N. 03939/2010 03939/2010 REG.SEN.
N. 00625/2010 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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 625 del 2010, proposto da: Promelit S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Vincenzo Enrichens, Bruno Santamaria, con domicilio eletto presso Vincenzo Enrichens in Torino, via Morghen, 28;

contro

Comune di Santhia', rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Santilli, con domicilio eletto presso Giorgio Santilli in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

nei confronti di

F.G.S. S.r.l.;

per l'annullamento

- della Determinazione prot. 100 del 19.03.2010 (pubblicata sino al 03.04.2010), con la quale il Responsabile del Servizio di Polizia Locale ha definitivamente aggiudicato il contratto di fornitura e posa in opera dell'impianto di videosorveglianza, anche e nella parte in cui ha erroneamente attestato che la Determinazione n. 57 del 18.02.2010 fosse riferita al conferimento dell'incarico alla ditta CSA di Desenzano, in luogo dell'effettivo conferimento dell'incarico al dott. Benedetti, come realmente dispone la Determinazione n. 57/2010;
- dei Verbali di gara della Commissione aggiudicatrice con i quali è stata giudicata l'offerta tecnica ed economica dell'odierna ricorrente e della controinteressata, nonchè determinata l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in oggetto;
- della Determinazione prot. 57 del 18.02.2010, con la quale il Responsabile del Servizio di Polizia Locale ha affidato al dott. Achille Benedetti l'incarico di redigere il progetto per l'ampliamento del sistema di videosorveglianza, nonchè l'incarico della stesura degli atti amministrativi di gara, della valutazione tecnica in sede di gara, nonchè l'incarico di collaudatore dell'impianto d videosorveglianza;
- della Determinazione prot. 98 del 12.03.2010, con la quale il Responsabile del Servizio di Polizia Locale ha nominato la Commissione aggiudicatrice della Gara;
- della Determinazione prot. 56 del 18.02.2010, nella denegata e non creduta ipotesi possa essere intesa nel senso di disporre la disapplicazione dei termini a contrarre stabiliti dall'art. 11 del D.L.gs. 163/2006;

nonchè per l'annullamento

e/o la declaratoria di ineffcacia

del contratto rep. 4159 del 19.03.2010 di fornitura e posa in opera dell'ampliamento del sistema di videosorveglianza, stipulato dal Comune di Santhià con la controinteressata;

nonchè per la condanna

dell'Amministrazione Comunale di Santhià - nella denegata ipotesi di mancata reintegrazione in forma specifica dell'interesse della Promelit S.p.A., attraverso il subentro nel contratto o nella fornitura, anche ai sensi dell'art. 245 quinquies del D.Lgs. 163/2006 - al risarcimento del danno ingiusto procurato alla odierna ricorrente, da determinarsi nel prosieguo del presente gravame, anche in via equitativa, in conseguenza della mancata esecuzione del contratto di fornitura in questione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2010 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Santhià ha indetto, con determinazione n. 56 del 18 febbraio 2010, una "procedura di gara negoziata ristretta" avente ad oggetto la fornitura dell'ampliamento del sistema di videosorveglianza installato nel territorio comunale. Il criterio di aggiudicazione è stato individuato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'importo della gara a base d'asta è stato fissato in euro 100.076,80, IVA al 20% esclusa.

Contestualmente all'indizione della gara, il responsabile del Servizio di Polizia locale del Comune di Santhià, con determinazione n. 57 del 18 febbraio 2010, ha affidato al dott. Achille Francesco Benedetti l'incarico per la redazione del progetto della fornitura, al contempo affidandogli anche i compiti di sopralluogo delle aree di intervento, di "stesura atti amministrativi", di "valutazione tecnica in sede di gara" e di collaudo dell'opera.

Con successiva determinazione n. 98 del 12 marzo 2010, il medesimo responsabile ha nominato la "Commissione esaminatrice" della procedura di gara, inserendovi anche il dott. Benedetti in qualità di "Componente Esperto".

Alla gara hanno partecipato, e sono state ammesse, solo due imprese: la F.G.S. s.r.l., che ha avanzato un'offerta di complessivi euro 94.572,58; e la Promelit s.p.a., la quale ha complessivamente offerto l'importo di euro 95.000,00.

Alla fine della procedura, previa verifica dell'anomalia dell'offerta economica, è risultata aggiudicataria la ditta F.G.S., in ragione del maggior punteggio

complessivo ottenuto (punti 98/100, a fronte del punteggio di 86,96/100 ottenuto da Promelit).

L'aggiudicazione definitiva alla ditta F.G.S. è avvenuta in data 19 marzo 2010 (determinazione n. 100) e lo stesso giorno è stato stipulato il contratto di appalto, rep. n. 4159.

I lavori di ampliamento sono poi stati portati a termine entro la scadenza stabilita nel contratto, fissata al 31 marzo 2010.

2. La società Promelit, seconda classificata, ha proposto ricorso dinnanzi a questo TAR (notificato in data 19 maggio 2010 e depositato il successivo 26 maggio), impugnando:

- la determinazione n. 100 del 19 marzo 2010, con la quale l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla ditta F.G.S.;
- i verbali di gara, con i quali è stata giudicata l'offerta tecnica ed economica della società ricorrente ed è stata determinata l'aggiudicazione provvisoria in favore di F.G.S.;
- la determinazione n. 57 del 18 febbraio 2010;
- la determinazione n. 98 del 12 marzo 2010;
- la determinazione n. 56 del 18 febbraio 2010.

La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento degli atti e dei provvedimenti impugnati, ed altresì chiedendo di "annullare e/o dichiarare l'inefficacia, del contratto di appalto stipulato dal Comune di Santhià con l'aggiudicataria", con

condanna dell'amministrazione "al risarcimento del danno ingiusto procurato" ad essa ricorrente.

Il ricorso è stato notificato alla controinteressata F.G.S., non costituitasi in giudizio.

2.1. Il ricorso è affidato ad un formalmente unico, complesso motivo di gravame, all'interno del quale sono ravvisabili le seguenti censure, peraltro non sottoposte a vincoli di subordinazione:

- violazione dell'art. 84, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, posto che il dott. Benedetti è stato nominato membro della Commissione esaminatrice in un momento (individuato alla data del 18 febbraio 2010) anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (fissata alle ore 12 del 12 marzo 2010);

- violazione dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, posto che il commissario dott. Benedetti aveva già svolto un "incarico tecnico" relativamente al contratto del cui affidamento si trattava, ossia aveva svolto l'incarico di progettazione a lui affidato con la determinazione n. 57 del 18 febbraio 2010;

- violazione dell'art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2010, posto che – in mancanza di espressa precisazione che mancassero, nell'organico dell'amministrazione, "adeguate professionalità", con conseguente richiesta di nominativi agli Ordini professionali od alle Università – l'amministrazione aggiudicatrice ha fatto ricorso ad un commissario esterno (per l'appunto, il dott. Benedetti);

- mancata esclusione dell'offerta presentata dalla F.G.S., a mente dell'art. 15 del disciplinare di gara (a norma del quale "*Saranno escluse le offerte le cui caratteristiche tecniche o funzionali non rispondano ai requisiti minimi del capitolato tecnico*"), posto che l'offerta presentata dalla controinteressata non aveva ottemperato ad alcune caratteristiche tecniche "indicate dalla relazione tecnica" (nella specie, le prestazioni di *zoom* ottico delle telecamere);
- insufficiente motivazione della valutazione sull'anomalia dell'offerta presentata da F.G.S., posto che le giustificazioni addotte da quest'ultima sarebbero consistite "in mere clausole di stile prive di alcun reale appiglio con la realtà o con qualsivoglia documento giustificativo" e che, "del tutto inopinatamente", tali giustificazioni sono state ritenute adeguate dalla stazione appaltante;
- mancato rispetto del "termine dilatorio" imposto dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, posto che il contratto con la F.G.S. è stato stipulato il giorno stesso dell'aggiudicazione definitiva (19 marzo 2010).

2.2. Quanto al risarcimento del danno, la ricorrente premette che "la fornitura è stata eseguita completamente", quindi concludendo che "Non resta che la tutela risarcitoria per equivalente".
In proposito, viene chiesta a questo Giudice la liquidazione, con valutazione equitativa, delle seguenti voci di danno: danno emergente, nella misura "pari al 2% del valore dell'appalto"; lucro cessante, nella misura del "10% del valore dell'appalto"; perdita di *chance*, con importo "pari al 3% del valore dell'appalto"; un

"ulteriore importo, equitativamente individuato nel 3% del valore dell'appalto, per il mancato ammortamento di attrezzature e macchinari"; rivalutazione e interessi.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Santhià, in persona del Sindaco *pro tempore*, depositando documenti e chiedendo l'integrale rigetto del ricorso.
Preliminarmente, l'amministrazione resistente eccepisce l'improcedibilità del ricorso avversario, posto che quest'ultimo è stato notificato oltre il termine di trenta giorni individuato dall'art. 245, comma 2-*quinquies*, del d.lgs. n. 163 del 2006 (nella formulazione introdotta dal d.lgs. n. 53 del 2010).
Nel merito, l'amministrazione contesta tutte le censure mosse dalla società ricorrente evidenziando, in particolare, che la determinazione n. 57 del 18 febbraio 2010 "non contiene la nomina del dott. Benedetti a commissario". Inoltre, precisa l'amministrazione, la relazione tecnica di gara è stata redatta non dal suddetto dott. Benedetti, ma "dalla società C.S.U. di cui il Dott. Benedetti è amministratore unico": non ricorrerebbe, pertanto, "alcuna incompatibilità rispetto al Dott. Benendetti quale persona fisica, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'autore del progetto".

4. In data 30 settembre 2010 la società ricorrente ha depositato nuovi documenti, insieme ad una memoria difensiva.

5. Alla pubblica udienza del 13 ottobre 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Ai sensi dell'art. 75, comma 2, del nuovo cod. proc. amm. (d.lgs. n. 104 del 2010, all. A), la decisione della causa è stata differita alla successiva camera di consiglio del 27 ottobre 2010.

DIRITTO

1. La società Promelit s.p.a., dopo aver partecipato alla procedura per l'affidamento del contratto di fornitura e posa in opera dell'impianto di videosorveglianza urbana (indetta, con determinazione n. 56 del 18 febbraio 2010, dal Comune di Santhià), impugna in questa sede tutti gli atti relativi alla gara, facendo valere diversi vizi di legittimità.

Alla gara, che prevedeva il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, hanno partecipato solo due imprese, risultando alla fine aggiudicataria la società F.G.S. s.r.l. con punteggio totale di 98/100, a fronte del punteggio di 86,96/100 ottenuto dalla ricorrente seconda classificata. Lo stesso giorno in cui è stata adottata l'aggiudicazione definitiva è stato anche stipulato il contratto con l'impresa aggiudicataria ed il relativo contratto è stato integralmente eseguito entro la fine del mese di marzo 2010.

Le censure avanzate dalla società ricorrente investono – senza alcun vincolo di subordinazione – sia la regolarità dell'intera procedura di gara sia presunti vizi in ordine alla partecipazione della società controinteressata alla gara (nonché al rapporto contrattuale con questa poi instaurato dalla stazione appaltante). Sotto il primo profilo, si lamenta la violazione dell'art. 84, commi 10, 4 e 8, del d.lgs. n. 163

del 2006, in ordine alla nomina dell'ing. Benedetti quale "Componente Esperto" della Commissione tecnica. Sotto il secondo profilo, si contesta il mancato possesso, da parte della controinteressata, di alcuni "requisiti minimi" di partecipazione indicati dal capitolato tecnico, nonché l'insufficiente motivazione del giudizio di "non anomalia" dell'offerta presentata, ed infine il mancato rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. dovere di *stand still*) nella stipula del contratto.

2. Deve preliminarmente essere scrutinata l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata dall'amministrazione resistente nella memoria depositata il 21 luglio 2010.
L'eccezione non è fondata.
Il provvedimento di aggiudicazione definitiva reca la data del 19 marzo 2010 ed è stato pubblicato nell'albo pretorio comunale fino al 3 aprile 2010. L'atto introduttivo del giudizio è stato inviato per la notifica, mediante il servizio postale, in data 19 maggio 2010 ed è stato ricevuto dall'amministrazione resistente il successivo 21 maggio (dalla controinteressata il 25 maggio). Il deposito in giudizio è avvenuto il 26 maggio 2010.
Ora, se si dovessero applicare, al caso di specie, i termini introdotti dall'art. 8 del d.lgs. n. 53 del 2010 (che, prima ancora dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, aveva modificato l'art. 245 del d.lgs. n. 163 del 2006, in special modo introducendovi il nuovo comma 2-*quinquies*), come sostenuto dall'amministrazione resistente, non vi è dubbio che il ricorso sarebbe tardivo, in

quanto notificato ben oltre il termine di trenta giorni indicato da tale novella legislativa. In contrario va però evidenziato che l'atto dal quale è scaturita la lesione lamentata in questa sede è stato adottato (e conosciuto dall'odierna ricorrente) in data antecedente all'entrata in vigore dell'art. 8 del d.lgs. n. 53 del 2010 (avvenuta il 27 aprile 2010), ossia in un momento nel quale era ancora vigente l'art. 23-*bis* della legge n. 1034 del 1971, a norma del quale – per le impugnazioni giurisdizionali concernenti, tra l'altro, i provvedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici – il termine per la proposizione del ricorso era mantenuto in quello ordinario di sessanta giorni.

E' evidente, pertanto, che un'eventuale declaratoria di tardività del presente ricorso equivarrebbe ad un'applicazione sostanzialmente retroattiva della norma introdotta dal d.lgs. n. 53 del 2010, intervenendo a mutare – in senso sfavorevole per il ricorrente – il termine entro il quale notificare l'impugnazione giurisdizionale, termine che era in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova norma. L'effetto che ne deriverebbe, in definitiva, lungi dall'essere meramente processuale, sarebbe tale da introdurre una rilevante limitazione al diritto di difesa della società ricorrente, frustrando l'aspettativa di quest'ultima di poter fare affidamento sul termine più ampio di ricorso. Sono, pertanto, le norme generali in tema di irretroattività della legge (art. 11 disp. prel. c.c.) ad escludere, nel caso di specie, l'applicabilità dell'art. 8 del d.lgs. n. 53 del 2010, in uno con la tardività del ricorso.

Il ricorso è pertanto tempestivo, essendo stato notificato entro il termine di sessanta giorni prescritto dagli artt. 23-*bis* e 21 della legge n. 1034 del 1971.

3. Nel merito, il ricorso è fondato.

3.1. Giova premettere che, come esposto nel cenno del fatto, già in data 18 febbraio 2010 (con la determinazione n. 57) il Comune di Santhià aveva affidato all'ing. Benedetti "l'incarico per la redazione di un progetto per l'ampliamento del sistema di videosorveglianza Urbana", contestualmente anche affidando al medesimo professionista l'incarico di "Valutazione tecnica in sede di gara".
Con ciò la stazione appaltante è incorsa in un'evidente violazione delle norme evocate dalla società ricorrente.
E' stato, anzitutto, violato il comma 10 dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, a norma del quale, allorché la scelta della migliore offerta debba avvenire con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione giudicatrice "*devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte*". Nel caso di specie, l'ing. Benedetti è stato individuato quale componente della commissione tecnica sin dal conferimento dell'incarico di progettazione (ossia, sin dal 18 febbraio 2010), ben prima dunque della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (fissata al 12 marzo). Non vale, in proposito, replicare che l'atto di conferimento dell'incarico non contiene alcuna formale nomina dell'ingegnere come commissario: è, al contrario, sufficiente osservare che il conferimento del compito di "Valutazione tecnica in sede di gara" (in quella sede compiuto) equivaleva, nella

sostanza, a predeterminare la partecipazione del professionista alla commissione tecnica (come poi, in effetti, è avvenuto), con sostanziale violazione della prescrizione legislativa.

Quest'ultima, del resto, come recentemente ritenuto da questo TAR (cfr. TAR Piemonte, sez. II, n. 266 del 2008), ha la finalità di garantire la trasparenza e l'imparzialità della procedura di gara, ed il suo carattere tassativo non consente deroghe di sorta (nello stesso senso, di recente, anche: TAR Molise, sez. I, nn. 651, 126 e 81 del 2009; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 1268 del 2008; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1854 del 2007; TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1897 del 2007).

L'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 – sicuramente applicabile, in tutte le sue prescrizioni, anche agli appalti pubblici di fornitura –, poi, risulta violato anche nella prescrizione di cui al comma 4, a norma del quale "*I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*". Nel caso di specie, viceversa, il fatto stesso che l'ing. Benedetti avesse già svolto l'incarico di progettazione impediva alla stazione appaltante di nominarlo membro della Commissione giudicatrice (come formalmente avvenuto con la determinazione n. 98 del 12 marzo 2010). Né vale replicare, come fa l'amministrazione resistente, che la relazione tecnica di gara è stata redatta "dalla società C.S.U. di cui il Dott. Benedetti è amministratore unico", rimanendo quindi quest'ultimo un "soggetto giuridico distinto dall'autore del progetto". Quello che conta è la concentrazione,

di fatto, di più attività in capo alla medesima persona: anche se la relazione tecnica è formalmente a firma della società C.S.U., non vi è dubbio che sia stato proprio l'ing. Benedetti a svolgere l'incarico di progettazione (come, peraltro, da incarico che gli era stato formalmente affidato dal Comune con la determinazione n. 57 del 18 febbraio 2010, già citata), con ciò chiaramente incorrendo nell'ipotesi di incompatibilità prevista dall'evocata disposizione legislativa.

La nomina dell'ing. Benedetti quale membro della commissione tecnica ha determinato, infine, anche la violazione del comma 8 dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, a norma del quale "*I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:* a) *professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;* b) *professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza*".

Nel caso di specie, invece, pur non essendo l'ing. Benedetti un funzionario della stazione appaltante, egli è stato nominato membro della commissione tecnica senza che ricorressero i presupposti, né fossero osservate le modalità, di cui alla citata disposizione.

3.2. Delle tre ulteriori censure sviluppate nel ricorso introduttivo, poi, è manifestamente fondata quella concernente la violazione dell'obbligo di c.d. *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006 (nella formulazione vigente *ratione temporis*).

Al riguardo, è sufficiente rilevare che lo stesso giorno in cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva è stato anche stipulato il contratto con l'impresa aggiudicataria, senza quindi che la stazione appaltante abbia rispettato il termine dilatorio di cui alla citata disposizione.

Ciò determina l'applicabilità, in questo giudizio, delle nuove norme introdotte dal codice del processo amministrativo (artt. 121 ss.) le quali, in difetto di specifiche norme transitorie, sono immediatamente applicabili ai giudizi in corso (salve, ovviamente, le situazioni già consolidatesi alla data di entrata in vigore delle norme stesse). Sul punto, si tornerà *infra*, al paragrafo n. 4.

3.3. Non sono invece fondate le censure concernenti, rispettivamente, la mancanza dei "requisiti minimi" dell'offerta della controinteressata e l'insufficienza della motivazione nel procedimento di verifica di anomalia dell'offerta medesima.

Sul primo punto, è pur vero che l'aggiudicataria aveva indicato, nella propria offerta, la fornitura del modello di telecamera "Sony SNC-RX530" (modello che, da *borchure* ufficiale dei prodotti Sony, depositata in giudizio, è dotato di *zoom* ottico 18x, inferiore rispetto a quello di 36x richiesto dal capitolato tecnico), ma è anche vero che, nel descrivere le prestazioni del modello offerto, la stessa

controinteressata aveva comunque specificato che lo *zoom* ottico era quello a 36x, come del resto poi è effettivamente stato in sede di esecuzione del contratto. Si deve, pertanto, concludere che l'offerta presentata dalla società F.G.S. è stata senz'altro in linea con i requisiti minimi chiesti dal capitolato tecnico.

Sul secondo punto, è sufficiente osservare che il verbale n. 3 della Commissione di gara, del 19 marzo 2010, nel riconoscere quale "adeguatamente giustificata" l'offerta presentata dalla società F.G.S., ha analiticamente riportato le giustificazioni da quest'ultima presentate a seguito dell'avvio del sub-procedimento di verifica di anomalia. Ciò è senz'altro da ritenere sufficiente ai fini dell'obbligo di motivazione incombente sulla stazione appaltante la quale, come puntualizza la costante giurisprudenza amministrativa, ha l'obbligo di motivare in maniera particolarmente approfondita solo nell'ipotesi in cui esprima un giudizio negativo che faccia venire meno l'aggiudicazione. Laddove, invece, la verifica di anomalia conduca a confermare la già disposta aggiudicazione (come avvenuto nella specie) non è richiesto che la motivazione sia particolarmente analitica e puntuale, potendo in tal caso trovare sostegno *per relationem* nelle stesse giustificazioni presentate dal concorrente o negli stessi documenti a corredo dell'offerta. In quest'ultimo caso, quindi, quando l'Amministrazione ritenga convincenti le giustificazioni fornite, non occorre che la determinazione si basi su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni, ma incombe su chi contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare specifici elementi da cui il giudice amministrativo può evincere che la valutazione tecnico-discrezionale

dell'amministrazione era manifestamente irragionevole (cfr., da ultimo, TAR Piemonte, sez. I, n. 2554 del 2009; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6708 del 2009).

4. Stante la fondatezza dei motivi *supra* riportati, va disposto l'annullamento di tutti gli atti di gara gravati dalla ricorrente, ad eccezione della determinazione con la quale è stata indetta la gara (la n. 56 del 18 febbraio 2010), posto che l'illegittima composizione della commissione tecnica ha determinato l'illegittimità di tutti gli atti dalla stessa compiuti, in una con l'illegittimità dell'aggiudicazione finale.
La rilevata violazione del termine dilatorio imposto dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006 conduce il Collegio a verificare l'applicabilità, nella fattispecie, dell'art. 121, comma 1, lett. *c*, del cod. proc. amm., a norma del quale, qualora il contratto sia stato stipulato senza il rispetto del citato termine dilatorio, l'annullamento dell'aggiudicazione comporta anche la declaratoria di inefficacia del contratto "*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*".
Nel caso in esame, non pare dubbio che il mancato rispetto dell'obbligo c.d. di *stand still* abbia impedito alla società ricorrente di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, non fosse altro perché il contratto è stato concluso il giorno medesimo dell'avvenuta aggiudicazione.

Non ricorre, tuttavia, l'altra condizione indicata dall'art. 121, ossia che il mancato rispetto di quell'obbligo, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità della ricorrente di ottenere l'affidamento. Nel caso di specie, infatti, i rilevati vizi concernenti la composizione della commissione tecnica determinano – come già detto – la caducazione dell'intera procedura di gara, sicché non è possibile concludere nel senso che, senza di essi, la società ricorrente avrebbe ottenuto l'affidamento: tale conclusione presupporrebbe, invero, lo svolgimento di una nuova gara, con una commissione composta diversamente da quella che ha in concreto operato. Non può quindi concludersi nel senso che la perpetrata violazione dell'obbligo di *stand still* abbia influito, nel caso di specie, sulle possibilità della ricorrente di ottenere l'affidamento: donde l'inoperatività della regola di declaratoria automatica di inefficacia del contratto, di cui all'art. 121 c.p.a.

Residua, a questo punto, la possibile applicazione dell'art. 122 c.p.a., norma che viene in considerazione "*fuori dai casi indicati dall'art. 121, comma 1*" e che consente al giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del 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*". In questo caso, tuttavia, si deve rilevare che i vizi riscontrati sono tali da comportare – seppur solo potenzialmente – l'obbligo di rinnovare la gara, e che la ricorrente non ha nemmeno avanzato la domanda di subentrare (essa ha chiesto bensì "l'annullamento e/o la declaratoria di inefficacia del contratto", ma ciò ha fatto solo nell'epigrafe e nelle conclusioni, senza supportare tale domanda nel corpo complessivo del ricorso, nel quale ha unicamente argomentato la richiesta di

risarcimento del danno, espressamente ammettendo che, a seguito dell'avvenuta integrale esecuzione del contratto, "Non resta che la tutela risarcitoria per equivalente"). Non ricorrono, pertanto, nel caso di specie, nemmeno le condizioni poste dall'art. 122 c.p.a. per l'eventuale declaratoria di inefficacia del contratto, declaratoria che – in ogni caso – sarebbe stata da escludere in considerazione dello "stato di esecuzione del contratto" (esecuzione che, nel caso, si ripete, è già integralmente terminata).

4.1. La mancata applicazione dell'art. 121, comma 1, c.p.a., in presenza della violazione del termine di c.d. *stand still*, dovrebbe determinare, ai sensi del comma 4 dell'art. 121, l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. (come anche autonomamente confermato dal comma 3 del medesimo art. 123).
In proposito, è tuttavia evidente che, nel caso di specie, osta ad una tale applicazione il principio della irretroattività delle misure sanzionatorie (codificato, anche al di là della materia penale, in via generale, dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981), posto che la violazione sanzionabile è stata posta in essere in un momento nel quale non erano ancora in vigore gli artt. 121 e 123 c.p.a.
Nessuna sanzione alternativa è, pertanto, applicabile nel caso di specie.

5. Deve essere scrutinata, a questo punto, la domanda di risarcimento del danno per equivalente, avanzata dalla ricorrente con il ricorso.
La domanda va accolta nei limiti di seguito indicati.

5.1. Va, anzitutto, precisato che la natura extra-contrattuale dell'illecito compiuto dall'amministrazione nell'esercizio dell'attività provvedimentale determina la conseguenza che incombe al danneggiato la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 478 del 2005). Il ricorrente, pertanto, non può limitarsi ad addurre l'illegittimità dell'atto, ma deve compiere l'ulteriore sforzo probatorio di documentare il pregiudizio patrimoniale del quale chiede il ristoro nel suo esatto ammontare. A tale riguardo, come è noto, il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione offerta dall'art. 1223 c.c., del danno emergente e del lucro cessante: e cioè della diminuzione reale del patrimonio del privato, per effetto di esborsi connessi alla (inutile) partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo. Se per la prima voce di danno (quello emergente) non si pongono particolari problemi nell'assolvimento dell'onere della prova (è sufficiente, di regola, documentare le spese sostenute), per la seconda (lucro cessante) si configurano, viceversa, rilevanti difficoltà, per superare le quali può utilmente farsi ricorso a criteri presuntivi: a patto, però, che il ricorrente danneggiato alleghi gli elementi di fatto e gli indizi sulla cui base possono individuarsi i parametri presuntivi di determinazione del danno.

In proposito, proprio in materia di valutazione del pregiudizio connesso alla perdita di *chance*, si è ormai consolidato un indirizzo giurisprudenziale, ormai univoco e dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, che (sulla base

dell'indice normativo già rinvenibile nell'art. 345 della legge n. 2248 del 1865, all. F) riconosce nella misura del 10% dell'importo a base d'asta, per come eventualmente ribassato dall'offerta dell'impresa interessata, l'entità del guadagno presuntivamente ritratto dall'esecuzione dell'appalto.

Occorre, tuttavia, ancora distinguere la fattispecie in cui il ricorrente riesce a dimostrare che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, avrebbe vinto la gara (ad esempio perché, se non fosse stato indebitamente escluso, sarebbe stata selezionata la sua offerta) dai casi in cui non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata. La dimostrazione della spettanza dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fonda su parametri vincolati e matematici (come, ad esempio, nel caso del massimo ribasso in un pubblico incanto in cui l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa), mentre si rivela impossibile là dove la selezione del contraente viene operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta (come nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Nella prima ipotesi spetta, evidentemente, all'impresa danneggiata un risarcimento pari al 10% del valore dell'appalto (come ribassato dalla sua offerta), ferma restando la possibilità di conseguire una somma superiore, in presenza della dimostrazione che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto. Viceversa, quando il ricorrente allega solo la perdita di una *chance* a sostegno della pretesa risarcitoria (e cioè quando non riesce a provare che l'aggiudicazione

dell'appalto spettava proprio a lui, secondo le regole di gara), la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura. Al fine di operare tale decurtazione vanno valorizzati tutti gli indici significativi delle potenzialità di successo del ricorrente, quali, ad esempio, il numero di concorrenti, la configurazione della graduatoria eventualmente stilata ed il contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata.

5.2. Nel caso di specie, la società ricorrente domanda un risarcimento per il lucro cessante pari al "10% del valore dell'appalto", sull'indimostrato presupposto che, in mancanza delle lamentate illegittimità, l'aggiudicazione sarebbe spettata proprio ad essa ricorrente.

Va tuttavia evidenziato che – come già in precedenza rilevato – nessuna certezza può aversi in ordine all'esito della gara, qualora la commissione giudicatrice fosse stata composta in modo legittimo: ciò, proprio per il criterio di selezione delle offerte che era stato individuato nel bando, ossia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, caratterizzato da un'ampia incidenza di apprezzamenti tecnico-discrezionali (o, il che è lo stesso, dall'assenza di parametri rigidi e matematici di selezione).

La pur richiesta misura del 10% del valore dell'appalto va, pertanto, decurtata in ragione degli indici sopra elencati, nella consapevolezza – peraltro – che la relativa determinazione giurisdizionale dei criteri sfugge a canoni valutativi rigidi: di

conseguenza, ai fini della liquidazione di tale danno, è opportuno utilizzare lo strumento già previsto dall'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80 del 1998, ed ora confluito nell'art. 34, comma 4, del cod. proc. amm., che, appunto, consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento della somma entro un congruo termine (con l'ulteriore previsione che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute, ovvero per l'adempimento delle obbligazioni ineseguite, nelle forme del giudizio di ottemperanza). Deve anche precisarsi, in proposito, che adesso il richiamato art. 34, comma 4, c.p.a. subordina l'utilizzabilità di tale strumento alla mancata previa opposizione delle parti: opposizione che, nel caso di specie, non risulta essere stata avanzata da nessuna delle parti nei loro atti difensivi.

5.3. Si deve disporre, pertanto, che l'amministrazione comunale provveda a liquidare una somma a favore della società ricorrente a titolo sia di danno emergente (costi di partecipazione alla gara) che di lucro cessante (mancato utile), secondo i criteri appresso indicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica, della presente decisione.

In particolare, il risarcimento del danno dovuto dovrà computarsi come segue:

A) quanto al danno emergente:

spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, purché assistiti da idonea documentazione. Non sono, invece, nella specie liquidabili, quale voce di danno emergente, per difetto assoluto di qualsiasi prova al riguardo, l'inutile immobilizzazione di macchinari e mezzi tecnici;

B) quanto al lucro cessante:

la percentuale del 10% dell'utile economico (utile da calcolarsi in via equitativa, per quanto sopra detto, nella misura del valore dell'appalto per come ribassato dall'offerta presentata dalla società ricorrente) va ridotta al 5%, posto che il danneggiato non ha documentato di non aver potuto utilizzare in modo diverso le maestranze ed i mezzi rimasti disponibili a causa del mancato espletamento dell'appalto (ciò perché è da presumere, nel silenzio serbato dall'interessata, che l'impresa abbia potuto riutilizzare i mezzi e la manodopera per lo svolgimento di altri lavori). Il risultato così ottenuto dovrà essere diviso per due, in considerazione del numero dei partecipanti alla gara. Quanto poi al pregiudizio per la perdita di *chance* legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori – pregiudizio pure chiesto dalla ricorrente – esso costituisce, a ben vedere, una sotto-voce già compresa nella liquidazione complessiva del lucro cessante (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 6820 del 2008): non dovrà, pertanto, essere oggetto di ulteriore risarcimento;

C) sulle somme liquidate ai sensi delle lettere *A)* e *B)*, che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve

riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta);

D) sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno;

E) su tutte le somme dovute ai sensi delle precedenti lettere decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

La condanna al risarcimento deve essere pronunciata esclusivamente nei confronti dell'amministrazione soccombente, Comune di Santhià.

6. In conclusione, in base alle considerazioni che precedono, il ricorso va accolto, nei sensi sopra specificati, e, per l'effetto, vanno annullati i seguenti atti della procedura di gara:

- determinazione n. 100 del 19 marzo 2010;
- gli impugnati verbali di gara;

- determinazione n. 57 del 18 febbraio 2010;
- determinazione n. 98 del 12 marzo 2010.

Quanto alla domanda risarcitoria, il Comune di Santhià va condannato al risarcimento dei danni subiti dalla società ricorrente a causa della perdita della *chance* di aggiudicarsi il contratto, nella misura e secondo i criteri sopra indicati.

Quanto, infine, alle spese del giudizio, in applicazione del principio della soccombenza, esse vanno poste interamente a carico dell'amministrazione resistente, nella misura di euro 1.000,00 (mille/00), cui va aggiunta la misura del corrisposto contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda)

Accoglie

il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i seguenti atti:

- determinazione n. 100 del 19 marzo 2010;
- gli impugnati verbali di gara;
- determinazione n. 57 del 18 febbraio 2010;
- determinazione n. 98 del 12 marzo 2010.

Condanna il Comune di Santhià al risarcimento dei danni subiti dalla società ricorrente, nella misura e secondo i criteri di cui in motivazione, provvedendo alla

liquidazione ed al pagamento di tali danni entro il termine massimo di sessanta giorni dalla comunicazione, o se anteriore, dalla notifica, della presente decisione.

Condanna il Comune di Santhià al pagamento delle spese processuali, fissate in euro 1.000,00 (mille/00), cui vanno aggiunti il contributo unificato corrisposto dalla ricorrente e gli accessori di legge.

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

Così deciso in Torino nelle camere di consiglio dei giorni 13 e 27 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonino Masaracchia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2010

IL SEGRETARIO

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