



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1658 del 2008, proposto da:  
Cooplat Soc. Coop e L'Arca Soc. Coop in persona dei rispettivi legali  
rappresentanti in carica, in proprio e quali componenti del  
costituendo r.t.i. tra loro, rappresentate e difese dall'avv. Luca Righi,  
con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via delle  
Mantellate 8;

***contro***

il Comune di Cascina in persona del Sindaco in carica, rappresentato  
e difeso dall'avv. Laura Salvi, con domicilio eletto presso Enea  
Baronti in Firenze, via Maggio 30;

***nei confronti di***

Supporti Logistici S.r.l. in persona del legale rappresentante in carica,  
n.c.;

*per l'annullamento*

della determinazione del Dirigente/Responsabile del Settore Economico e Finanziario del Comune di Cascina n. 479 del 12.6.2008 avente ad oggetto “Servizio di pulizia vari edifici comunali – aggiudicazione definitiva alla ditta Supporti Logistici s.r.l. di Pisa”, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente ed in particolare:

- dei verbali di gara ivi allegati,
- del provvedimento di nomina della commissione giudicatrice,
- per quanto occorrer possa, della Determinazione del medesimo Dirigente n. 1104 del 19.12.2007 di indizione della gara e dei relativi bando, capitolato e disciplinare, e per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2012 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Il Comune di Cascina ha indetto una procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per

L'affidamento del servizio di pulizia dei locali comunali nel periodo 1° aprile 2008/31 dicembre 2012. All'esito della procedura il raggruppamento temporaneo composto dalle imprese ricorrenti è risultato vincitore. La Commissione di gara ha deciso di chiedere giustificazioni sulla congruità del prezzo proposto dalle concorrenti classificate al terzo, quarto e quinto posto poiché la loro offerta economica risultava superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi attribuibili in base alla legge di gara, e a tal fine le ha convocate per il giorno 12 maggio 2008. L'impresa CEMA non si è presentata ed è stata quindi esclusa dalla procedura; conseguentemente la Commissione ha rideterminato i punteggi delle offerte economiche e all'esito dell'operazione il raggruppamento delle imprese ricorrenti è retroceduto al secondo posto, mentre l'attuale controinteressata è divenuta prima. L'aggiudicazione definitiva a quest'ultima è stata disposta con determinazione 12 giugno 2008 n. 47, pubblicata all'Albo pretorio comunale dal 18 novembre 2008.

Tale provvedimento è stato impugnato dalle imprese epigrafe con il presente ricorso, notificato il 7 ottobre 2008 e depositato il 17 ottobre 2008.

Con primo motivo esse deducono che non vi era ragione di subordinare la conclusione della gara e l'approvazione della graduatoria alla verifica sulla congruità delle offerte presentate dalle concorrenti classificate dal terzo all'ultimo posto.

Con secondo motivo lamentano cattiva applicazione della normativa sull'affidamento dei contratti pubblici poiché l'art. 86, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 stabilisce che nel caso delle gare condotte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa devono essere considerate anomale le offerte che ottengono più dei quattro quinti del punteggio massimo attribuibile sia nell'offerta economica che in quella tecnica, mentre nel caso di specie le concorrenti assoggettate a verifica avevano superato tale soglia solo nell'offerta economica.

In via subordinata, con terzo motivo lamentano che la Commissione fosse composta da un numero di membri pari e non dispari. Chiedono inoltre il risarcimento dei danni.

Si è costituito il Comune di Cascina eccependo l'inammissibilità del ricorso poiché una rappresentante delle ricorrenti era presente alla seduta di gara del 12 maggio 2008 in cui è avvenuta l'aggiudicazione alla controinteressata. Nel merito, replica alle deduzioni delle ricorrenti chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza del 18 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'eccezione di tardività formulata dalla difesa comunale deve essere respinta.

La partecipazione di un rappresentante delle ricorrenti alla seduta di gara del 12 maggio 2008 comporta che queste abbiano potuto conoscere l'aggiudicazione provvisoria a favore della

controinteressata, ma non quella definitiva, e per giurisprudenza consolidata solo quest'ultima costituisce il provvedimento che, chiudendo la procedura di affidamento del contratto pubblico, determina il consolidamento della lesione in capo ai controinteressati all'adozione del provvedimento. L'aggiudicazione provvisoria è un atto endoprocedimentale con effetti instabili ed interinali (C.d.S. V, 17 settembre 2010 n. 6965; 29 settembre 2003 n. 5509).

L'art. 12 del d.lgs. 163/06 invocato dalla difesa comunale, nel testo applicabile *ratione temporis* al caso di specie, non giustifica le conclusioni che la stessa pretende di ricavarne.

In tema di passaggio dall'aggiudicazione provvisoria a quella definitiva esso infatti prevedeva, e prevede ancora, unicamente che la prima si intenda approvata nel termine previsto dall'ordinamento della stazione appaltante o, in difetto, nel termine *ex lege* di trenta giorni. Esso non conteneva, e non contiene, alcuna disposizione dalla quale possa trarsi una presunzione di conoscenza della seconda. In proposito quindi, *ratione temporis*, non possono valere che i principi generali, e pertanto il provvedimento lesivo nel caso *de quo* deve ritenersi conosciuto o dalla sua comunicazione, la quale peraltro pur essendo prevista dall'art. 79 del d.lgs. 163/06 anche nella versione temporalmente applicabile non risulta essere stata effettuata, oppure al momento in cui è stato conosciuto in altro modo dalle ricorrenti. Tale momento, in difetto di prova contraria, è identificabile nel 9 luglio 2008 all'esito dell'istanza di accesso formulata. Ne segue che il

termine decadenziale ha iniziato a decorrere dal 9 luglio 2008 e pertanto il ricorso deve ritenersi tempestivamente notificato il 7 ottobre 2008, come correttamente deduce la difesa delle ricorrenti.

3. Nel merito il ricorso è fondato poiché, come correttamente dedotto nel secondo motivo di gravame, la stazione appaltante non doveva procedere alla verifica di congruità.

La lettura dei verbali di gara evidenzia che l'unica ragione in base alla quale la Commissione ha disposto la verifica sulle offerte economiche dei concorrenti consiste nel superamento dei quattro quinti del punteggio massimo attribuibile all'elemento economico. L'art. 86, comma 2, d.lgs. 163/06 (non inciso dalle riforme succedutesi dopo lo svolgimento della gara) prevede invece che debba farsi luogo a verifica di congruità solamente quando il superamento (o il raggiungimento) di detta percentuale avvenga sia per il punteggio economico, che per quello tecnico qualitativo. Non sono state invocate altre circostanze ex art. 86, comma 3, d.lgs. 163/06, e pertanto i richiami della difesa comunale a tale disposto sono inconferenti. Appare poi irragionevole ipotizzare che l'esito della gara possa dipendere dal comportamento di una delle imprese sottoposte a procedura di valutazione dell'anomalia.

L'illegittimità dell'operato della Commissione di gara appare quindi palese e pertanto gli atti impugnati devono essere annullati nella parte in cui hanno disposto tale verifica di congruità, con travolgimento dei provvedimenti successivi ed in particolare della

determinazione avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva del contratto pubblico in discussione.

Gli altri motivi di ricorso vengono assorbiti, potendo ritenersi già soddisfatto l'interesse delle ricorrenti con l'accoglimento del secondo motivo.

4. La richiesta risarcitoria è meritevole di accoglimento. È evidente il danno subito dalle ricorrenti, consistente nella perdita dell'aggiudicazione della gara precedentemente disposta a loro favore, ed è altrettanto palese il nesso di causalità tra il verificarsi di tale danno e l'errore compiuto dalla Commissione di gara. In assenza della verifica di congruità illegittimamente disposta infatti esse avrebbero eseguito il contratto pubblico in discussione.

L'illecito deve ritenersi integrato senza che a tal scopo sia necessaria alcuna indagine sull'elemento soggettivo, in applicazione della sentenza della Corte di Giustizia Europea 30 settembre 2010 (C-314/09), in base alla quale nelle procedure di evidenza pubblica il semplice verificarsi del danno ad opera della stazione appaltante è motivo di risarcimento.

Nella memoria per l'udienza di discussione le ricorrenti hanno offerto la propria disponibilità al subentro nel contratto stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata chiedendone l'inefficacia per il periodo residuo, vale a dire fino al 31 dicembre 2012. Il Collegio ritiene che nel caso di specie un corretto bilanciamento di interessi, come peraltro sottolineato nella stessa difesa delle

ricorrenti, debba tenere conto della brevità del periodo residuo di durata del contratto sicché, ai fini della continuità nell'erogazione dei servizi dedotti nel medesimo, appare opportuno mantenerne gli effetti fino a scadenza con conseguente ristoro del danno integralmente per equivalente. A questo proposito è stato affermato che non può essere dichiarato inefficace, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il contratto sottoscritto ed eseguito per circa la metà (T.A.R. Lombardia Milano I, 14 ottobre 2010 n. 1097).

In ordine alla quantificazione del risarcimento va respinta la richiesta della difesa comunale di tenere conto, ex art. 1227 c.c., del fatto che le ricorrenti non hanno presentato domanda cautelare nel ricorso in discussione. La stazione appaltante ha infatti provveduto alla stipulazione del contratto dopo soli otto giorni dall'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, e senza nemmeno comunicare quest'ultimo in violazione dell'obbligo previsto (anche all'epoca dei fatti) dell'art. 79 d.lgs. 163/06. In base alla legislazione all'epoca vigente si riteneva che né l'annullamento dell'aggiudicazione, né a maggior ragione la formulazione della domanda cautelare, avessero effetto sospensivo sull'esecuzione del contratto illegittimamente aggiudicato, e bene quindi la difesa delle ricorrenti ha risparmiato una fase processuale che probabilmente si sarebbe rivelata inutile.

Il risarcimento del danno deve quindi avvenire riconoscendo alle ricorrenti una somma pari al 10% dell'importo a base d'asta

dell'appalto, diminuito del ribasso offerto dalle stesse. Tale somma deve essere decurtata di una percentuale pari al 5% poiché esse non hanno offerto prova di non aver potuto utilizzare le proprie risorse umane e strumentali in altri lavori, e maggiorata di un'ulteriore percentuale equitativa pari al 2% a titolo di danno curriculare per la perdita della qualificazione che sarebbe conseguita con l'esecuzione dell'appalto. Infatti l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un operatore economico, va oltre l'interesse all'esecuzione del contratto in sé e ai relativi ricavi diretti, e deve pertanto ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale (C.d.S. VI, 18 marzo 2011 n. 1681)

L'importo offerto dalle ricorrenti ammontava a € 552.811,54; l'importo da risarcire corrisponde quindi ad una percentuale del 7% per un ammontare che deve essere corrisposto dalla stazione appaltante pari ad € 38.696,80. Tale somma deve poi essere maggiorata con rivalutazione monetaria dal momento di stipulazione del contratto illegittimamente aggiudicato fino al momento di deposito della presente sentenza; sulla risultante somma decorreranno gli interessi legali fino al saldo.

Le spese processuali seguono la soccombenza e pertanto la stazione

appaltante viene condannata a pagare per tale titolo la somma di € 3.000,00 (tremila/00), cui devono essere aggiunte le sole somme per IVA e CPA; spese compensate per la controinteressata non costituita in giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati e condanna il Comune di Cascina al risarcimento dei danni, nei termini di cui in motivazione, ferma restando l'efficacia del contratto.

Condanna il Comune di Cascina al pagamento delle spese processuali nella misura di € 3.000,00 (tremila/00) oltre IVA e CPA a favore delle ricorrenti in solido tra loro; spese compensate per la controinteressata.

Manda alla Segreteria per la trasmissione degli atti alla Procura regionale della Corte dei Conti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2012

IL SEGRETARIO

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