motivo di ricorso possono essere trattati congiuntamente.

I vizi lamentati dalla ricorrente sussistono.

Il disciplinare al punto 8.2 prevedeva il ricorso al metodo del confronto a coppie “seguendo le linee guida di cui all'allegato G al d.P.R. 207/2010”; al punto 3.2. prevedeva punteggi e sub punteggi.

E' vero che se non risulta un uso distorto o irrazionale del metodo del confronto a coppie non c'è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed in particolare sui punteggi attribuiti che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara. La conseguenza è che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19 marzo 2013, n. 1600). Ma nel caso qui esaminato non è dato evincere in alcun modo dai verbali di gara come sia avvenuto il confronto a coppie. Ciò vizia irrimediabilmente le valutazioni effettuate dalla Commissione poiché non è dato conoscere l'iter logico seguito nella attribuzione dei punteggi.

Occorre ricordare che il metodo del confronto a coppie, lungi dall'essere un criterio di selezione dell'offerta, è invece soltanto un peculiare metodo attuativo proprio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in virtù del quale ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e per ogni coppia di offerte ogni commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio di 1, che esprime parità; 2, che esprime la preferenza minima; 3, per l'ipotesi di preferenza piccola; 4, che contraddistingue una preferenza media; 5, che individua una preferenza grande; 6, che indica la preferenza massima. Si tratta di un metodo, in definitiva, che esprime una valutazione relativa delle offerte presentate dai concorrenti in sede di gara.

Anche in tale ipotesi, però, è necessario salvaguardare adeguatamente i principi di imparzialità, trasparenza e correttezza nello svolgimento delle procedure selettive e consentire la verifica dell'operato dell'amministrazione da parte del privato nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo, non essendo a tal fine sufficiente il solo punteggio numerico con il risultato finale cui si è pervenuti.

E, lo si ribadisce, dai verbali di gara non è dato evincere come la Commissione sia giunta ai punteggi che hanno determinato l'aggiudicazione della gara alla controinteressata.

Il ricorso, sul punto, è fondato e gli atti impugnati devono essere annullati.

L'accoglimento dei motivi appena scrutinati è idoneo a travolgere l'intera gara. L'esame delle ulteriori due censure dedotte avverso gli atti impugnati si pone come logicamente incompatibile con l'annullamento dell'intera gara; tali censure possono pertanto essere assorbite.

Il ricorso per motivi aggiunti depositato l'11 febbraio 2013 è fondato vista la dedotta illegittimità derivata (pagina 35 del ricorso) dell'affidamento anticipato del servizio.

In ordine alla domanda risarcitoria proposta con il ricorso introduttivo e precisata con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 10 aprile 2013 va statuito quanto segue.

Va anzitutto precisato che non può essere soddisfatta la domanda di subentro formulata dalla ricorrente tenuto conto dell'avanzato stato dei lavori risultante dai documenti prodotti in giudizio dalla controinteressata (documenti 10 e 11) e della scadenza del termine di ultimazione dei lavori fissata per il 30.4.2013.

Nel caso che qui occupa il Collegio può, invece, essere risarcita la perdita di chance.

Il comportamento antigiusdicario della stazione appaltante ha certamente costituito la causa della lesione subita dalla ricorrente, consistente nella perdita in capo alla medesima della possibilità di aggiudicarsi la gara.

La perdita di chance si configura quale possibilità di conseguire un risultato favorevole, non potendo considerarsi risarcibile ex se, quale entità patrimoniale a sé stante, ma dovendo essere caratterizzata da un *quid pluris* che la differenzi e la qualifichi rispetto alla posizione di chi possa vantare una mera aspettativa di fatto non giuridicamente apprezzabile. In particolare, la chance meritevole di riconoscimento presuppone che risulti concretamente provata la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile e, nella specie, vertendosi in tema di responsabilità extracontrattuale, l'onere della prova incombe sul danneggiato.

Ed invero, la discrezionalità amministrativa elimina nella maggior parte dei casi la possibilità di compiere un giudizio prognostico in termini di preciso calcolo percentuale, ma non esclude di poter riconoscere una perdita di chance, sulla base del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente (cfr. TAR Campania, sez. VIII, 19 dicembre 2012, n. 5254, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 05 febbraio 2013, n. 341) come nel caso di specie, in cui la società ricorrente, posizionatasi seconda in graduatoria su cinque concorrenti ammessi alla gara, ha dimostrato certamente la perdita della possibilità di conseguire l'aggiudicazione della procedura qui in esame.

Per ciò che concerne la quantificazione del danno, la somma da liquidarsi deve essere determinata in una percentuale del mancato utile conseguito dalla ricorrente, che non ha potuto godere della possibilità di aggiudicarsi la gara, e che, in relazione al numero dei partecipanti ammessi (cinque), si ritiene di quantificare in un quinto del medesimo mancato utile.

In sede di determinazione del quantum risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, non essendo oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in primis dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara; tale principio trova, infatti, conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno subito e provato.

Sulla base di tutti gli elementi sopra descritti si può statuire mediante ricorso all'art. 34, comma 4, c.p.a. stabilendo i criteri che l'Amministrazione dovrà seguire per la determinazione del quantum del risarcimento.

In particolare, la stazione appaltante dovrà:

- attenersi all'offerta economica presentata dalla ricorrente in sede di gara;
- determinare il margine di guadagno che residua dopo l'applicazione del ribasso indicato in sede di gara;
- determinare la percentuale di un quinto del suddetto margine di guadagno, in relazione al numero di offerte presentate.

Non possono, invece, entrare a far parte delle componenti della somma da risarcire né le spese sostenute per la partecipazione alla procedura concorsuale né il cosiddetto danno curriculare.

Con riferimento alle prime, va ricordato che il danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione ad una gara d'appalto, non è risarcibile, in favore dell'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto (o anche la sola perdita della relativa chance). E' pacifico che la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo se l'impresa illegittimamente esclusa lamenti questi profili dell'illegittimità procedimentale, perché in tal caso viene in considerazione soltanto la pretesa risarcitoria del contraente che si duole del fatto di essere stato coinvolto in trattative inutili. Tali danni, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e, solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente. Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 1999).

Riguardo al danno curriculare va ricordato che esso, negli appalti pubblici presuppone la spettanza del bene della vita richiesto e cioè dell'aggiudicazione, in quanto ha natura di danno effettivo e non di perdita di chance (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 09 ottobre 2012 n. 2497).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va accolto, sussistendo l'obbligo del Comune intimato di risarcire alla ricorrente entro 60 giorni (sessanta) dalla notificazione della presente sentenza o dalla comunicazione se anteriore, la somma che sarà determinata con i suddetti criteri, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., oltre a rivalutazione monetaria da calcolarsi dal momento dell'illegittima aggiudicazione fino alla presente decisione ed agli interessi per il periodo successivo, fino al saldo.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza nei confronti dell'Amministrazione e si liquidano come in dispositivo; possono, invece, essere compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- 1) accoglie la domanda di annullamento formulata con il ricorso introduttivo come da motivazione;
- 2) accoglie la domanda risarcitoria e per l'effetto condanna l'amministrazione resistente a risarcire il danno derivato dalla perdita di chance e ordina alla stessa ai sensi dell'art. 34 comma 4 del d.lgs. 104 del 2010 di proporre alla ricorrente il pagamento di una somma di denaro entro il termine ed in base ai criteri indicati in motivazione.

Condanna l'Amministrazione al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente che liquida in complessivi Euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore



**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2013

IL SEGRETARIO

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