



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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 521 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' La Metaltecnica Srl - F.lli Venelli, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Masetti, Corrado Mauceri, con domicilio eletto presso Corrado Mauceri in Genova, via XII Ottobre, 2/63;

contro

Societa' Sportingenova Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Alberto Quaglia, con domicilio eletto presso Mario Alberto Quaglia in Genova, via Roma 3/9;

Comune di Genova;

nei confronti di

Omsi Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Andrea Chiocca, Cristiana Corsini, con domicilio eletto presso Massimo Andrea

Chiocca in Genova, via XX Settembre, 5/1;

per l'annullamento

del PROVVEDIMENTO, emesso da Sportingenova spa,
RELATIVO A GARA FINALIZZATA ALLA FORNITURA DI
SEDILI CON SCHIENALE A NORMA UEFA PER LO STADIO
L. FERRARIS DI GENOVA.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Societa' Sportingenova Spa
e di Omsi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 il dott.
Antonio Bianchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, dopo un lungo contenzioso con Sportingenova
spa in relazione a pregresse gare d'appalto per la fornitura di seduta
da stadio, in data 13 maggio 2010, aveva modo di apprendere,
casualmente, che sulla GUCE del 13 aprile 2010, n. 71 era stato
pubblicato su richiesta di quest'ultima, un nuovo bando di gara per la
fornitura, mediante procedura ristretta, di 24.000 sedili con schienale
(e relativi supporti), da installare presso la stadio "Luigi Ferraris" di

Genova.

Ritenendo illegittima l'indizione della gara de qua ed avendo appreso dai giornali di domenica 6 giugno 2010 che la gara sessa era stata aggiudicata alla OMSI srl, l'istante, con il ricorso in epigrafe, ha adito questo TAR chiedendone l'annullamento per otto rubricati motivi.

Costituendosi in giudizio, l'intimata Sportingenova spa depositava tra l'altro il verbale di gara ed il provvedimento di aggiudicazione della gara stessa alla OMSI srl.

Per quanto sopra la ricorrente, con atto di motivi aggiunti, adiva nuovamente questo TAR chiedendone l'annullamento alla stregua di quattro specifiche censure.

Si è costituita in giudizio la Sportingenova spa intimata la quale, con più memorie nei termini, ha eccepito la tardività e l'improcedibilità del ricorso e ne ha contestato la fondatezza nel merito chiedendone il rigetto.

Si è altresì costituita in giudizio la contro interessata OMSI srl, la quale ha parimenti eccepito la tardività e l'improcedibilità del gravame e la sua infondatezza nel merito.

Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Eccepiscono sia l'amministrazione resistente che la contro interessata la tardività del ricorso, siccome proposto oltre il termine

di 30 giorni dall'entrata in vigore (27 aprile 2010) del D.lgs. 53/2010 che ha ridotto il termine di impugnazione dei bandi da 60 a 30 giorni. L'eccezione è infondata.

Poiché il bando è stato pacificamente pubblicato prima dell'entrata in vigore della nuova legge, l'impugnativa dello stesso non può che seguire la vecchia disciplina normativa.

E ciò, in quanto il termine per l'impugnazione era già iniziato a decorrere nel vigore della vecchia legge e, pertanto, non poteva ragionevolmente consumarsi alla stregua del disposto contenuto nella normativa sopravvenuta.

Diversamente ritenendo, infatti, lo spazio temporale concretamente a disposizione dei soggetti interessati per impugnare provvedimenti anteriori alla data di entrata in vigore del D.lgs. 53/2010, verrebbe a variare in ragione del puro caso, potendo a tale data essere già trascorsi trenta giorni dalla emissione o dalla conoscenza formale dell'atto (ed in questo caso l'interessato usufruirebbe di 60 giorni per proporre il gravame) ovvero un solo giorno (ed in questo caso l'interessato avrebbe a disposizione 31 giorni).

E tale conclusione è del tutto irrazionale, ancor prima che contraria a qualsivoglia principio ordinamentale.

2. L'eccezione di improcedibilità del gravame è, viceversa, fondata.

2.1 Osserva in via preliminare il Collegio che:

- la ricorrente non ha partecipato alla gara per cui è causa, pur essendo il relativo bando stato pubblicato nei modi di legge;

- l'odierno ricorso è stato pertanto proposto in ragione dell'esclusivo interesse strumentale di poter ottenere, tramite l'annullamento degli atti impugnati, l'indizione di una nuova gara e di poter partecipare;
- nell'atto introduttivo del giudizio e nel successivo atto di motivi aggiunti non viene avanzata alcuna contestuale istanza di risarcimento danni;
- a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto e della stipula del relativo contratto, non è stata richiesta alcuna declaratoria di inefficacia del contratto stesso (e tanto meno, attesa la posizione della ricorrente, il subentro in quest'ultimo);
- ad oggi, la fornitura oggetto della gara è stata completamente eseguita (cfr. nota del Corpo Polizia Municipale del 16/09/2010).

Ciò posto, ritiene il Collegio che nel nuovo sistema delineato dal codice del processo amministrativo (che sul punto non è invero di piana lettura né di agevole ricostruzione) l'odierno ricorso, incentrato per la forma e la sostanza sulla sola pretesa caducatoria strumentale alla riedizione della gara, risulti improcedibile.

Ed invero, anche in caso di un eventuale annullamento degli atti impugnati, resta escluso che il tribunale possa dichiarare l'inefficacia del contratto, aprendo la via alla eventuale indizione di una nuova gara.

La fattispecie in esame, infatti, non rientra nella ipotesi disciplinate dall'art. 121 del codice, in presenza delle quali la inefficacia del contratto (con ogni consequenziale effetto) deve in linea di principio

(salvo il disposto dal secondo comma) essere dichiarato dal tribunale adito.

Né, parimenti, la predetta dichiarazione può intervenire ai sensi del successivo art. 122 del codice medesimo.

La norma, invero, rimette al giudice il compito di stabilire se dichiarare l'inefficacia del contratto, "tenendo conto" della sussistenza di talune condizioni minime idonee a giustificare la scelta operata.

E, nella specie, tali condizioni sono del tutto insussistenti.

A prescindere, infatti, da rilievo che possa assumere il fatto che non sia stata avanzata una specifica richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro nello stesso, v'è rilevato che:

- non avendo la ricorrente partecipato alla gara, non sussiste l'effettiva possibilità per la stessa di conseguire in via diretta l'aggiudicazione alla luce dei vizi dedotti di natura esclusivamente strumentale e, tanto meno, la possibilità di subentrare nel contratto;
- essendo il contratto completamente eseguito, non sussiste parimenti la concreta possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione neppure in via mediata, non potendo di certo l'amministrazione indire una nuova gara per la stessa fornitura in quanto, ripetersi, ormai interamente eseguita.

In altri termini, né in via diretta né in via mediata l'eventuale annullamento degli atti impugnati può, allo stato, essere di alcuna utilità per la ricorrente, ai fini dell'ottenimento del bene della vita

perseguito, con la conseguenza che il proposto gravame risulta improcedibile, siccome incentrato sulla sola pretesa caducatoria.

Né, al riguardo, può essere condiviso l'assunto della ricorrente espresso nella memoria del 2 dicembre 2010, secondo cui permarrrebbe comunque un suo interesse ad ottenere l'annullamento degli atti impugnati "in via subordinata a meri fini risarcitori", in ragione dello specifico disposto di cui al 5° comma dell'art. 30 del codice.

La disposizione, infatti, v'è necessariamente coordinata con la restante normativa che disciplina nello specifico il risarcimento del danno ove sia stata proposta azione di annullamento, ed in particolare con il generale principio enunciato al terzo comma del successivo art. 34 secondo cui "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori".

Ne consegue, che nei casi in cui non possa utilmente farsi applicazione dei disposti di cui agli articoli 121 e 122 del codice, e non possa di conseguenza essere accordata al ricorrente tutela in forma specifica, la relativa azione di annullamento verrà nella sostanza ad essere convertita in una azione di accertamento della illegittimità dell'atto, da far valere nel contestuale giudizio di risarcimento, se proposto, od in uno successivo da attivare nei termini di legge.

In altri termini, al fine di rendere celere e maggiormente effettiva la tutela accordata agli interessati, il legislatore ha previsto la possibilità di procedere comunque all'accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato, anche nel caso in cui il suo annullamento non sia più di effettiva utilità rispetto al conseguimento del bene della vita perseguito con la relativa azione caducatoria.

Ed in questo senso, la richiamata norma va ad integrare il disposto di cui all'invocato quinto comma dell'art. 30 secondo cui, quando sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata anche sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza che, giust'appunto, potrà esser anche di solo accertamento della illegittimità dell'atto lesivo ovvero di improcedibilità, ove tale accertamento dia esito negativo.

In altri termini, nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda di risarcimento che non sia volta ad ottenere tutela in forma specifica, ben potrà essere proposta sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, anche nel caso in cui questa non sia di annullamento.

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, resta quindi da verificare se sussistono i presupposti per una pronuncia di accertamento della illegittimità degli atti impugnati, alla stregua di quanto previsto dal richiamato terzo comma dell'art. 34, e residui quindi un interesse in testa alla ricorrente ad una sentenza che non sia di sola improcedibilità della proposta azione di annullamento.

Ora, a prescindere dal rilievo che venga ad assumere la mancanza (come nel caso di specie) di una specifica domanda risarcitoria, ed anche a voler ritenere che il giudice possa (o meglio debba) procedere d'ufficio, non v'è dubbio che l'accertamento della illegittimità dell'atto possa intervenire solo ed in quanto "sussiste l'interesse ai fini risarcitori", come prescritto dalla norma.

E non v'è parimenti dubbio che, nell'assenza di qualsivoglia indicazione fornita al riguardo dall'interessato, l'analisi vada compiuta in base ai dati ed alle risultanze oggettivamente desumibili dagli atti della causa.

Ora, è noto che il danno ipoteticamente risarcibile si sostanzia essenzialmente nelle seguenti voci:

- a) danno emergente, costituito dalle spese e dai costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura;
- b) lucro cessante, pacificamente determinato nel 10% del valore dell'appalto;
- c) un'ulteriore percentuale del valore dell'appalto a titolo di perdita di chance, legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito.

E'altrettanto noto, poi, che il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile, ciò che distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile,

che costituisce aspettative di fatto, come tale irrisarcibile.

Ciò posto, è di tutta evidenza come nella specie non emerga oggettivamente uno specifico interesse che la ricorrente possa in ipotesi utilmente coltivare a fini risarcitori.

Ed invero, per sua stessa ammissione, la medesima non ha partecipato alla gara essendosi accorta dell'esistenza del bando solo quando il termine previsto per la presentazione delle offerte era spirato.

Da ciò deriva che la ricorrente, non avendo sostenuto spese per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura, non ha subito in linea di principio alcun danno emergente.

Inoltre, la mancata partecipazione alla gara rende impossibile alla ricorrente, sempre in via di principio, di fornire la prova che si sarebbe aggiudicato l'appalto qualora il bando fosse stato privo dei presunti vizi.

Pertanto, non potrà essere utilmente invocato il risarcimento del lucro cessante e della perdita di chance, né alcuna altra voce di danno.

Ne consegue che allo stato, anche sotto questo profilo non risulta sussistere in testa alla ricorrente un residuo interesse ad una pronuncia che non sia di improcedibilità della proposta azione di annullamento.

3. Per le ragioni esposte il ricorso v'è dichiarato improcedibile.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione, tra le

parti, delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/03/2011

IL SEGRETARIO

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