

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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

20 ottobre 2010, n. 200

sul ricorso numero di registro generale 204 del 2009, proposto da:
T.M.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Volpe, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Pedinelli in Trento, Via Grazioli, n. 6

contro

Comune di Pinzolo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Tullio Marchetti e Carmen Collini ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Trento, Via Grazioli, n. 15

nei confronti di

- Caloi Industria S.r.l., non costituita in giudizio;
- Cinearredo Italia di Zambelli Antonio, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- degli atti assunti dal Comune di Pinzolo di aggiudicazione della gara per la fornitura e la posa di poltrone nel Centro Polifunzionale 2000 per attività sociali e culturali di Pinzolo e, in particolare:

- 1) del verbale di gara n. 1, di data 2.2.2009, della Commissione tecnico - giudicatrice istituita presso il Comune di Pinzolo;
- 2) del verbale di gara di data 25.2.2009, con il quale la Commissione ha valutato le offerte tecniche e formato la graduatoria;

- 3) del verbale di trattativa privata reso dalla Commissione di gara in data 23.6.2009 e quindi in data 21.7.2009;
 - 4) del verbale di gara n. 2, di data 31.7.2009, dalla Commissione tecnico - giudicatrice recante affidamento dell'appalto alla ditta Caloi Industria S.r.l.;
 - 5) della comunicazione del Responsabile dell'Area tecnica del Comune di Pinzolo di data 7.10.2009, prot. 10214;
 - 6) di ogni ulteriore atto, ancorché non conosciuto, legato dai primi per ragioni di presupposizione o di consequenzialità e, in particolare, dell'atto di aggiudicazione definitiva, ove eventualmente assunto;
- e per il risarcimento del danno derivante dall'efficacia e dall'esecuzione degli impugnati atti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2010 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione del Responsabile dell'Area tecnica del Comune di Pinzolo n. 662 del 22.12.2008 sono stati approvati gli elaborati tecnici, relativi alla fornitura di n. 478 poltrone, al prezzo di € 355,00 cadauna, per un totale complessivo di € 169.690,00, comprensivo di oneri della sicurezza e imposte. Per la scelta del fornitore è stato determinato di provvedere mediante trattativa privata, con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa (da individuarsi in base ai seguenti parametri: caratteristiche qualitative, punti 60; prezzo, punti 40) e di

procedere alla scelta delle ditte da invitare al confronto concorrenziale ai sensi dell'art. 12 del regolamento comunale per la disciplina dell'attività contrattuale. Successivamente, con lettera di data 14.1.2009, l'Amministrazione comunale ha chiesto ad una serie di operatori del settore di presentare la propria offerta entro le ore 12.00 di venerdì 30 gennaio 2009.

2a. Nel verbale di data 2 febbraio 2009 si dà atto che avevano presentato la loro miglior offerta sette ditte, fra le quali la ricorrente e le controinteressate intimare con il presente ricorso Caloi Industria S.r.l. e Cinearredo Italia di Zambelli Antonio.

2b. Dai verbali di gara si evince che la Commissione giudicatrice dell'offerta tecnica aveva assegnato il miglior punteggio alla società ricorrente (punti 58), di seguito alla ditta Caloi (punti 54,40), ad A&T Multimedia (punti 49,75) e quindi a Cinearredo (punti 49,50).

L'offerta economica più conveniente è stata invece presentata dalla ditta Cinearredo, con un ribasso pari al 36,90%, mentre la ricorrente, che ha presentato un ribasso pari al 18%, si è classificata al quinto posto della seconda graduatoria parziale.

La graduatoria definitiva ha perciò visto collocarsi al primo posto l'offerta presentata dalla ditta Caloi, con punti 89,538, seguita da quella della ditta Cinearredo con punti 89,500 e quindi da quella della ditta T.M.A. con punti 88,780. Con il verbale di gara n. 2 del 31 luglio 2009 è stata quindi affidata la fornitura in questione alla ditta Caloi Industria S.r.l.

2c. L'Amministrazione comunale ha comunicato l'intervenuta aggiudicazione sia alla ditta interessata che a tutte le partecipanti al confronto in data 12 agosto. Il successivo 1 settembre 2009 il procuratore della ricorrente ha inoltrato un reclamo per evidenziare che la Commissione avrebbe valutato erroneamente le offerte tecniche, peraltro disatteso con la nota del Responsabile dell'Area tecnica del

Comune di Pinzolo del 7 ottobre 2009. Infine, in data 27 ottobre 2009 è stato stipulato il contratto di fornitura e posa, n. rep. 3569, tra la società Caloi Industria e l'Amministrazione precedente.

3. Con ricorso notificato in data 10 - 16 novembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 23, la società T.M.A. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe di aggiudicazione della fornitura *de quo*, deducendo le seguenti censure in diritto:

I - “sulla valutazione dell’offerta presentata da Caloi Industria S.r.l.:

violazione dell’art. 9.2 del capitolato d’oneri regolante le caratteristiche minime dell’offerta; violazione del computo metrico estimativo con descrizione fornitura; falsa applicazione dell’art. 8 del D.M. Interno 26.6.1984 e per violazione dell’art. 10 dello stesso decreto; illegittimità derivata dell’affidamento della gara - in subordine: eccesso di potere per motivazione incongrua e insufficiente, per istruttoria insufficiente e falsa rappresentazione della realtà; illegittimità derivata dell’affidamento della gara”: la poltrona denominata “mod. Santa Chiara” non sarebbe, infatti, omologata in classe 1IM di reazione al fuoco e pertanto la relativa offerta avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; inoltre, il punteggio attribuito all’elemento concernente la sfoderabilità della poltrona presenterebbe profili di irrazionalità;

II - “sulla valutazione dell’offerta presentata da Cinearredo Italia di Zambelli Antonio:

violazione dell’art. 9.2 del capitolato d’oneri regolante le caratteristiche minime dell’offerta; violazione del computo metrico estimativo con descrizione fornitura; falsa applicazione dell’art. 8 del D.M. Interno 26.6.1984 e per violazione dell’art. 9 dello stesso decreto; illegittimità derivata dell’affidamento della gara - in subordine: eccesso di potere per motivazione incongrua e insufficiente, per istruttoria insufficiente e falsa rappresentazione della realtà; illegittimità derivata

dell'affidamento della gara”: questa poltrona sarebbe stata invero accompagnata da un certificato di omologazione scaduto; inoltre, anche il punteggio attribuito all'elemento concernente la sfoderabilità della poltrona presenterebbe profili di illogicità.

4. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno in forma specifica mediante il richiesto annullamento dei provvedimenti impugnati, e quindi sotto il profilo della perdita del guadagno connesso alla fornitura in questione, al quale dovrebbero essere sommate le spese di progettazione e di formulazione dell'offerta.

La ricorrente ha altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Con ordinanza n. 128, adottata nella camera di consiglio del 3 dicembre 2009, la domanda cautelare è stata accolta.

6. Il Comune di Pinzolo si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

7. Con ordinanza istruttoria n. 7 del 22 aprile 2010 è stato ordinato al Comune di Pinzolo di depositare presso la Segreteria del Tribunale copia del contratto stipulato con Caloi Industria S.r.l.; copia dell'eventuale verbale di consegna dei lavori da parte dell'Amministrazione comunale a Caloi Industria per la fornitura e la posa in opera in oggetto; copia dell'eventuale verbale di consegna delle poltrone e di esecuzione della posa in opera; copia dell'eventuale verbale di fine lavori; copia dell'eventuale certificato di regolare esecuzione, o di collaudo, e una relazione, predisposta dal Responsabile unico del procedimento di appalto, sulla cronologia e sui fatti successivi alla stipulazione del contratto e riguardanti i tempi e le modalità di esecuzione della fornitura con posa in opera, e con indicazione di ogni altro elemento utile ai fini della risoluzione della controversia.

La documentazione e la relazione sono pervenute alla Segreteria del Tribunale in data 18 maggio 2010.

8. In vista dell'udienza di discussione la difesa dell'Amministrazione comunale ha presentato una memoria conclusionale.

9. Alla pubblica udienza del 30 settembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1a. Con il ricorso in esame la ditta T.M.A. S.r.l., che ha partecipato al confronto concorrenziale indetto dal Comune di Pinzolo per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura e posa di 478 poltrone per il Centro polifunzionale 2000 dell'omonimo Comune ed è risultata terza classificata nella graduatoria definitiva di gara, ha impugnato gli atti della procedura, denunciando la mancata esclusione delle ditte classificatesi al primo e al secondo posto e deducendo poi errori commessi dalla Commissione tecnica nella valutazione degli arredi offerti con la conseguente fallace attribuzione ad essi dei relativi punteggi.

1b. In punto di fatto, occorre premettere che il capitolato d'oneri aveva stabilito che la fornitura delle poltrone avrebbe dovuto osservare *“la descrizione tecnica di progetto”* e che quest'ultimo (cfr., tav. 01, pianta e sezione e particolare delle poltrone, in atti depositati il 18 maggio 2010) aveva previsto lo *“schema indicativo delle misure”* di ciascuna poltroncina. Il computo metrico estimativo, predisposto per la formulazione dell'offerta, conteneva poi la dettagliata descrizione della fornitura, con la precisazione delle caratteristiche delle fiancate, dei braccioli, del sedile (a ribaltamento) e dello schienale di ciascuna seduta, e con la previsione che dovessero essere presentati *“tutti i certificati necessari alle omologazioni di legge della poltrona e dei singoli elementi che compongono la poltrona stessa”*. Era anche stato previsto che, *“indicativamente”*, i certificati dovessero riguardare *“l'omologazione classe 1IM”*, le

altre certificazioni di carico, di resistenza, di fatica e di prova, oltre ad “*altri certificati ritenuti utili alla valutazione della poltrona*”.

Infine, il capitolato d’oneri aveva statuito che la commissione tecnico - giudicatrice dovesse tenere conto delle caratteristiche ergonomiche, tecniche e di qualità desunte dalle certificazioni, dalle schede tecniche, dai depliant, nonché dagli eventuali disegni costruttivi presentati dalle ditte concorrenti.

1c. Alla fase della gara concernente la valutazione dell’offerta tecnica hanno partecipato le sei imprese che avevano presentato la campionatura: il miglior punteggio, pari a punti 58 sul totale di 60, è stato conseguito dalla ricorrente con la poltrona modello Aida, mentre la ditta Caloi ha ottenuto punti 54,40, la società A&T Multimedia punti 49,75 e l’impresa Cinearredo punti 49,50. Seguivano nella graduatoria parziale altre due concorrenti e due diversi modelli di seduta proposti dalla ricorrente.

L’offerta economica più conveniente è stata presentata dalla ditta Cinearredo, con un ribasso pari al 36,90%, alla quale sono stati dunque assegnati i previsti 40 punti. Gli altri punteggi, proporzionalmente decrescenti, sono stati rispettivamente assegnati: 37,648 punti alla ditta A&T Multimedia per un ribasso del 32,957%; 35,138 punti a Caloi Industria per un ribasso del 28,169%; 31,065 punti alla società Ares Line per un ribasso del 18,75% e 30,780 punti all’istante, che si è dunque classificata al quinto posto della graduatoria parziale con una proposta di ribasso pari al 18%.

Con la somma dei punteggi attribuiti all’offerta tecnica e a quella economica è stata formata la graduatoria definitiva, che ha perciò visto collocarsi al primo posto l’offerta presentata dalla ditta Caloi, con punti 89,538, seguita da quella della ditta Cinearredo con punti 89,500 e quindi da quella della ditta T.M.A. con punti 88,780.

2a. Quest'ultima ha impugnato gli atti della gara, deducendo plurimi motivi di censura, principalmente basati sull'assunto che la poltrona fornita dall'aggiudicataria, denominata "mod. Santa Chiara", all'epoca della presentazione dell'offerta non sarebbe stata omologata in classe 1IM di reazione al fuoco, mentre il prodotto presentato dalla ditta seconda classificata sarebbe stato accompagnato da un certificato di omologazione scaduto. Inoltre, sono stati dedotti profili di illogicità nel punteggio attribuito alle suddette poltrone con riferimento al giudizio concernente il grado di amovibilità degli elementi sfoderabili.

2b. Il Comune di Pinzolo ha difeso l'operato della Commissione di gara, affermando che, in sede di gara, le ditte concorrenti avrebbero dovuto impegnarsi a fornire un *"prodotto fuori serie composto da singoli elementi in possesso dei requisiti di reazione al fuoco necessari per ottenere l'omologazione in classe 1IM del prodotto finito"*. Prova di ciò sarebbe il fatto che la ditta Caloi Industria avrebbe successivamente presentato il certificato di omologazione, datato 17 luglio 2009, riferito alla poltrona offerta. Ciò confermerebbe *"che la documentazione presentata alla gara consentiva un giudizio positivo sulla possibilità di omologazione"*.

Anche nella relazione predisposta dal Responsabile unico del procedimento di appalto si afferma che *"la richiesta di offerta richiedeva espressamente che il produttore fornisse un prodotto omologabile ai fini antincendio, ben sapendo che non esiste un'omologazione preventiva di un prodotto costruito su precise indicazioni del progettista"*.

3. Così riassunti i prolegomeni della vicenda, il Collegio può passare all'esame del merito, rilevando che il ricorso è fondato e deve essere accolto.

4a. Devesi in primo luogo sottolineare che le argomentazioni svolte della difesa dell'Amministrazione sono infondate, trovando una chiara smentita nella corretta lettura degli atti di gara.

Non corrisponde, infatti, al vero che il progettista incaricato della realizzazione del Centro Polifunzionale avrebbe predisposto anche l'esclusivo disegno delle

poltrone di arredo e che alle ditte partecipanti sarebbe stata chiesta la realizzazione di un prodotto fuori serie, originale e non in commercio perché ideato dallo stesso architetto.

Per contro, dagli atti di gara si ricava che con la lettera d'invito era stata chiesta la fornitura di 478 poltrone, per le quali il progettista del Centro aveva predisposto un mero "*schema indicativo*" sia delle misure che del loro montaggio sui gradoni (cfr., doc. in atti depositati in data 18.5.2010), e che l'offerta tecnica sarebbe stata valutata sulla base di fattori qualitativi, fra i quali rilevavano: - le caratteristiche ergonomiche e tecniche desunte dalle schede tecniche e dai depliant, nonché dai disegni costruttivi presentati dalle ditte concorrenti; - il design delle poltrone in relazione al contesto architettonico di riferimento.

Emerge, quindi *de plano* che non solo il disegno tecnico della poltrona fornita, ma che anche il suo design dovesse essere proposto dalla ditta fabbricante e che la relativa documentazione dovesse far "*parte integrante dell'offerta*".

Tanto è sufficiente per smentire in fatto le difese del Comune, senza aggiungere che negli atti dell'Amministrazione depositati in data 28.3.2010, nella parte che concerne le offerte tecniche delle ditte Cinearredo Italia, T.M.A. e Caloi Industria, si riscontra ulteriore prova documentale che i disegni tecnici delle diverse sedute offerte erano stati forniti dalle imprese partecipanti al confronto concorrenziale.

4b. Si osserva, poi, che il capitolato d'oneri richiedeva che la fornitura dovesse essere conforme alla normativa e alle direttive U.E. "*in vigore alla data di presentazione dell'offerta*". Il computo metrico estimativo, a sua volta, aveva esplicitato che con l'offerta dovessero essere presentati i "*certificati necessari alle omologazioni di legge*" del prodotto e che, "*indicativamente*", i certificati dovessero riguardare tutta una serie di prove, chimiche e acustiche, ma anche di carico, di resistenza, di fatica, oltre che "*l'omologazione classe 1IM*".

4c. Sul punto, vale precisare che il decreto del Ministero dell'Interno 19 agosto 1996, concernente *“Approvazione della regola tecnica di prevenzione incendi per la progettazione, costruzione ed esercizio dei locali di intrattenimento e di pubblico spettacolo”*, detta le regole tecniche per teatri, cinematografi, cinema - teatri, auditori e sale - convegno, locali di trattenimento, ovvero locali destinati a trattenimenti ed attrazioni varie, aree ubicate in esercizi pubblici ed attrezzate per accogliere spettacoli, con capienza superiore a 100 persone, sale da ballo e discoteche, teatri - tenda e circhi, con il dichiarato obiettivo di prevenire gli incendi *“allo scopo di raggiungere i primari obiettivi di sicurezza relativi alla salvaguardia delle persone e alla tutela dei beni”*.

In particolare, il punto 2.3.2 *“Reazione al fuoco dei materiali?”*, alla lettera d), prescrive che *“le poltrone ed i mobili imbottiti devono essere di classe 1IM”*, con il quale concetto si definisce il comportamento di un materiale che contribuisce, con la propria decomposizione, al fuoco a cui è sottoposto. Le classificazioni di reazione al fuoco vigenti in Italia sono le seguenti:

- classe 0 per i materiali non combustibili;
- classi 1 (la più severa), 2, 3 e 4 per i materiali combustibili;
- classi 1IM (la più severa), 2IM e 3IM per i mobili imbottiti.

La procedura per ottenere l'omologazione ministeriale - ossia l'autorizzazione del Ministero dell'Interno alla riproduzione del prototipo di un materiale, certificato per una determinata classe di reazione al fuoco, prima della sua immissione sul mercato per la sua utilizzazione nelle attività soggette alla normativa sulla prevenzione incendi - è stabilita dal D.M. 26.6.1984, modificato dal D.M. 3.9.2001. Il rilascio dell'atto di omologazione avviene in due fasi. Nella prima il produttore, consegnando la necessaria documentazione e la campionatura di prova, si rivolge ad un laboratorio specializzato il quale esegue le prescritte prove ed emette il *“certificato di prova”*. Il produttore può quindi presentare l'istanza di omologazione,

corredata dalla scheda tecnica e dal certificato di prova, al Ministero dell'Interno, che provvede alla valutazione tecnica della documentazione ed emette l'atto di omologazione. Solo a questo punto il richiedente può apporre sui propri prodotti il marchio di conformità al prototipo omologato, essendo civilmente responsabile della conformità della produzione al prototipo omologato. L'omologazione ha validità 5 anni ed è rinnovabile alla scadenza su istanza del produttore (cfr., artt. 8 e 9).

5a. Tornando alla vicenda di causa, è del tutto pacifico che la ditta prima classificata, Caloi Industria, ha presentato la propria offerta per una poltrona denominata "mod. Santa Chiara" accompagnata peraltro non dall'omologazione, ma da un certificato di prova emesso per materiali di produzione limitata predisposto dall'Istituto Giordano di Bellaria (RN) in data 6.9.2006.

Si tratta, all'evidenza, di una procedura di classificazione di reazione al fuoco alternativa all'omologazione, prevista dall'art. 10 del citato D.M. 26.6.1984, utilizzabile solo per prodotti non di serie realizzati per una specifica fornitura. Di conseguenza, tale certificazione è strettamente correlata alla fornitura per la quale è stata richiesta, tanto che l'atto riporta l'indirizzo ove sarà fornito quel determinato lotto. Un'eventuale nuova fornitura dello stesso prodotto comporta la ripetizione della certificazione e il cambiamento della denominazione commerciale del prodotto.

In tal senso, il certificato di prova dell'Istituto Giordano correttamente indica che il mobile imbottito denominato "mod. Santa Chiara" prodotto da Caloi Industria era da installarsi presso l'Auditorium del Centro Servizi Culturali Santa Chiara, via Santa Croce 67, a Trento.

Detto certificato, pertanto, non solo non è equiparabile all'omologazione, ma non poteva nemmeno essere utilizzato per una fornitura diversa da quella per la quale era stato predisposto.

Appare dunque evidente che le argomentazioni difensive della Stazione appaltante - volte a sostenere che, in sede di gara, per consentire alla Commissione di emettere il proprio giudizio sul prodotto offerto, sarebbe stata sufficiente la presentazione del certificato di prova e che l'omologazione sarebbe stata producibile anche in un secondo momento - non possono essere condivise:

- da un lato perché contrastanti con la corretta lettura degli atti di gara, nonché con i canoni della buona amministrazione, non essendo sufficiente la presentazione di un certificato valido per una precedente fornitura per aggiudicare la fornitura: il che assoggetterebbe la stazione appaltante al rischio che il prodotto non venga successivamente omologato, posto che il rilascio di quest'ultimo certificato, essendo caratterizzato da un distinto ambito di discrezionalità tecnica del Ministero dell'Interno, non si presenta affatto quale scontato esito della precedente procedura di verifica;

- sotto altro profilo, anche accedendo alla tesi della Stazione appaltante volta a sostenere la sufficienza della certificazione di prova, quella prodotta nel caso in esame dall'aggiudicataria non era comunque utilizzabile per le poltrone offerte al Centro polifunzionale di Pinzolo in quanto ottenuta, ai sensi dell'art. 10 del menzionato D.M. del 1984, per uno specifico modello prodotto per essere installato solo presso l'Auditorium di Trento.

5b. Non giova, poi, all'Amministrazione il fatto che la ditta Caloi abbia successivamente presentato un certificato di estensione di omologazione datato 17.7.2009 e riferito al "mod. Santa Chiara/VFO" (cfr., doc. n. 4 in atti di data 26.3.2010).

Trattasi di una particolare modalità di omologazione disciplinata dalla circolare ministeriale n. 27 del 21.9.1985 e che valorizza prove svolte per ottenere la classe 1IM: esse riguardano, infatti, esclusivamente l'imbottitura e il rivestimento, rimanendo ininfluyente sia il materiale costituente il fusto della poltrona che le

dimensioni e la forma della stessa; nel caso il produttore modifichi solo questi ultimi parametri può chiedere al Ministero, senza la ripetizione delle prove, il rilascio di un certificato di estensione di omologazione per un prototipo che si differenzi da un modello già omologato solo per i parametri sopra citati e non rilevanti per il fine perseguito. Anche in tale semplificata ipotesi, l'omologazione ha validità di cinque anni decorrenti dalla data di rilascio.

In disparte restando la circostanza che il modello offerto in sede di gara (mod. Santa Chiara) non corrisponde a quello che successivamente ha ottenuto l'estensione dell'omologazione (mod. Santa Chiara/VFO), la produzione in sede di giudizio del certificato di data 17.7.2009 non giova in ogni caso alla controinteressata, posto che il capitolato richiedeva espressamente che l'esibizione di tutta la documentazione richiesta dovesse avvenire, a pena di esclusione, entro il termine di presentazione dell'offerta fissato dalla lettera d'invito, ossia entro venerdì 30.1.2009.

6. Quanto all'omologazione del mobile imbottito presentato dalla ditta seconda classificata, Cinearredo Italia, essa è riferita al prototipo della serie di mobili denominata "Serie Project 2001" e risulta rilasciata in data 16.6.2003 e non successivamente rinnovata.

Ai sensi di quanto disposto dal punto 9.1. del D.M. 26.6.1984, che stabilisce una validità quinquennale dell'omologazione, rinnovabile su domanda del produttore, il documento esibito nella gara *de quo* risulta dunque scaduto.

7. Su tale fondamento, avendo il capitolato previsto che dovessero essere escluse le offerte prive degli elementi di giudizio di cui alla lettera b) del punto 9.2, fra cui figura la mancata produzione delle certificazioni necessarie, quali l'omologazione in classe IIM, le due ditte classificatesi al primo e al secondo posto della graduatoria sarebbero dovute essere escluse dalla gara, non avendo prodotto il richiesto

certificato di omologazione: ne discende che la fornitura doveva essere conseguentemente aggiudicata alla ditta ricorrente, terza classificata.

La pretesa avanzata è dunque fondata, con assorbimento delle altre censure non specificatamente esaminate e, per l'effetto, deve essere annullata l'aggiudicazione pronunciata a favore della Società controinteressata.

8a. Transitando ora all'esame della domanda di dissoluzione del contratto, va premesso che essa si evince implicitamente, ma univocamente, da quella di reintegrazione in forma specifica nella posizione dell'aggiudicataria e da quella di conseguente annullamento dell'aggiudicazione. In proposito va, peraltro, posto in luce che l'istante non era ancora a conoscenza alla data di proposizione del ricorso né dell'avvenuta stipula del contratto, datato 27 ottobre 2009, né dell'avvenuta e pressoché integrale esecuzione della fornitura nel mese di gennaio 2010.

8b. A questo proposito, l'art. 122 del c.p.a. stabilisce puntualmente che *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel 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”*.

Per questo peculiare aspetto occorre richiamare la successione cronologica dei fatti più rilevanti della presente vicenda:

- l'aggiudicazione è stata disposta con verbale del 31.7.2009 e comunicata, sia all'aggiudicataria che alle altre concorrenti, in data 12.8.2009;
- la ricorrente aveva informato l'Amministrazione procedente delle riscontrate irregolarità con nota dell'1.9.2009, che è stata peraltro disattesa il successivo 7.10.2009;
- il contratto è stato stipulato il 27.10.2009;

- l'atto introduttivo del presente giudizio è stato notificato all'Amministrazione il 16.11.2009, depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo 23 novembre con la richiesta di misura cautelare;
- l'accoglimento della misura cautelare è stata disposta dal Tribunale con ordinanza pubblicata il 4.12.2009;
- la ditta Caloi in data 8.1.2010 ha consegnato le 478 poltrone che sono state collocate presso il magazzino comunale in attesa di essere installate.

8c. Sulla scorta di tale sequenza temporale reputa il Collegio di non poter dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato sul rilievo:

- che il contratto è stato sottoscritto dopo più di due mesi dall'aggiudicazione e comunque prima dell'instaurazione del presente giudizio;
- che la sua esecuzione è già avvenuta, ancorché dopo il deposito della misura cautelare accordata dal Tribunale, fatta eccezione per il solo montaggio delle poltrone;
- che la controinteressata, che ha assemblato le 478 poltrone, subirebbe dalla dichiarazione di inefficacia del contratto un danno obiettivamente maggiore rispetto a quello che incide, sotto il profilo del lucro cessante, la pretesa della ricorrente che avrebbe avuto titolo all'aggiudicazione;
- che pare conclusivamente ragionevole, nella graduazione degli opposti interessi in gioco, ivi compreso quello della stazione appaltante al montaggio delle poltrone custodite nei propri magazzini, che la domanda di adempimento in questa sede avanzata sia soddisfatta soltanto per equivalente.

9a. Per la sua definizione occorre preliminarmente richiamare la pronuncia della III sezione della Corte di Giustizia, che ha statuito che la disciplina comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori *“deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte*

di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata" (cfr., sentenza 30.9.2010, nel procedimento C-314/09).

Detta pronuncia è stata emessa a seguito dell'esame della normativa austriaca in materia di appalti pubblici, la quale aveva previsto in capo all'offerente pretermesso il diritto al risarcimento del danno (ossia delle spese connesse alla presentazione dell'offerta, quelle derivanti dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione e l'eventuale mancato guadagno), in caso "di violazione colpevole" di legge o di regolamento da parte dei soggetti preposti alle procedure di affidamento. Sul punto, la Corte di Giustizia ha rilevato che la normativa comunitaria è principalmente diretta a garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e delle norme nazionali di trasposizione di esso, mentre non indica in alcun modo che la violazione delle suddette norme, "atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso, debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità".

In tale contesto, pertanto, il rimedio risarcitorio previsto dalla direttiva "può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito, soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata - così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso - alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice". E, in tal senso, neppure ha giovato per una pronuncia meno incisiva il fatto che la normativa austriaca non facesse gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa

dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponesse a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine.

9b. La suddetta pronuncia è dunque di tutto rilievo, ove si consideri che, con la preclusione di ogni ruolo da riconoscersi al profilo soggettivo per l'accertamento della responsabilità della stazione appaltante, la domanda proposta, che si riveli non appagabile nei termini sopra esposti, non trova più il proprio archetipo negli artt. 2043 e 2058 cod. civ. Ne consegue che l'istituto che siffattamente si configura nella speciale materia degli appalti appare del tutto estraneo alla logica codicistica, integrando nelle argomentazioni svolte dalla Corte di giustizia la contropartita di un adempimento dovuto da parte della stazione appaltante, che sia mancato e che non possa essere accordato in sede giurisdizionale.

La pretesa affacciata in giudizio, che può a tale stregua qualificarsi come una reale azione di adempimento sulla falsariga della *Verpflichtungsklage* di genesi tedesco - federale, è, pertanto, destinata a trovare applicazione nel più ampio quadro prefigurato dal solo art. 122 del codice del processo amministrativo, all'interno del quale la ricerca della colpa non ha più alcuna ragion d'essere: il corollario che pare doversene trarre è che l'espressione "*risarcimento*", lessema che pure si legge nella richiamata sentenza della Corte di Giustizia, non si apparenta più nell'ordinamento nazionale con il ristoro riconosciuto per la lesione degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi dalla sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione 22.7.1999, n. 500, riconosciuto soltanto previo accertamento del dolo o della colpa della Pubblica Amministrazione.

9c. La richiamata pronuncia della III sezione della Corte di Giustizia, ad un primo esame, pare riportare in auge quella risalente impostazione della giurisprudenza, anteriore alla richiamata pronuncia n. 500 del 1999, che, quanto ai provvedimenti che avessero arbitrariamente inciso sui diritti soggettivi, desumeva la colpa dalla

mera adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo. In proposito si affermava che *“qualora il provvedimento relativo sia stato annullato per illegittimità nella competente sede amministrativa, la posizione del privato riacquista natura e consistenza di diritto soggettivo e l'intervento dell'amministrazione assume il carattere del fatto illecito lesivo di quel diritto - rispetto al quale la colpa dell'amministrazione stessa è "in re ipsa" e non ha bisogno di ulteriore prova”* (cfr., Cass. Civ., SS.UU., 18.11.1992, n. 12316).

Si trattava di un orientamento, poi superato nel 1999 per entrambe le figure soggettive, che, comunque, non prescindeva dal requisito della colpa quale elemento costitutivo della responsabilità ma, più semplicemente, lo individuava nell'illegittimità dell'atto, il cui definitivo accertamento operava come una presunzione assoluta.

9d. Calando ora i principi espressi dalla Corte del Lussemburgo nella materia degli appalti pubblici come disciplinata nell'ordinamento italiano, deve in aggiunta osservarsi che, se il vantaggio che l'istante avrebbe dovuto conseguire in esito a una gara che fosse stata legittimamente condotta gli resta interdetto sulla base di una meditata pronuncia giudiziale, il principio generale di effettività che governa il ricorso al giudice amministrativo richiede che quello stesso vantaggio debba essere definito per equivalente nei puntuali termini di un adempimento che è mancato in dipendenza di un arbitrario svolgimento della gara. Il necessario riferimento è dunque a quanto il ricorrente non abbia obiettivamente conseguito e coincide dunque con il lucro cessante, oltre che con il danno se del caso emergente indotto da una procedura che sia stata annullata, previo accertamento della spettanza al ricorrente dell'aggiudicazione arbitrariamente accordata ad altra impresa.

In altri termini, di fronte ad un provvedimento illegittimo che abbia comportato conseguenze pregiudizievoli per il concorrente al quale neppure in sede di giudiziale è riconosciuta la spettante aggiudicazione, il restante rimedio, la liquidazione per equivalente, deve essere sottratto a qualsiasi diversa valutazione

che possa indurre alla totale o parziale reiezione anche della domanda di ristoro per equivalente.

Il che opera dunque nell'ipotesi definita dalla Corte di giustizia, ove l'ordinamento austriaco prevedeva l'esistenza di una presunzione iuris tantum a favore del privato, posto che, come già segnalato, l'onere di dimostrare la sussistenza della colpa restava a carico della stazione appaltante: anche in tal caso la norma è stata ritenuta non conforme all'ordinamento comunitario per il solo fatto che un'ulteriore contesa su tale questione avrebbe potuto procrastinare i tempi della futura decisione, evento egualmente reputato contrastante in materia di appalti pubblici.

Da tale puntualizzazione non poteva dunque non emergere più nettamente la volontà di sottrarre in via assoluta e insuperabile il rilievo del ridetto requisito soggettivo ai fini della determinazione di quanto spettante per equivalente al ricorrente.

10a. Tornando ai fatti di causa, nella propria domanda avanzata in via subordinata, che deve essere ora definita nel *quantum debeatur*, l'istante ha indicato la percentuale del 35% dell'offerta economica presentata; oltre a ciò, ha chiesto la rifusione dei costi di partecipazione al confronto concorrenziale indicati presuntivamente in € 2.000,00.

10b. A fronte della vista richiesta il Collegio reputa in primo luogo di non poter aderire al pur consolidato indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale, nel caso in cui un'impresa lamenti la mancata aggiudicazione di un appalto, non le spettano comunque i costi di partecipazione alla gara.

Sul punto, è stato in proposito ostativamente puntualizzato “*che la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, 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 qualora l'impresa subisca*

un'illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Essi, 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. Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno 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" (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. VI, 21.5.2009, n. 3144; sez. V, 6.4.2009, n. 2143; sez. VI, 9.6.2008, n. 2751).

Sotto questo profilo è, infatti, avviso del Tribunale che, integrandosi il soddisfacimento in questione in una somma di danaro, essa rappresenti il massimo edonistico che l'ordinamento può garantire per l'ingiustizia subita dalla parte ricorrente, ma che non esaurisca, alla stregua di una risalente e accreditata dottrina civilistica, l'area del pregiudizio effettivamente subito, che resta più esteso e dunque privo di tutela per equivalente (cfr., in materia, Cass.Civ., sez. I, 10.1.2003, n. 157). L'assioma espresso da quell'orientamento della giurisprudenza, che pure non nega in astratto l'obbligo di pagare le spese di partecipazione alla gara, ma lo esclude nell'ipotesi di un "risarcimento" per equivalente, non può essere dunque condiviso, bastando al riguardo il rilievo che tali contenute spese trovano base e ragione nel fatto della mancata aggiudicazione e dunque nell'impossibilità di poter fruire di quei vantaggi non agevolmente monetizzabili, quali sono sul mercato quelli della piena occupazione della propria forza - lavoro, del credito acquisito da quanti siano assegnatari del relativo contratto e dallo stesso ingresso nell'area delle commesse pubbliche in connessione con un fido bancario più agevolmente conseguibile.

Per tali ragioni le spese di partecipazione possono essere conclusivamente liquidate in via equitativa nella somma di € 1.500,00.

10c. Deve essere, poi, egualmente riconosciuto il profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione della fornitura, ripudiando per questo aspetto ogni aprioristica liquidazione secondo un computo meramente forfettario.

In merito si osserva che parte della giurisprudenza aveva già messo in discussione il criterio desunto in via analogica da altro risalente indirizzo dall'art. 345 della L. 20.3.1865, n. 2248, all. F., che applicava a questo fine la percentuale del 10% del corrispettivo offerto rispetto alla base d'asta. Si era rilevato, infatti, che *“il criterio del 10% della base d'asta, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale. In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno”*. Era stato al contempo pure precisato che, in tal senso, deponeva anche il comma 8 dell'art. 20 del D.L. 29.11.2008, n. 185, convertito dalla L. 28.1.2009, n. 2, che, con riferimento agli appalti relativi ad investimenti pubblici strategici, stabiliva *“che il risarcimento del danno, possibile solo per equivalente, non possa comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere che sarebbero state seguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario. in base all'offerta economica presentata in gara”*.

Da ciò si faceva conseguire la conclusione, che il Collegio condivide, che resta necessariamente a carico dell'impresa in base al generale principio dell'onere della prova rappresentare e comprovare in giudizio l'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.

Sul punto, è anche da condividere il rilievo che il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, *“mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo*

svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile"; che, perciò, "spetta all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione all'Amministrazione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno". Trattasi dell'applicazione del principio dell'*aliunde perceptum*, che muove dalla presunzione secondo cui "l'imprenditore, in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili" (cfr., C.d.S. n. 3144 del 2009, cit.).

10d. Applicando i suddetti principi nella vicenda in esame, è pacifico in giudizio che, a fronte di una base d'asta di € 169.690,00, la ricorrente ha presentato un'offerta pari a € 139.145,80; che non è stata provata la sussistenza di altri danni, fra i quali, ad esempio, la mancata esecuzione di altri lavori in attesa della definizione della gara per la fornitura in oggetto; che, infine, non è stata dimostrata l'impossibilità di utilizzo diverso delle maestranze e dei propri mezzi per l'espletamento di altre forniture.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il *quantum debeatur* dovrà dunque computarsi come segue:

- nella misura del 20% dell'offerta presentata dalla ricorrente, tenuto conto che, secondo il principio dell'*id quod plerumque accidit*, trattasi di una percentuale di utile attendibile nelle compravendite di una cospicua quantità di arredi;
- tale somma va peraltro ridotta del 10%, ove si tenga conto del presumibile *aliunde perceptum* che l'impresa potrebbe aver percepito nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire la fornitura e posa per cui è causa.

Considerato, in definitiva, che l'importo dell'offerta presentata dalla Società T.M.A. è pari a € 139.145,80, la somma da liquidarsi a titolo di lucro cessante è pari a €

13.915,00, cui vanno sommate le spese di partecipazione alla gara nella suddetta misura di € 1.500,00.

Infine, sulla complessiva somma, trattandosi di debito di valore, spetta la rivalutazione monetaria con decorrenza dal momento in cui si è verificato il comportamento illegittimo (che può riportarsi al 31 luglio 2009 e, cioè, alla data di aggiudicazione della fornitura), sino alla pubblicazione della presente sentenza, in quanto a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta. Spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data della pubblicazione della presente sentenza sino all'effettivo soddisfo (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 23.7.2009, n. 4628).

11. All'accoglimento del ricorso consegue che le spese di lite, in applicazione della regola della soccombenza, devono porsi a carico dell'Amministrazione comunale soccombente che, conseguentemente, è condannata a corrispondere alla stregua della sorte capitale della lite, individuabile nella domanda di risarcimento per equivalente nella percentuale del 35% dell'offerta presentata, la complessiva somma di € 7.800,00 (settemilaottocento), (di cui € 7.000,00 per onorari ed € 800,00 per diritti), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 *bis*, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali, a favore della Società ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 204 del 2009, lo accoglie e, per l'effetto, condanna il Comune di Pinzolo al risarcimento del danno a favore della Società ricorrente nell'importo liquidato in motivazione.

Condanna il Comune di Pinzolo al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore