



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 704 del 2009, proposto da:
Promogest S.C.D. a r.l., in persona del legale rappresentante *protempore*,
rappresentato e difeso dagli avv. Italo Doglio, Maria Piras, Salvatore Paolo Satta,
con domicilio eletto presso l'avv. Italo Doglio in Cagliari, via Tigellio n. 18;

contro

il Comune di Capoterra, in persona del Sindaco *protempore*, rappresentato e difeso
dall'avv. Patrizio Rovelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via
Bacaredda N.1;

nei confronti di

Ssd Promosport Arl;

per l'annullamento

della determinazione del dirigente del III Settore – Direzione LL.PP. dl Comune di
Capoterra n. 470 del 25 giugno 2008, avente per oggetto l'aggiudicazione della gara
per l'affidamento in concessione per anni 10 del servizio di gestione e
manutenzione ordinaria della piscina comunale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Paolo Salvatore Satta per la società ricorrente e l'avv. Silvia Onnis, su delega dell'avv. Patrizio Rovelli, per il Comune resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con delibera della giunta comunale del comune di Capoterra numero 24 del 7 febbraio 2007, veniva approvato il bando con il disciplinare di gara e il relativo capitolato speciale per l'affidamento, mediante procedura aperta ai sensi dell'articolo 83 del DL.gs. 163/2006, del servizio di gestione e manutenzione per 10 anni della piscina comunale.

Entro il termine di scadenza fissato dal bando pervenivano al comune due offerte; a seguito della procedura, la ricorrente veniva inizialmente esclusa (con il verbale di gara n. 2 del 13 luglio 2007) e la gara veniva aggiudicata provvisoriamente alla *S.S.D. Promosport*.

2. - Avverso il provvedimento di esclusione, la *Promogest* (odierna ricorrente) propose ricorso davanti a questo T.A.R.. Con ordinanza collegiale del 24 ottobre 2007, n. 418, la Sezione accoglieva l'istanza cautelare della ricorrente, disponendo la riammissione in gara dell'offerta.

3. - Ripresa la procedura di gara, con determinazione dirigenziale del 22 gennaio 2008, n. 72, il dirigente comunale dei Servizi Tecnici approvava i verbali di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva a favore della *Promogest*, la cui offerta era stata ritenuta quella economicamente più vantaggiosa, avendo ottenuto un punteggio

complessivo pari a 80,50. Con determinazione dirigenziale n. 142 del 21 febbraio 2008, l'aggiudicazione definitiva veniva confermata.

4. - Peraltro, definendo il ricorso in sede di merito, la Sezione, con la sentenza del 29 maggio 2008, n. 1117, rigettava il ricorso principale della *Promogest*. Sentenza riformata integralmente in appello, con sentenza del Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013 n. 3811, che accoglieva il ricorso introduttivo in primo grado e annullava i provvedimenti con esso impugnati (ossia l'atto di esclusione e l'aggiudicazione provvisoria a favore della *S.S.D. Promosport*).

5. - Nel corso del giudizio d'appello, l'amministrazione comunale depositava la determinazione del dirigente del III Settore – Direzione LL.PP. di Comune di Capoterra n. 470 del 25 giugno 2008, avente per oggetto l'affidamento della concessione alla *S.S.D. Promosport*.

6. - Con il ricorso in epigrafe, avviato alla notifica il 2 luglio 2009 e depositato il successivo 16 luglio, la *Promogest* impugna anche detta determinazione, deducendo l'illegittimità derivata dai vizi proposti avverso il provvedimento di esclusione, nonché vizi propri consistenti nella incompetenza del dirigente comunale ad operare le modifiche della graduatoria (già approvata dalla commissione di gara) e le modifiche dei punteggi attribuiti dalla medesima commissione alle due offerte in gara.

Insieme alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione, la ricorrente introduce la domanda di risarcimento dei danni derivanti dall'attività illegittima dell'amministrazione comunale intimata, chiedendo, in via principale, la reintegrazione in forma specifica; e in via subordinata il risarcimento per equivalente.

7. - Si è costituito il Comune di Capoterra, chiedendo che il ricorso sia respinto.

8. - All'udienza pubblica del 4 dicembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. - E' fondata ed assorbente la censura di illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione definitiva, conseguenza dell'illegittimità dell'esclusione della ricorrente *Promogest*, disposta dalla commissione nella seduta di gara del 13 luglio 2007 (verbale n. 2) per l'omessa presentazione dell'impegno del fideiussore a prestare cauzione definitiva qualora il contraente fosse risultato affidatario del servizio, sul presupposto che nel bando (punto III.1.1) e nel disciplinare (pag. 7) fosse previsto che tale impegno preliminare dovesse essere prestato anche nell'ipotesi (consentita dalla *lex specialis*) in cui la prestazione della cauzione provvisoria venisse effettuata mediante versamento in contante.

9.1. - Come ha statuito il Consiglio di Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811, in sede di riforma della sentenza del TAR Sardegna, sez. I, 29 maggio 2008, n. 1117, il *«contenuto letterale della clausola era ben interpretabile anche nel senso che l'obbligo della presentazione dell'impegno del fideiussore sussistesse nella sola ipotesi in cui la cauzione provvisoria fosse stata fin da principio prestata tramite fideiussione, sicché, avendo la società Promogest versato la cauzione provvisoria in contante, non era tenuta a prestare alcuna altra garanzia. Quanto alla applicabilità dell'istituto della eterointegrazione va rilevato che esso ha come necessario presupposto la sussistenza di una "lacuna" nella legge di gara e, solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione. Quando invece la legge di gara contiene disposizioni contrastanti con quanto normativamente previsto, non può disporsi l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia allegato quanto espressamente previsto dalla legge, dovendo tenersi conto che solo fondamentali esigenze di certezza del diritto e tutela della "par condicio" dei concorrenti possono impedire all'Amministrazione di disattendere i precetti fissati nella normativa di gara dalla stessa formulata, in ossequio al principio di affidamento formalmente elevato al rango di principio*

generale dell'azione amministrativa dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, che impedisce che sul cittadino possano ricadere gli errori dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5073) ».

Inoltre, sottolinea il giudice d'appello, «non può dimenticarsi che, nelle procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dal bando in ordine agli adempimenti cui è tenuto il soggetto partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la “par condicio” dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione, con preferibilità dell'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto quella che la ostacoli.

Non poteva quindi essere esclusa l'appellante dalla gara de qua per aver reso una dichiarazione del tutto conforme a quella richiesta dall'Amministrazione, se pur con clausola della “lex specialis” che, anche se potesse ritenersi equivoca, era comunque pienamente idonea ad ingenerare l'errore in cui è caduto il concorrente, non vertendosi in caso di omessa regolamentazione della fattispecie che avrebbe dovuto essere automaticamente eterointegrata dalla norma di cui al citato art. 75 del d. lgs. n. 163/2006.

Ne deriva che, a fronte di tale omissione, la stazione appaltante in ogni caso non avrebbe potuto procedere all'esclusione ma avrebbe dovuto consentire la regolarizzazione della documentazione di gara mediante integrazione della dichiarazione incompleta.

In conclusione il Collegio ritiene che, in assenza di una specifica disposizione del bando, o del disciplinare di gara, che imponesse non ambigualmente la allegazione della fideiussione in questione, non fosse applicabile il principio della eterointegrazione della normativa di gara, ammesso al fine di garantire l'applicazione di norme imperative (c.d. auto-esecutive) poste a tutela dell'ordine pubblico, ma esclusivamente in caso di lacune della normativa di gara».

9.2. - L'aggiudicazione a favore della Promosport deve essere conseguentemente annullata, con assorbimento di ogni altra censura.

10. - In ordine alla domanda di risarcimento del danno, deve essere esaminata in primo luogo la domanda di reintegrazione in forma specifica, che si traduce nella richiesta di accertare il diritto della *Promogest* all'aggiudicazione, con la conseguente dichiarazione di inefficacia sopravvenuta del contratto di concessione del servizio stipulato il 21 gennaio 2011 (rep. n. 1230, registrato a Cagliari il 24 gennaio 2011) tra il Comune di Capoterra e la *S.S.D. Promosport a r.l.*; nonché, della spettanza del diritto della medesima ricorrente a subentrare nel contratto.

10.1. - Sul punto, occorre innanzitutto chiarire quale sia il senso e la portata della domanda di reintegrazione in forma specifica, proposta con il ricorso introduttivo in esame. In particolare, va tenuto conto del fatto che la domanda è stata formulata prima dell'entrata in vigore delle norme del codice del processo amministrativo con le quali sono state introdotte, distinte e disciplinate le figure della tutela risarcitoria in forma specifica (il riferimento è all'art. 30, comma 2, ultimo periodo, secondo cui può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 del codice civile); e, nelle controversie in materia di affidamento di contratti pubblici, della tutela in forma specifica (articoli 122 e 124 del c.p.a.). La distinzione, seguendo l'orientamento del Consiglio di Stato (sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, che peraltro riprendeva indirizzi ampiamente condivisi dalla dottrina civilistica), segnala la diversa natura e funzione delle due forme di tutela, la prima (quella di cui all'art. 2058 c.c.) volta ad ottenere in sede di risarcimento del danno una prestazione (comunque) diversa da quella oggetto dell'obbligazione o del dovere rimasto inadempito (come, tipicamente, nel caso di rimozione diretta delle conseguenze lesive dell'inadempimento); la seconda diretta, invece, a far ottenere al soggetto titolare della pretesa esattamente la medesima prestazione oggetto dell'obbligo (o della diversa situazione giuridica passiva che si contrappone all'interesse tutelato nel rapporto), connotandosi, pertanto, come una forma di tutela dell'adempimento.

Tuttavia, non vanno ignorate quelle tesi (affiorate anche in giurisprudenza) che riconducevano al campo della reintegrazione in forma specifica anche la tutela specifica, in particolare quando si è trattato di valutare l'ammissibilità di una condanna dell'amministrazione a disporre l'aggiudicazione a favore del ricorrente (si vedano i riferimenti nella citata sentenza del Cons. St., n. 3338/2002). Il che spiega la ragione per cui, prima delle modifiche normative cui si è accennato, sotto la medesima formula (reintegrazione in forma specifica) potevano essere racchiuse domande di diversa natura.

10.2. - Con riguardo alla fattispecie concreta in esame, dal contenuto complessivo del ricorso emerge abbastanza chiaramente come la domanda di reintegrazione in forma specifica debba essere (re)interpretata come volta a realizzare puntualmente ed integralmente (nei limiti in cui ciò sia fattualmente e giuridicamente possibile) il contenuto della pretesa sostanziale dedotta in giudizio; ovvero, in altri e più consueti termini, a far ottenere al ricorrente quel bene della vita che costituisce oggetto (quantomeno, mediato) dell'interesse protetto per il quale agisce in giudizio (si veda, recentemente, in tal senso, anche se con *obiterdictum*, Cons St., sez. V, 27 marzo 2013, n° 1833).

Nel caso di specie, l'interesse sostanziale della ricorrente si identifica nella pretesa (non solo all'aggiudicazione della gara ma anche) ad ottenere la concessione del servizio di gestione, subentrando nel contratto concluso con la *Promosport*.

La domanda giudiziale in esame deve essere, pertanto, intesa come domanda di tutela in forma specifica.

10.3. - Si potrebbe, peraltro, profilare il dubbio che il giudice non sia titolare dei poteri di cognizione e decisione sulla domanda così precisata; e ciò sulla base della considerazione che essa è stata proposta prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. n. 104 del 2010; e prima anche del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, di attuazione della direttiva 2007/66/CE, dell'11 dicembre

2007, leggi che hanno testualmente introdotto e disciplinato – nei giudizi in materia di affidamento di contratti pubblici – la tutela in forma specifica.

In senso contrario, si osservi che i testi legislativi appena richiamati non contengono disposizioni transitorie che limitino l'efficacia temporale delle norme sulla tutela specifica ai ricorsi proposti dopo la loro entrata in vigore. Per cui, si deve far ricorso al principio generale di diritto processuale secondo cui *tempus regit actum*, in virtù del quale l'atto processuale (ossia, nel caso in questione, il provvedimento del giudice sulla domanda) «è soggetto alla disciplina vigente al momento in cui viene compiuto, sebbene successiva all'introduzione del giudizio» (cfr. in tal senso Cass. civ., sez. VI, 5 aprile 2011, n. 7781).

Sotto altro profilo, si deve richiamare, altresì, la pacifica affermazione della Cassazione sulle cc.dd. condizioni dell'azione, secondo cui «è al momento della decisione (del) giudizio che occorre avere riguardo per la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione e dei presupposti di fatto e di diritto per l'accoglimento della domanda ...» (così, recentemente, Cass. civ., 24 settembre 2013, n° 21840)

10.4. - Il diritto ad ottenere l'aggiudicazione, e il correlativo obbligo dell'amministrazione concedente di adottare il pertinente provvedimento a favore della *Promogest*, discende pacificamente, in primo luogo, dall'annullamento dell'aggiudicazione a favore della controinteressata *S.S.D. Promosport a r.l.*; in secondo luogo, dalla circostanza che l'offerta della *Promogest* era stata in precedenza (come visto nell'esposizione in fatto) individuata come quella economicamente più vantaggiosa, avendo ottenuto un punteggio complessivo pari a 80,50.

10.5. - Appurato il diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, ne discende, ai sensi dell'art. 122 del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 104/2010), l'inefficacia del contratto, sopra richiamato, non sussistendo ragioni attinenti agli interessi delle parti della vicenda esaminata che inducano il Collegio a preservare gli effetti del contratto stipulato nelle more del giudizio.

Anche per quanto concerne la «*possibilità di subentrare nel contratto*» (ulteriore elemento cui l'art. 122 cit. subordina la dichiarazione di inefficacia del contratto), occorre osservare come - sul punto - le parti non hanno prospettato particolari difficoltà o impedimenti; ed anzi il Comune di Capoterra, fin dalla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato sopra richiamata, con nota del 19 settembre 2013 (cfr. all. 4 della produzione documentale del Comune) ha avviato il procedimento presumibilmente destinato a concludersi con l'aggiudicazione a favore di *Promogest* e la conseguente stipula del contratto.

10.6. - Occorre, peraltro, stabilire la decorrenza dell'inefficacia e, di riflesso, anche la decorrenza e durata del contratto da stipulare con la *Promogest*.

10.7. - Sul primo punto, considerata la particolare natura del servizio oggetto della concessione (la gestione e la manutenzione ordinaria della piscina comunale) che comporta la necessità di organizzare la successione nella gestione tra la *S.S.D. Promosport a r.l.* e la *Promogest S.C.D. a r.l.* senza causare disagi agli utenti dell'impianto, il Collegio ritiene di far cessare gli effetti del contratto a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione della presente sentenza.

Da tale termine (sessantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione della presente sentenza) prenderà effetto, dunque, anche il contratto di concessione con la *Promogest S.C.D.*

10.8. - La domanda di tutela in forma specifica (tradottasi nell'annullamento dell'aggiudicazione, nella dichiarazione di inefficacia del contratto e nella dichiarazione del diritto della ricorrente al subentro) deve essere, pertanto, accolta, con l'assorbimento delle ulteriori censure dedotte.

11. - Accoglimento che, peraltro, non appare completamente soddisfacente della pretesa azionata dalla ricorrente, residuando profili risarcitori con riferimento al periodo in cui il servizio oggetto della concessione in questione è stato svolto dalla

S.S.D. Promosport a r.l.; il che comporta il dovere di decidere in ordine alla domanda di risarcimento per equivalente, formulata in via subordinata dalla *Promogest S.C.D.* .

11.1. – Da quanto rilevato ai punti precedenti, emerge con tutta evidenza sia l'illegittimità della mancata aggiudicazione a favore della ricorrente, sia il nesso causale tra l'attività provvedimentale illegittima e i danni lamentati dalla ricorrente. Mentre, per quanto concerne l'elemento soggettivo, è appena il caso di rammentare che, trattandosi di una procedura relativa all'affidamento di servizio di importo superiore alla soglia comunitaria, la fattispecie di responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione prescinde dall'accertamento della colpa, in conformità a quanto statuito dalla Corte di Giustizia U.E., sez. III, 30 settembre 2010, nel procedimento C-314/09.

11.2. - Per ciò che concerne la quantificazione del danno, la somma da liquidarsi deve essere determinata nel mancato utile conseguito dalla ricorrente.

In sede di determinazione del quantum risarcitorio, va ribadito quanto affermato in diverse occasioni dalla Sezione in ordine alla necessaria prova (posta a carico dell'impresa, secondo noti principi in tema di distribuzione dell'onere della prova) della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria e avesse quindi eseguito il servizio anche nel periodo antecedente il subentro stabilito con la presente decisione.

Prova desumibile, innanzitutto, dall'esibizione dell'offerta economica presentata dalla *Promogest S.C.D.* .

Sulla base di tutti gli elementi sopra descritti si può, pertanto, statuire sulla domanda risarcitoria in esame facendo ricorso all'art. 34, comma 4, del c.p.a., indicando all'Amministrazione i criteri che dovrà seguire per la determinazione del *quantum* del risarcimento.

In particolare, il Comune di Capoterra dovrà:

- attenersi all'offerta economica presentata dalla ricorrente in sede di gara;

- determinare il margine di guadagno che emerge dall'offerta formulata dalla ricorrente (con l'esclusione, dall'importo da risarcire, delle spese sostenute per la partecipazione alla procedura concorsuale).

Alla luce delle suesposte considerazioni, va dichiarato l'obbligo del Comune intimato di risarcire alla ricorrente, entro 60 giorni (sessanta) dalla notificazione della presente sentenza, o dalla sua comunicazione, se anteriore, la somma che sarà determinata con i suddetti criteri, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., oltre alla rivalutazione monetaria da calcolarsi dal momento dell'illegittima aggiudicazione fino alla presente decisione ed agli interessi per il periodo successivo, fino al saldo.

12. – Considerata la parziale novità delle questioni vagliate, nonché il peculiare sviluppo processuale della vicenda esaminata, si giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, così dispone:

- 1) annulla la determinazione del dirigente del III Settore – Direzione LL.PP. del Comune di Capoterra n. 470 del 25 giugno 2008;
- 2) dichiara l'inefficacia del contratto di concessione, stipulato il 21 gennaio 2011 (rep. n. 1230, registrato a Cagliari il 24 gennaio 2011) tra il Comune di Capoterra e la *S.S.D. Promosport a r.l.*, a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione della presente sentenza;
- 3) accerta e dichiara il diritto della medesima ricorrente a subentrare nel contratto di concessione, nei sensi di cui in motivazione.
- 4) accoglie la domanda risarcitoria e, per l'effetto, condanna il Comune di Capoterra a risarcire il danno, da determinare e liquidare ai sensi dell'art. 34 comma

4 del d.lgs. 104 del 2010, in base ai criteri ed entro il termine indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2014

IL SEGRETARIO

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