

Pubblicato il 16/08/2017

N. 04091/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01661/2017 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 della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1661 del 2017, proposto da:
Me.Ca. S.r.l., Ge.Ri.Co. S.r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco
Migliarotti, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via
dei Mille 16;

contro

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola, Barbara
Accattatis Chalons D'Oranges, Eleonora Carpentieri, Bruno
Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna Ivana Furnari, Giacomo Pizza,
Bruno Ricci, Gabriele Romano, della avvocatura municipale,
domiciliata in Napoli, piazza Municipio, Palazzo San Giacomo;

nei confronti di

Sirio S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dagli avvocati Ciro Sito, Alfonso Capotorto, con domicilio

eletto presso lo studio *Ciro Sito* in Napoli, Centro Direzionale Isola E2 Scala A;

per l'annullamento:

- della determinazione dirigenziale della IV Municipalità - Servizio attività amministrative n.3 del 15/03/2017 con la quale è stata aggiudicata in via definitiva, relativamente al lotto n.4, la gara per il servizio di refezione scolastica per il periodo gennaio-giugno 2017 in favore della controinteressata;
- di tutti i verbali di gara nei quali l'amministrazione ha assegnato i punteggi definitivi alle offerte tecniche;
- del verbale di gara nel quale la commissione giudicatrice ha positivamente valutato la perizia tecnica redatta da un consulente della controinteressata, relativamente alla potenzialità del suo centro di cottura;
- della nota prot. 2016/885758 del 9/11/2016 non conosciuta nel contenuto;
- di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il subentro della ricorrente nella sua esecuzione per essere la stessa disponibile a rendere la relativa prestazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e di Sirio S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2017 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente MECA s.r.l., quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con la soc. Ge.Ri.Co s.r.l. Gestioni Ristorazioni Collettive, ha partecipato alla procedura – in dieci lotti – per l'affidamento dell'appalto relativo al servizio di refezione scolastica delle scuole dell'infanzia del Comune di Napoli per il periodo gennaio 2017 - giugno 2017, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta più vantaggiosa.

A seguito dell'aggiudicazione, giusta determinazione dirigenziale n. 3 del 15/03/2017 della IV Municipalità del Comune di Napoli, del lotto n. 4 in favore della società SIRIO s.r.l., già aggiudicataria del lotto 8, la odierna ricorrente ha proposto ricorso, articolando censure di violazione della par condicio dei concorrenti e dell'art. 5 del capitolato speciale di appalto, nella parte in cui prescrive il parametro di 0,1 metri quadrati per pasto ai fini del corretto dimensionamento del centro di cottura; nonché di eccesso di potere e carenza di motivazione nell'attribuzione dei punteggi, peraltro determinati erroneamente oltre il massimo dei valori attribuibili a ciascun elemento dell'offerta tecnica.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Napoli e la Sirio s.r.l., concludendo per la legittimità dello svolgimento della procedura di gara e per la reiezione del ricorso.

Accolta l'istanza cautelare con ordinanza n. 688 del 2017, a seguito della quale l'amministrazione comunale ha sospeso l'originaria aggiudicazione ed ha disposto interinalmente l'affidamento al raggruppamento ricorrente, all'udienza pubblica del 19 luglio 2017 la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La decisione è redatta in forma sintetica in conformità alla tecnica redazionale delle sentenze prevista per le controversie in materia di appalti pubblici dal combinato disposto degli artt. 120, comma 10, e 74 cod. proc. amm., mediante l'esposizione delle questioni essenziali.

1.2. In via preliminare non può accedersi alla richiesta della controinteressata di dichiarare la cessazione della materia del contendere, dovuta alla circostanza che l'amministrazione comunale ha comunque proceduto, per anomalie igieniche emerse a seguito della consumazione di alcuni pasti forniti dalla Sirio, alla risoluzione del contratto stipulato in relazione ai lotti n. 4 e n. 8.

Ed invero, poiché non risulta agli atti che l'atto risolutorio sia divenuto oramai inoppugnabile, l'eventuale esito favorevole della impugnazione di un possibile gravame rimetterebbe in gioco l'offerta presentata da Sirio.

2. Ciò premesso, deve ritenersi fondato il primo motivo di ricorso, incentrato sulla violazione del divieto di modificazione dell'offerta tecnica.

2.1. In punto di fatto, ai fini della partecipazione alla gara la Sirio ha dichiarato di disporre di due centri di cottura (uno a Caivano ed uno a Torre del Greco), collegando l'offerta tecnica al centro di cottura di Caivano, tenuto conto che la distanza rispetto ai plessi scolastici

serviti rappresentava uno dei principali elementi di valutazione dell'offerta tecnica.

La lex specialis di gara da un lato ha imposto a ciascun concorrente di dichiarare la capacità produttiva del centro di cottura (espressa in numero di pasti per giorno) e, dall'altro, ha suggerito, come parametro idoneativo dello stesso centro, un rapporto proporzionale di 0,1 mq. per pasto.

La aggiudicataria controinteressata ha dichiarato che il proprio centro di cottura (di Caivano) ha una capacità produttiva di 6.100 pasti (di cui 1.100 già impegnati).

Il lotto n. 8 – del quale, come esposto in parte narrativa, la controinteressata era già aggiudicataria - richiede una capacità di 3.500 pasti al giorno, sicché, ai fini dell'aggiudicazione dell'ulteriore lotto (cioè il numero 4, oggetto di contestazione in questa sede ed assegnato successivamente perché connotato dalla esclusione della prima in graduatoria GEMEAZ ELIOR s.p.a.), sarebbe occorsa una capacità produttiva di 2.500 pasti al giorno, incompatibile con le caratteristiche (dichiarate dallo stesso offerente) del centro di cottura di Caivano.

Ed invero la sommatoria dei fabbisogni di cottura dei pasti per giorno dei due lotti superava la capacità produttiva massima del centro di cottura indicato quale fattore di esecuzione della prestazione dedotta in appalto.

Nel corso del procedimento di aggiudicazione del lotto n. 4, la società SIRIO ha presentato una stima tecnica delle potenzialità effettive del centro di cottura, tale da consentire la produzione di 10.000 pasti al giorno.

2.2. Tale operazione deve tuttavia ritenersi in contrasto con il divieto di modificazione dell'offerta tecnica, divieto posto a presidio della *par condicio competitorum* e, dunque, del corretto confronto concorrenziale fra le imprese.

In primo luogo, invero, non sembra ragionevole consentire al concorrente di venire *contra factum proprium*, posto che lo stesso concorrente ha cristallizzato in sede di offerta le caratteristiche del centro di cottura, onde è anche lecito dubitare della attendibilità della successiva stima.

Converge verso l'inammissibilità di tale operazione anche la circostanza che il capitolato richiedeva, all'atto della presentazione dell'offerta (e quindi fra i requisiti della stessa), la specifica indicazione della capacità produttiva, con una dichiarazione autocertificatoria cui si collega inevitabilmente la responsabilità del dichiarante.

2.3. Né appare utilmente invocabile il principio del soccorso istruttorio. L'integrazione ammissibile in sede di gara su richiesta della stazione appaltante - allo scopo di far prevalere la sostanza sulla forma - si rivela finalizzata unicamente ad ottenere precisazioni in ordine alla documentazione prodotta, in vista della sanatoria di eventuali irregolarità formali; una tale facoltà non può estendersi al caso in cui l'incompletezza o la non conformità alle prescrizioni di gara riguardi l'offerta tecnica ed economica, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della *par condicio* dei concorrenti mediante la modificazione postuma dell'offerta, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma (T.A.R. Emilia Romagna Parma, sez. I - 6/2/2008 n. 90; Consiglio di Stato, sez. V - 11/12/2007 n. 6403).

A tal riguardo occorre inoltre rilevare come l'art. 83, comma 9, d. lgs. n. 50 del 2016 abbia escluso la sanabilità mediante il soccorso istruttorio degli elementi dell'offerta tecnica e economica.

In particolare l'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16 per quanto di interesse in questa sede stabilisce: “ Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica”,

La nuova norma esclude in radice la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l'offerta.

Orbene, nella specie non è dubitabile che la documentazione richiesta afferisse al contenuto dell'offerta tecnica trattandosi della documentazione necessaria a dimostrare la sussistenza delle caratteristiche imposte dal capitolato a pena di esclusione. Tale modifica, come sopra evidenziata, è idonea a incidere sugli elementi attinenti proprio all'offerta, con conseguente vanificazione del canone generale della parità di trattamento e dell'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico, finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara, rende le offerte immutabili una volta presentate nei termini previsti dalla lex specialis (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481).

2.4. Le ulteriori censure sollevate dal ricorrente si intendono assorbite.

3. Ne consegue la fondatezza del ricorso e l'annullamento dell'aggiudicazione impugnata. In accoglimento della domanda formulata dalla parte ricorrente vanno conseguentemente dichiarati

l'inefficacia (con effetto *ex nunc*) del contratto *medio tempore* intercorso e il diritto della ricorrente al subentro nella esecuzione del contratto, ai sensi degli artt. 121 e 122 del c.p.a., all'esito evidentemente della positiva verifica del possesso dei requisiti richiesti, per un tempo equivalente a quello previsto dal bando di gara.

Invero, sussistono – a giudizio della Sezione (e sempre a condizione della positiva verifica dei requisiti) - i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto, ai sensi dell' articolo. 122 c.p.a., che va, pertanto, pronunciata da questo giudice.

Va, invero, rilevato: - che, prevedendo il bando una durata contrattuale di sei mesi; - l'attuale stato di esecuzione e la natura delle prestazioni consentono la possibilità di subentro in capo ad altro operatore economico; - che tale durata manifesta l'interesse al subentro da parte dell'appellante, il quale ha in proposito avanzato specifica richiesta; - che l'interesse pubblico al regolare svolgimento del servizio può essere adeguatamente realizzato fissando la decorrenza della inefficacia al momento in cui l'amministrazione, in esecuzione dell'ordinanza cautelare, ha disposto il passaggio delle consegne.

3.1. Avuto riguardo alla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente, ritiene il Collegio di dover preliminarmente richiamare i principi, oramai consolidati, formati in materia, in base ai quali:

- a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto;
- b) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria

dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella consequenziale di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma cod. civ.;

c) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno;

d) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della 'inferenza necessaria'), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'«id quod plerumque accidit» (in virtù della regola della 'inferenza probabilistica'), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

e) non può trovare applicazione il risalente orientamento volto a riconoscere in siffatte ipotesi l'equivalente del 10 per cento dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

f) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somme liquidata a titolo di lucro cessante.

Ebbene, in tal modo impostati i termini generali della questione, il Collegio osserva che la domanda risarcitoria articolata dalla ricorrente possa trovare solo parziale accoglimento, in ragione dell'accoglimento del ricorso già in fase cautelare, con conseguente affidamento interinale; residua dunque solo la necessità di ristorare la società ricorrente del periodo di servizio non effettuato tra la stipula del contratto con la controinteressata e l'accoglimento della domanda cautelare .

Sul punto la stessa si è limitata a formulare una generica richiesta di risarcimento, senza in alcun modo dettagliare le voci di danno di cui chiede il ristoro.

Pur non avendo parte ricorrente adeguatamente assolto agli oneri probatori sulla stessa gravanti in ordine alla quantificazione del danno – avuto riferimento alle relative voci ed ai parametri di

determinazione - ritiene, tuttavia il Collegio che il danno da mancata aggiudicazione della gara possa essere comunque riconosciuto in relazione al lucro cessante mediante presunzioni; tuttavia, gli elementi indiziari posti a base del ragionamento presuntivo devono essere gravi, precisi e concordanti, con la conseguenza che non si può assegnare valenza probatoria a presunzioni fondate su basi meramente ipotetiche (quali quella secondo cui l'utile d'impresa è pari al 10% dell'importo posto a base di gara).

Così, il danno risarcibile deve essere computato in base al margine di guadagno che residua dopo l'applicazione all'importo posto a base di gara del ribasso offerto dall'impresa ricorrente. L'importo così calcolato deve, poi, essere ridotto in via equitativa nel caso in cui il ricorrente non dimostri in giudizio di non aver potuto altrimenti utilizzare le proprie maestranze e i propri mezzi, in quanto tenuti a disposizione della Stazione appaltante in vista della commessa. In mancanza di tale dimostrazione, difatti, si ritiene che debba essere decurtato *l'aliunde perceptum vel percipiendum*, presumendosi che l'impresa abbia riutilizzato le proprie maestranze e i propri mezzi per svolgere altri servizi o lavori.)

Il che conduce all'accoglimento della domanda risarcitoria per equivalente in ragione del danno ingiusto subito per effetto dell'illegittima aggiudicazione ad altro concorrente che andava escluso dalla gara, non essendo necessario, in materia di risarcimento da mancato affidamento di appalti pubblici, provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, in quanto il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività previsto dalla normativa europea e le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione di pubblici appalti fanno sì che qualsiasi

violazione degli obblighi di matrice comunitaria consenta all'impresa pregiudicata di ottenere il risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza della stazione appaltante e alla imputabilità soggettiva della lamentata violazione.

Tali principi corrispondono a quanto recentemente statuito dal giudice di appello (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1364 del 27 marzo 2017) , secondo cui "La responsabilità da mancata aggiudicazione è infatti riconducibile al paradigma generale dell'illecito extracontrattuale previsto dall'art. 2043 cod. civ., in cui si inquadra la complessiva tematica del risarcimento dei danni da illegittimità provvedimento dell'amministrazione, con l'unico temperamento derivante dal fatto che nella materia in questione non occorre fornire la prova dell'elemento soggettivo (come statuito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 30 settembre 2010, in C-314/09)

Attraverso questa forma di responsabilità viene ristorato per equivalente l'utile che il partecipante ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto illegittimamente non aggiudicatogli. I presupposti su cui essa si fonda sono dunque dati da un vizio di legittimità occorso nella fase di gara e l'accertamento del diritto del concorrente ad aggiudicarsi la stessa nell'ipotesi in cui tale illegittimità non si fosse verificata (in questo senso, ex multis: Cons. Stato, IV, 23 maggio 2016, n. 2111; V, 22 dicembre 2016, n. 5423, 21 luglio 2015, n. 3605, 31 dicembre 2014, nn. 6450 e 6453; nello stesso anche la giurisprudenza di legittimità: Cass., III, 8 giugno 2015, n. 11794)."

Ciò posto, trattandosi di appalto di servizi, deve riconoscersi all'amministrazione la possibilità di ristorare il pregiudizio subito dalla ricorrente mediante l'affidamento del servizio per un periodo ulteriore, rispetto a quello di naturale scadenza, pari al tempo di mancata esecuzione del servizio originario; quale ulteriore forma di risarcimento specifico, sostitutivo del risarcimento per equivalente ed allo stesso preferibile.

Qualora la PA non opti per tale forma di ristoro, in alternativa la liquidazione del danno, non può che avvenire in via equitativa, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, relativamente al *quantum*, non avendo parte ricorrente allegato i parametri in base ai quali determinare l'utile ricavabile dall'esecuzione del contratto in relazione alla propria offerta,

Pertanto il Collegio ritiene di dover commisurare il danno risarcibile mediante indicazione dei seguenti criteri, cui la PA dovrà attenersi, computando la percentuale che risulta in base al margine di guadagno che residua dopo l'applicazione all'importo posto a base di gara del ribasso offerto dall'impresa ricorrente. L'importo così calcolato deve, poi, essere ridotto in via equitativa del 50%, poichè il ricorrente non ha dimostrato in giudizio di non aver potuto altrimenti utilizzare le proprie maestranze e i propri mezzi; il tutto ovviamente per il periodo non goduto ossia *medio tempore* tra la stipula del contratto con la controinteressata e la esecuzione della misura cautelare mediante il passaggio di consegne.

In questa eventualità, trattandosi di danno da fatto illecito, sull'importo in tal modo determinato devono essere corrisposti rivalutazione monetaria e interessi legali sul capitale via via rivalutato, dal momento della stipula del contratto con l'altro concorrente sino

all'effettivo soddisfo (sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, V, 28 gennaio 2016, n. 5488).

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

- annulla il provvedimento di aggiudicazione alla SIRIO s.r.l.;
- dichiara l'inefficacia (con effetto *ex nunc*) dell'eventuale contratto medio tempore intercorso e il diritto della ricorrente al subentro nella esecuzione del contratto, ai sensi degli artt. 121 e 122 del c.p.a.;
- condanna il Comune di Napoli al risarcimento dei danni per equivalente nei sensi di cui in parte motiva;
- condanna il Comune di Napoli e la controinteressata SIRIO s.r.l. al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi euro 2.000,00 (duemila) a carico di ciascuna parte, nonché alla refusione del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

Luca Cestaro, Consigliere

L'ESTENSORE
Michele Buonauro

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO