



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4272 del 2012, proposto da:

Mondoviaggi S.R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Maria Grazia Di Gennaro, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. Campania - Napoli;

contro

Ambito Territoriale N. 12 e Comune di Pomigliano D'Arco, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonietta Romano, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. Campania - Napoli;

nei confronti di

Sud Italia Hotels e Service s.r.l., n.c.;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 17 luglio 2012 (trasmesso via fax il 19 luglio 2012);
- della determina dirigenziale n. 57 del 23 luglio 2012 del Coordinatore dell'Ufficio di Piano dell'Ambito territoriale N12 di esclusione dell'offerta presentata dalla ricorrente ed aggiudicazione alla Sud Italia Hotels & Service s.r.l. del servizio di soggiorno climatico per anziani per l'anno 2012;
- di tutti gli atti connessi.
- nonché per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pomigliano D'Arco;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 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 società ricorrente impugna la procedura negoziata di cottimo fiduciario bandita dal Comune di Pomigliano, nella qualità di ente capofila dell'Ambito territoriale N12 per del servizio di soggiorno climatico per anziani per l'anno 2012 nel Comune di Ischia per tredici giorni (dal 19 luglio al 5 agosto 2012), da espletarsi mediante il

criterio dell'offerta più vantaggiosa.

Articola quattro gruppi di censure, in relazione alla propria esclusione (per violazione dei principi in materia di appalti pubblici e per eccesso di potere per erroneità dei presupposti); all'illegittima ammissione dell'offerta presentata dall'aggiudicataria Sud Italia Hotels & Service s.r.l. (d'ora innanzi Sud Italia) per violazione delle prescrizioni di presentazione della stessa (buste non adeguatamente sigillate; irregolarità della cauzione; genericità della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e mancanza degli stessi; omissioni delle dichiarazioni di accoglimento dell'albergo e del programma ricreativo) e modifica dell'offerta (da 624 euro, IVA esclusa a 611,52 euro IVA esclusa); all'illegittimità dell'intera procedura di gara (apertura in seduta riservata dei plichi dell'offerta tecnica e mancato riscontro al reclamo ex art. 243 bis del codice dei contratti); alla attribuzione dei punteggi inerenti l'offerta tecnica.

Si è costituita l'amministrazione comunale, che eccepisce la carenza di legittimazione e conclude per la reiezione del ricorso.

In assenza dell'istanza cautelare per mancanza di danno (il servizio era già stato interamente svolto), verificata la permanenza dell'interesse alla decisione di merito all'udienza del 6 marzo 2013, il ricorso è trattenuto in decisione all'udienza del 23 ottobre 2013.

DIRITTO

Il ricorso va accolto nei limiti di seguito specificati.

Non coglie nel segno l'eccezione di carenza di legittimazione sollevata dalla difesa comunale.

Ed invero il Comune di Pomigliano, in qualità di ente capofila dell'ambito territoriale e di stazione appaltante, è certamente legittimata passiva avverso l'impugnazione della procedura di gara in esame.

Ciò posto, in una corretta esposizione dell'*ordo decisionis*, ai fini di linearità espositiva, occorre esaminare unitariamente le censure avverso l'esclusione dalla gara e quelle che involgono la disciplina della procedura.

Ed invero il bando richiedeva, ai fini della ammissibilità dell'offerta, che i concorrenti presentassero un'offerta economica composita, nella quale occorreva indicare sia il ribasso rispetto al tetto massimo di spesa (30 punti su cento), sia le condizioni di ricezione alberghiera (70 punti su cento).

In relazione all'offerta economica nel modello B allegato alla lettera di invito si richiede l'indicazione del "ribasso percentuale, IVA esclusa, rispetto al prezzo unitario di euro 624,00, IVA esclusa, posto a base di gara".

Senonché l'imposto a base d'asta viene indicato in modo non univoco dalla complessa disamina delle prescrizioni contenute nella lettera di invito e nel disciplinare. Ed invero a fronte di un importo pro-capite di euro 624,00, IVA inclusa, riportato a pagina 2, è indicato un importo totale pari a 148.869,93 euro (oltre IVA al 21%), confermato successivamente dall'indicazione dell'importo complessivo IVA inclusa pari a 188.442,95.

Ora suddividendo l'importo totale per il numero degli anziani ammessi al soggiorno (299) si ottiene una base d'asta pro-capite pari ad euro 497,89, IVA esclusa, vale a dire pari ad euro 630,24, IVA inclusa.

In questo quadro di oggettiva incertezza in relazione ad uno degli elementi fondamentali dell'offerta, la richiesta di indicare il mero ribasso percentuale (sul prezzo unitario di 624 euro, IVA esclusa) non è certamente in grado di mettere le offerenti in condizione di formulare un'offerta seria ed intelligibile, poiché un ribasso minimo su tale voce (come quello offerto dall'aggiudicataria Sud Italia) conduce ad un importo complessivo ben superiore al budget appostato dalla stazione appaltante (148.869,93 euro oltre Iva, cioè 188.442,95 IVA inclusa).

Pertanto da un lato non è contestabile la condotta tenuta dal rappresentante della società ricorrente di indicare direttamente l'importo offerto (al netto ed al lordo di IVA), ancorché in violazione della precisione formale dell'allegato B alla lettera di invito, e, d'altro canto, tale quadro ha indotto l'amministrazione ad una reinterpretazione dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

Al di là della correttezza di tale ultima operazione, deve preliminarmente ritenersi che la confusione generata dalla infelice redazione della *lex specialis* di gara si riverbera sull'intera procedura di gara, viziandola irrimediabilmente.

In questi termini il ricorso merita accoglimento, con annullamento del bando e dell'intera procedura di gara.

Quanto agli effetti del contratto il completo esaurimento dell'appalto impedisce ogni forma risarcitoria in forma specifica, non potendosi ipotizzare la rinnovazione della procedura.

Ciò posto non è possibile esaminare la richiesta risarcitoria avanzata in via principale, poiché il Collegio dovrebbe verificare, mediante una prognosi postuma, la concreta vantaggiosità dell'offerta presentata dalla ricorrente, la quale ha l'onere di provare il superamento della cd. prova di resistenza. Tuttavia tale prognosi risulta impedita dalla formulazione del tutto illegittima della disciplina di gara.

Nel caso di specie, la domanda risarcitoria trae forza sia dall'annullamento dell'esclusione, sia dall'annullamento di tutti gli atti di gara, rispetto al quale dunque la società ricorrente ha fatto valere un interesse strumentale alla rinnovazione totale della procedura.

In questa prospettiva la domanda risarcitoria è infondata sotto il primo profilo per mancato raggiungimento della prova di resistenza poiché, come detto, l'illegittimità della predisposizione dei criteri impedisce una valida prognosi di vantaggiosità dell'offerta presentata in gara.

Sotto il secondo profilo la richiesta risarcitoria può essere apprezzata unicamente con riguardo alla perdita della chance di conseguire l'aggiudicazione.

Peraltro vale appena soggiungere che nel caso, come quello di specie, di aggiudicazione da determinarsi mediante il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, affidato all'apprezzamento tecnico-discrezionale della commissione, non può comunque procedersi ad alcuna dimostrazione della sicura spettanza di un appalto all'impresa non aggiudicataria, come, invece, normalmente avviene nell'ipotesi di aggiudicazione con criteri automatici di carattere aritmetico (ad es. massimo ribasso). Infatti, in tale evenienza, il giudizio prognostico compiuto dal giudice amministrativo non potrebbe anticipare le valutazioni della commissione di gara, le quali, essendo connotate da più o meno ampia discrezionalità (seppure di carattere tecnico), si sottraggono ad ogni previsione in ordine alla bontà dell'offerta presentata dalla ditta non aggiudicataria.

Ne discende, in base a quanto esposto, che non può essere riconosciuta alla ricorrente alcuna voce di danno collegata alla mancata aggiudicazione e, quindi, alla (indimostrabile) spettanza dell'appalto, fermo restando che la richiesta risarcitoria va accolta nella più limitata prospettiva della perdita di chance.

Come è stato sottolineato dalla giurisprudenza, il danno per perdita di chance si presta ad essere l'unico configurabile nelle ipotesi di non agevole rinnovabilità delle operazioni di gara, atteso che con il termine chance si intende attribuire rilevanza ad un bene patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, concretantesi nella situazione teleologicamente orientata al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio e caratterizzata da una consistente possibilità di successo (cfr. Consiglio di Stato, Sez.VI, 14 settembre 2006 n. 5323 e 7 febbraio 2002 n. 686).

Sotto tale diversa angolatura, la pretesa di parte ricorrente può trovare accoglimento nei limiti seguenti.

Anche con riferimento al danno così detto da perdita di chance, il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che egli avrebbe avuto di conseguire il risultato sperato, atteso che la valutazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 c.c., presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile (T.A.R. Lazio, I, 27.7.2006, n. 6583).

Tuttavia nel caso di specie, atteso il ribasso offerto e le condizioni alberghiere dichiarate dal ricorrente, ed in considerazione dell'esigenza di garantire effettività di tutela al ricorrente che ha ragione, si può equitativamente valutare il danno da perdita di chance suddividendo l'utile generalmente ritraibile dall'appalto (il 10%

dell'importo a base d'asta, come ridotto secondo il ribasso offerto) per il numero dei partecipanti alla gara (pari a due concorrenti).

L'amministrazione, ai fini della formulazione della proposta risarcitoria e l'eventuale raggiungimento di un accordo con la ricorrente ex art. 34, comma 4, c.p.a., dovrà:

- attenersi all'offerta economica presentata dall'appellante in sede di gara;
- determinare il margine di guadagno che residua dopo l'applicazione dell'importo indicato in sede di gara e in caso contrario applicare l'aliquota forfetaria del 10%;
- suddividere l'importo per il numero dei concorrenti ammessi.

Trattandosi di risarcimento di chance può ritenersi che tale quantificazione comprenda, equitativamente, anche il cd. danno curriculare.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere accolto, con conseguente risarcimento del danno ai sensi della motivazione.

Sull'importo sopra indicato compete la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dalla data di passaggio in giudicato della presente sentenza fino a quella di determinazione da parte dell'amministrazione dell'effettivo ammontare del debito risarcitorio (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 3776/2011; TAR Campania, Napoli, sez. VII, n. 5611/2011).

Sulla somma, infine, si computeranno gli interessi legali calcolati esclusivamente dalla data di determinazione dell'importo complessivo fino all'effettivo soddisfo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 3144/2009; sez. V, n. 550/2011)

Le spese seguono la soccombenza del Comune resistente e sono liquidate come da dispositivo, mentre si possono compensare per il resto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto condanna il Comune di Pomigliano, nella qualità di Ente capofila dell'Ambito territoriale n. 12, al risarcimento del danno in favore della Mondoviaggi s.r.l. da liquidarsi come in motivazione, nonché al pagamento delle spese processuali, che si liquidano in complessivi 2.000 (duemila) euro, e del contributo unificato come per legge. Spese compensate per il resto.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 30/10/2013

IL SEGRETARIO

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