



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 il Lazio**

**sezione staccata di Latina (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 282 del 2014, proposto da:  
Ditta Onoranze Funebri Carnevale Giancarlo, in persona del legale  
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Cocco  
e Giovanni Forlini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.  
Pietrantonio Rizzo in Latina, via Monte Santo, 46;

***contro***

Comune di Pico, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e  
difeso dall'avv. Giuseppe Santopietro, con domicilio eletto presso lo  
studio dell'avv. Alessandro D'Erme in Latina, corso della Repubblica,  
265;

***nei confronti di***

Agenzia Funebre di Gelfuso Anna, in persona del legale  
rappresentante p.t.,

Agenzia Funebre Franzosa S.r.l., in persona del legale rappresentante  
p.t.,

non costituitesi in giudizio.

*per l'annullamento*

- del verbale di gara del 10 marzo 2014, recante aggiudicazione del servizio di spostamento salme all'interno del cimitero comunale di Pico alla Ditta Gelfuso Anna;

- della determinazione del Comune di Pico n. 67 del 4 aprile 2014, recante approvazione del citato verbale di gara del 10 marzo 2014 e, per conseguenza, affidamento in via definitiva del servizio di spostamento salme all'interno del cimitero comunale;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi l'eventuale deliberazione e/o determinazione con cui si è deciso di chiedere un preventivo per il servizio di spostamento salme, quale indagine di mercato, e, ove necessario, della stessa richiesta di preventivo

per la declaratoria

di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente al risarcimento dei danni, in via principale attraverso l'aggiudicazione e/o il subentro nell'esecuzione del contratto, ed, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2014 il dott.

Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con lettera d'invito 25.2.2014, n. 1031, il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Pico invitava la Ditta ricorrente a presentare un preventivo per lo "spostamento di n. 80 salme all'interno del cimitero comunale".

Nella lettera di invito veniva, tra l'altro, precisato che l'offerta doveva contenere la specifica delle voci riportate nella contestuale tabella: apertura loculo, carico, trasporto, tumulazione, chiusura loculo, da quantificare con costo unitario; e, separatamente quello della cassa di zinco.

All'esito dell'esame delle offerte pervenute veniva redatto il verbale di gara 10.3.2014 a mezzo del quale si dava atto che erano pervenute tre offerte e, precisamente quella:

- dell'Agenzia Funebre Franzosa, costo unitario €. 378,00 per operazioni di spostamento: €. 450,00 per la cassa di zinco;
- dell'Onoranze Funebri Carnevale Giancarlo, costo unitario €. 6,039 per operazioni di spostamento; €. 250,00 per la cassa di zinco;
- dell'Agenzia Funebre Gelfuso Anna, costo €. 0,00 per operazioni di spostamento; €. 0,01 per la cassa di zinco.

Avverso l'impugnata approvazione del verbale di gara in favore della Agenzia Funebre Gelfuso Anna è stato proposto il presente ricorso,

con cui sono stati dedotti i seguenti vizi: violazione dell'art. 27 del d.Lgs 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per sviamento, erroneità dei presupposti, violazione dei principi di economicità, imparzialità e proporzionalità.

La ditta ricorrente propone – là dove non fosse più possibile il risarcimento in forma specifica – altresì domanda di risarcimento del danno per equivalente in via equitativa

Il Comune di Pico si è costituito in giudizio, richiedendo la reiezione del proposto ricorso.

Con ordinanza n. 106, emessa nella camera di consiglio dell'8.5.2014, il collegio respingeva la proposta domanda incidentale di sospensione. All'udienza del 9.10.2014, la causa è stata trattenuta a sentenza.

Il presente ricorso ha ad oggetto l'affidamento alla ditta controinteressata del servizio di spostamento di n. 80 salme, all'interno del Cimitero comunale di Pico.

Con le doglianze proposte, la ditta deducente impugna il citato verbale di approvazione, assumendo in generale il mancato rispetto delle regole fondamentali che governano l'agire amministrativo *in subiecta* materia ed , in particolare, l'illegittimità delle ipotesi in cui la concorrente formuli- come nel caso di specie – un'offerta con un margine lordo pari a zero.

Il ricorso appare fondato.

Osserva, anzitutto, il Collegio che, la costante e condivisibile giurisprudenza, ha avuto modo di precisare che: ... “la presentazione di offerte senza adeguato utile – nella specie la ditta aggiudicataria ha

presentato un costo €. 0,00 per operazioni di spostamento; €. 0, 01 per la cassa di zinco – finirebbe con l’alterare il sistema di libera concorrenza del mercato, permettendo la sopravvivenza alle sole imprese fornite di maggiori risorse economiche che possono consentirsi contratti in perdita” (Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 2063/2013).

Con riferimento ai lavori di spostamento delle salme nel cimitero comunale, l’odierna controinteressata ha proposto un prezzo pari ad € 0.00, IVA 22% inclusa, oltre ad €. 0.01 per eventuale cassa di zinco, ossia un prezzo meramente simbolico che non consente nella sua valenza quasi infinitesimale, se non addirittura inesistente, di attribuire ad esso un punteggio che possa essere ragionevolmente rapportato al valore concretamente indicato.

In altri termini, l’indicazione di un prezzo prossimo allo zero in relazione all’oggetto di gara, oltre a vanificare completamente la valenza delle altre offerte formulate, che in relazione a tale servizio non hanno potuto far altro che conseguire, in via del tutto anomala, un punteggio quasi inesistente, si traduce in un’offerta completamente viziata sotto il profilo strutturale, ossia in un’offerta inammissibile per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali come riportati nella *lex specialis* di gara, indipendentemente dal peso ponderale che ad essi viene attribuito in sede di valutazione dell’offerta.

Ne consegue che il ricorso - previo assorbimento delle altre doglianze proposte - deve essere accolto e per l’effetto, annullato il verbale di approvazione dell’affidamento della gara alla ditta controinteressata.

A seguito dell'accoglimento delle censure proposte nei sensi e nei limiti sopra evidenziati, deve quindi essere esaminata la domanda risarcimento dei danni formulata dalla ricorrente.

Segnatamente, la deducente chiede, in via principale, il risarcimento del danno in forma specifica e, qualora ciò non dovesse essere più possibile, in subordine, il risarcimento per equivalente (con riferimento sia ai costi di predisposizione dell'offerta che del lucro cessante, ossia della mancata esecuzione del servizio).

La suesposta domanda di risarcimento del danno, avanzata dalla ricorrente deve essere accolta nei limiti di seguito esposti.

Osserva anzitutto il Collegio che, per giurisprudenza consolidata e condivisibile, in materia di gare pubbliche, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno non postula la prova della colpa, avendo l'art. 124 c.p.a. introdotto un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in linea con la giurisprudenza europea e, segnatamente, con la sentenza del 30 settembre 2010 (C-314/09), della Terza Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui si è ribadito che la vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non consente ad una normativa nazionale di subordinare 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. (cfr. T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 11 settembre 2013, n. 8208; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 settembre

2013, n. 4439).

Inoltre , va precisato che la responsabilità dell'amministrazione, conseguente alla emanazione di un atto illegittimo, può essere ricostruita sia come violazione dei doveri connessi al "contatto procedimentale" con il privato (con conseguente identificazione del danno con i pregiudizi economici conseguenti alla illegittimità e a prescindere dalla "utilità finale" desiderata) che come responsabilità aquiliana conseguente alla lesione dell'interesse legittimo cui si correla la utilità finale (cfr. Tar Lazio, Latina sent. 00291/2007).

Non vi è dubbio che, nel caso di specie, ci si colloca nella prospettiva della responsabilità aquiliana per lesione dell'interesse legittimo per perdita dell'utilità finale.

Spetterebbe, perciò, alla ricorrente, come la stessa espressamente richiede, il risarcimento del danno per lucro cessante secondo il criterio dell'importo a base d'asta del 10%

Tale risarcimento, in particolare, corrisponde all'utile d'impresa, riferito alla frazione di contratto eseguita, mediante l'utilizzo del criterio del 10% del prezzo a base d'asta, come invocato dalla ricorrente.

Si tratta, come è noto, di un criterio, idoneo ad individuare in via presuntiva l'utile che l'impresa avrebbe potuto trarre dall'esecuzione di una gara, ancorché come in più occasioni ribadito dalla giurisprudenza (cfr. TAR Lazio – Latina sentenza 28.2.2014, n. 152) detto criterio non può formare oggetto di un'applicazione automatica, dovendo l'impresa dimostrare la percentuale di utile effettivo che

avrebbe conseguito se fosse stata aggiudicataria dell'appalto. (cfr. Cons. Stato, sez. V 16.1.2013, n. 240).

Nel caso di specie, la ricorrente ha offerto un costo unitario di €. 6,039 per le operazioni di spostamento; di €. 250,00 per la cassa di zinco (cfr. verbale di gara del 10.3.2014); laddove, sotto il profilo dei danni patiti, si è limitata a richiedere "il risarcimento" nella misura da determinarsi secondo il criterio del 10% dell'importo contrattuale, senza peraltro addurre alcuna prova conferente a sostegno del lucro cessante subito.

Ed, invero, anche la perizia giurata prodotta dalla parte ricorrente più che soffermarsi sulla prestazione contrattuale vale adire sui costi afferenti allo spostamento dei loculi all'interno del cimitero comunale, si è soffermata essenzialmente su costi ipotizzabili, non strettamente connessi alla prestazione principale (spostamento delle n. 80 salme all'interno del cimitero comunale), quali decorazioni incisioni etc.

La richiesta risarcitoria della ricorrente deve essere, perciò, ridotta in considerazione del fatto che il mancato utile spetta nella misura piena solo se si dimostra di non avere potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della aggiudicazione. In difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi che in caso contrario giustifica la riduzione stessa.

Non sussiste, invece, obbligo di risarcimento relativo all'allegato danno all'immagine, per la quantificazione del quale si può ricorrere

anche a criteri equitativi ma, comunque, non ci si può sottrarre al principio dell'onere della prova a carico di parte attrice, anche mediante presunzioni (e deve ritenersi che, al riguardo, un elemento essenziale sia il cd. clamor fori, cioè la diffusione della notizia nei mass-media, e comunque la più o meno grande risonanza dell'evento, che genera nei cittadini. (TAR Catania (Sicilia) sez. IV 26 settembre 2013 n. 2274)

Nel caso di specie, la ricorrente non ha peraltro adeguatamente documentato tale prova.

Alla stregua delle suesposte coordinate ermeneutiche il Collegio riconosce, in via equitativa, alla ditta ricorrente il danno emergente, quantificato nella complessiva somma di €. 2.000,00.

Le spese seguono la soccombenza e possono essere liquidate - integrando così l'omessa indicazione delle stesse nel dispositivo di sentenza pubblicato il 9.10.2014 - nella somma di € 2.000,00 oltre accessori di legge, che vanno poste a carico del Comune di Pico

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla la determina n. 67/14 di affidamento del servizio;
- accoglie la domanda di risarcimento dei danni nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto condanna il Comune di Pico al pagamento

della somma ivi quantificata.

Condanna il Comune di Pico al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 2.000,00(duemila) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente FF

Davide Soricelli, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2015

IL SEGRETARIO

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