



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 il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 794 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

T.M.R. S.r.l., in persona dell'Amministratore *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Notarfonso, con il quale domicilia, *ex lege*, presso la Segreteria di questa Sezione in Latina, via A. Doria, 4;

contro

Comune di Monte San Biagio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Fusco, con domicilio eletto in Latina, Via Pio VI°, 36;

nei confronti di

Ditta Oscar Marta e Ditta Barlone Gerardo, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della determina comunale 13 novembre 2013, n.95 avente ad

oggetto “rettifica determinazione dirigenziale”; della determina 7 ottobre 2013, n. 74 per la fornitura e posa in opera di n.24 loculi prefabbricati presso il Cimitero Comunale; nonché delle delibere n.141/2013 e n.161/2013 (ricorso principale);

- della determina n. 20 datata 1 marzo 2014 di fornitura e posa in opera di blocco loculi prefabbricati -affidamento ditta controinteressata;

- della delibera n.7/2014 della Giunta Comunale, dell'ordinanza Sindacale n.29/2014 (motivi aggiunti).

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monte San Biagio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2014 il dott. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso introduttivo notificato il 22.11.2013, tempestivamente depositato, la società T.M.R.- S.r.l. ha impugnato la determina comunale n.95, datata 13 novembre 2013, avente ad oggetto la rettifica della determinazione dirigenziale n.74 del 7 ottobre 2013.

Con la vista rettificata, il Responsabile dell'Area Lavori Pubblici del Comune di Monte San Biagio, ha affidato a "trattativa diretta" la fornitura e posa in opera di n.24 loculi alle ditte controinteressate.

A sostegno del prodotto ricorso la società ricorrente ha denunciato l'illegittimità degli atti: 1) per violazione degli artt. 28, 29, 56, 57, 122, 123 e 125 del d.Lgs n. 163 del 2006; nonché per eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti; difetto di motivazione, non sussistendo i presupposti per dar luogo alla procedura di affidamento a "trattativa privata"; 2) per violazione degli artt. 48, 57, 122 e 125 del d.Lgs n. 163 del 2006; nonché per eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità, dovendo ritenersi illegittima la procedura seguita dalla stazione appaltante che ha direttamente contattato l'impresa affidataria senza prima individuare altri operatori economici presenti sul mercato; 3) violazione degli art. 4 del d. lgs n. 490 del 1994; eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità, nonché per difetto di motivazione e sviamento.

Con memoria notificata il 18.4.2014 la ricorrente ha dedotto motivi aggiunti relativamente alla determina n. 20/14 denunciando: 4) violazione degli artt. 28, 29, 56, 57, 122, 123 e 125 del d. lgs n. 163 del 2006; eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti; difetto di motivazione, atteso il mancato rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento; 5) per violazione degli artt. 48, 57, 122 e 125 del d.Lgs n. 163 del 2006; nonché per eccesso di potere sotto vari profili; 6) per violazione degli art. 4 del d. lgs n.

490 del 1994; eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità, nonché per difetto di motivazione e sviamento.

Il Comune di Monte San Biagio si è costituito in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso e richiedendone nel merito la reiezione.

Non si sono costituite invece le ditte Oscar Marta e Gerardo Borlone controinteressate.

Con memoria depositata in data 22.10.2014, l'istante ha ulteriormente insistito nelle proprie conclusioni, cui ha replicato sia il Comune di Monte S. Biagio.

Successivamente, all'udienza del 6.11.2014, la causa è stata trattenuta a sentenza.

Anzitutto devono essere esaminate le eccezioni in rito sollevate dal Comune resistente sia con riferimento al ricorso introduttivo che ai motivi aggiunti.

Con la prima eccezione d'inammissibilità del ricorso il Comune di Monte S. Biagio assume la carenza di legittimazione della società T.M.R., sul rilievo che, nella specie, non si tratterebbe di lavori edili quanto, piuttosto, di forniture di prefabbricati.

Conseguentemente, ad avviso dell'Autorità comunale, l'istante non avrebbe potuto prendere parte alla gara, attesa la tipologia della vista prestazione dedotta in contratto.

La suesposta eccezione è priva di pregio, essendo sufficiente in proposito rilevare che la società TMR – S.r.l. ha documentato di aver installato in precedenza altri loculi prefabbricati, analoghi a quelli

dedotti in prestazione.

Giova, al riguardo, ricordare che di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio (sent. n. 4/11) ha chiarito come in materia di contratti pubblici una delle ipotesi tipiche in cui è certamente ravvisabile la legittimazione (ed il correlativo interesse) ad impugnare gli atti di una procedura di affidamento, è quella dell'impresa operante nello stesso settore economico oggetto del contratto affidato con procedura che si assume non rispettosa del proprio titolo a parteciparvi.

Né osta alla vista conclusione la circostanza, addotta dalla difesa comunale, relativa alla natura complessa della prestazione, in cui sarebbe ricompresa anche la costruzione e la vendita dei loculi in alluminio, per la semplice ragione che esse costituiscono prestazioni certamente ausiliare e sussidiarie rispetto a quella principale relativa alla produzione.

Deve, del pari, essere respinta l'ulteriore eccezione d'irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti per tardività, sollevata dall'ente territoriale resistente.

Ad avviso dell'Autorità comunale per le impugnazioni delle delibere - limitatamente a quelle per le quali è prescritta la pubblicazione all'Albo (nel caso di specie delibera n. 7/14) - il termine decadenziale nei confronti dei terzi *ex art.* 124 del d.Lgs n. 267/2000 decorre dal quindicesimo giorno dalla pubblicazione della delibera stessa.

Conclude sul punto l'ente resistente, il *dies a quo* per l'impugnazione della vista delibera – pubblicata sino al 7.2.2014 – doveva quindi,

decorrere dal 21.2.2014; laddove, la società T.M.R. avrebbe notificato il ricorso solo in data 30.4.2014 ossia oltre il menzionato termine decadenziale.

Anche la suesposta eccezione non è meritevole di accoglimento, atteso che - contrariamente a quanto sostenuto dal Comune di Monte S. Biagio – ai fini della decorrenza del termine per proporre il ricorso , occorre aver riguardo, alla data di spedizione dello stesso e non a quella della effettiva notifica al destinatario , di tal che, sotto tale aspetto, il ricorso appare tempestivo.

Con il ricorso introduttivo e con quello per motivi aggiunti (le cui censure sono sostanzialmente di identico contenuto) la TMR S.r.l., nell'impugnare i suindicati atti dirigenziali a mezzo dei quali il comune aveva disposto l' affidamento diretto - *ex* articolo 125, comma 6, lettere c) ed e), comma 8 ultimo periodo e comma 9 - alle controinteressate della fornitura e posa in opera di loculi, nonché dei lavori di costruzione della piattaforma in calcestruzzo ove allocare gli stessi, lamenta che l'Autorità comunale avrebbe illegittimamente proceduto all'affidamento diretto di forniture e lavori interessanti il cimitero di Monte S. Biagio, mediante frazionamento in piccoli lotti ed omettendo di considerare che la procedura prescelta avrebbe, comunque, imposto la previa consultazione di pluralità di imprese.

Ad avviso dell'Autorità comunale, invece, la vicenda in esame non sarebbe assimilabile alla precedente già scrutinata dalla Sezione - (sentenza n. 1881/10) e confermata dal Consiglio di Stato (decisione

n. 2222/12) - atteso che, in ossequio all'indirizzo dettato dall'Autorità giudiziaria, il Comune aveva avviato la progettazione unitaria ancorché, nelle more, si è trovato nella allegata necessità di ovviare ad esigenze indifferibili. Confermerebbe la vista conclusione la circostanza che il contratto è stato già eseguito e taluni loculi sarebbero già stati impiegati.

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

Osserva, al riguardo, il Collegio che - nel caso di specie - non sussistono i presupposti per applicare l'art. 125 del DLgs 163/06, tenuto conto che - per l'importo di lavori inferiori a €. 40.000,00 - in base a tale disposizione, l'affidamento diretto ...”deve avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici” (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168).

Ne discende che non sussistendo, nel caso di specie, i presupposti per invocare l'applicazione della vista disposizione, la procedura seguita dall'Autorità comunale deve ritenersi illegittima, emergendo un ingiustificato frazionamento dei lavori intrapresi ed oggi conclusi.

Nel caso di specie, invero, l'intento perseguito dal comune di Monte san Biagio, mediante il visto frazionamento dei lavori fa, dunque, ragionevolmente supporre una volontà certamente idonea ad eludere il rispetto della vista normativa in materia di gare pubbliche .

Conseguentemente il Comune di Monte San Biagio, in quanto obbligato al rispetto della richiamata normativa, non poteva -

attraverso la scelta imprenditoriale di scorporare i lavori e di affidarli in separate fasi - eludere i precetti cogenti della disciplina comunitaria e di quella nazionale sull'affidamento dei lavori pubblici

La giurisprudenza amministrativa ha, di recente, ricordato che: ...“anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 55 del trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive” (così Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368; v. anche Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, che richiama Corte giust. Ce, ord. 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19).

Non vi è dubbio che tale frazionamento dei lavori di rifacimento dei loculi abbia di fatto eluso i predetti principi fondamentali.

Riguardo all'istanza risarcitoria, ricondotta dalla deducente al lucro cessante - pari rispettivamente al 10 % delle forniture; in € 10.000,00 per danno curriculare ed all'immagine - occorre preliminarmente domandarsi se le predette voci possano o meno ritenersi integrabili nella effettiva situazione lesa, tenuto conto dell'assenza di partecipazione dell'interessata alla gara che non è per altro stata

indetta.

A tale quesito deve essere data risposta positiva e l'istanza risarcitoria, conseguentemente, accolta con le precisazioni di cui appresso.

In realtà, la circostanza che la ricorrente non ha preso parte alla gara non gli pregiudica certamente la possibilità di dimostrare di avere ricevuto, comunque, un danno ingiusto in dipendenza del comportamento obiettivamente illecito dell'ente resistente.

Relativamente al risarcimento della *chance* va in generale detto che esso viene spesso evocato per facilitare il ragionamento eziologico, in ragione delle difficoltà probatorie derivanti dalla presenza di residua discrezionalità, pura o tecnica, in capo all'amministrazione. In quest'ipotesi la *chance* svolge a seconda degli orientamenti una funzione eziologica che consente di ritenere provato il nesso causale tra attività dell'amministrazione e mancato conseguimento del bene della vita sotteso all'interesse pretensivo nel caso di superamento del 50% delle possibilità di ottenere il bene della vita, in genere l'aggiudicazione di una gara pubblica (TAR Veneto, sez. I, 26 giugno 2006, n. 1910).

In altre occasioni la *chance* viene tirata in ballo in chiave ontologica, ossia quale bene giuridico in sé lesa dall'amministrazione in relazione ad una tipologia di attività che per sua natura non consente di ritenere con certezza che il privato avrebbe ottenuto il bene della vita negatogli. Non viene quindi in rilievo, come nel caso di specie, il

danno da lucro cessante ossia da perdita di un risultato che spetti con certezza o significativa probabilità (superiore al 50%), ma il danno emergente da perdita della possibilità di ottenere questo risultato, possibilità che è una posta attuale del patrimonio, economicamente rilevante e valutabile anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. (Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443).

Recentemente il Consiglio di Stato ha inoltre ritenuto risarcibile la perdita di *chance* non solo nel caso in cui la procedura ad evidenza pubblica sia illegittima ma anche in quello – come nel caso all'esame - in cui l'amministrazione abbia illegittimamente fatto ricorso all'affidamento diretto escludendo alcune ditte (Cons. St., sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097).

In definitiva, se è vero, che la ditta interessata non si è potuta giocare la *chance* - attesa la mancata partecipazione alla gara - è, del pari vero, che dalla situazione creatasi a seguito dell'esecuzione dei lavori da parte dell'aggiudicatario (rectius: affidatario diretto) la *chance* è divenuta irrimediabilmente lesa, essendo stati i lavori ultimati (così da rendere vana la riedizione della gara) e, dunque, preclusa alla ditta rimasta estranea alla procedura di affidamento diretto la possibilità di potersi giocare la *chance*.

Naturalmente la rilevanza della *chance* - nel caso di specie - non può che rilevare quale componente del danno emergente.

In tal caso il risarcimento deve essere quantificato secondo criteri equitativo e non devono essere calcolate altre voci di danno quali i

costi di partecipazione alla gara o il danno all'immagine professionale o curriculare (Cons. St, sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829).

Alla stregua delle suesposte coordinate ermeneutiche il Collegio riconosce in via equitativa alla ditta ricorrente il danno emergente quantificato nella complessiva somma di €. 3.000,00.

In conclusione il ricorso deve essere accolto, potendo restare assorbiti gli ulteriori profili di censura dedotti.

Le spese seguono la soccombenza e possono essere liquidate nella somma di € 3.000,00 oltre ad oneri di legge, che vanno poste a carico del Comune di Monte San Biagio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati;

accoglie la domanda di risarcimento dei danni nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione e, per l'effetto, condanna il Comune Monte San Biagio al pagamento della somma ivi quantificata.

Condanna il Comune intimato a corrispondere alla società Tmr S.r.l. la somma di € 3.000,00 oltre ad accessori di legge, a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 6

novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente FF

Davide Soricelli, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2015

IL SEGRETARIO

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