



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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale n. 297 del 2007, proposto da:
Holländer Idrotermica Pohl Franco Srl, rappresentato e difeso dagli
avv.ti Paola La Guardia e Antonio Tita, con domicilio eletto presso lo
studio di quest'ultimo in Bolzano, p.zza Mazzini, 49;

contro

Comune di Terlano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Burkard Zozin
e Günter Morandell, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi
in Bolzano, C.so Italia n. 23;

nei confronti di

Atzwanger Spa;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota prot. n. 5163/Dr.KE/wv dd. 26.7.2007 con la quale il
Comune di Terlano ha comunicato all'Impresa Holländer di aver

disposto l'aggiudicazione della "fornitura e montaggio di un impianto di teleriscaldamento" a favore dell'Impresa Atzwanger;

- dei verbali della commissione tecnica dd. 26.6.2007 e 23.7.2007;
- del bando di gara dd. 4.5.2007 e del relativo disciplinare;
- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente nonché di eventuali atti ulteriori non noti ed in particolare dell'aggiudicazione definitiva eventualmente disposta e dell'eventuale atto di affido dei lavori anteriormente alla stipulazione del contratto, nonché del contratto nel frattempo stipulato - provvedimenti impugnati.

Con motivi aggiunti depositati in data 2.1.2008:

- del verbale della Commissione d'appalto dd. 23.7.2007 e del contratto d'appalto dd. 8.8.2007, depositati in giudizio dall'amministrazione resistente in data 19.11.2007, rispettivamente sub doc.ti 3b) e 8).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Terzano;

Visto il ricorso con motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2009 il consigliere Hans Zelger e uditi per le parti i difensori, l'avv. A. Tita per la ricorrente e l'avv. B. Zozin per il Comune di Terzano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Sono impugnati i provvedimenti, meglio specificati in epigrafe, con i quali è stata disposta l'aggiudicazione della *“fornitura e montaggio di un impianto di teleriscaldamento”* a favore dell'impresa Atzwanger s.p.a.

Con bando di gara dd. 04.05.2007 il Comune di Terlano indiceva una procedura aperta per l'affidamento in appalto della *“fornitura e montaggio di un impianto di teleriscaldamento”*. L'importo a base d'asta ammontava a Euro 335.152,50.-. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei seguenti criteri: prezzo (40%), qualità (35%), funzionalità (25%). Il punteggio massimo (per qualità e funzionalità) veniva assegnato alla controinteressata Atzwanger s.p.a., e precisamente 57 punti totali, di cui 32 per la qualità e 25 per la funzionalità; al secondo posto si collocava l'Impresa Holländer con 21 punti totali, di cui 9 per la qualità e 12 per la funzionalità. Terminata la valutazione delle offerte tecniche, l'autorità di gara provvedeva all'apertura delle offerte economiche, assegnando il punteggio massimo (40 punti) all'Impresa Holländer, autrice del maggior ribasso. All'esito dalla sommatoria dei punteggi dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, risultava vincitrice l'Impresa Atzwanger col punteggio complessivo di 86,45 punti (di cui 57 per l'offerta tecnica e 29,45 per l'offerta economica), mentre al secondo posto finale si collocava la ricorrente Impresa Holländer col punteggio complessivo di 61 punti (di cui 21 per l'offerta tecnica e 40 per l'offerta economica).

La ricorrente ritiene che il complessivo operato della stazione

appaltante risulti illegittimo, dal momento che il punteggio tecnico attribuito alla stessa dalla commissione di gara non risulterebbe congruo, e deduce i seguenti motivi di impugnazione:

“Violazione di legge – mancata e/o erronea applicazione dell’art. 68 del D.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis.

Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, ingiustizia manifesta, illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà.

Violazione dei principi di par condicio e di libera concorrenza tra imprese.”

Si è costituito in giudizio il Comune di Terlano chiedendo il rigetto del ricorso, siccome infondato.

La controinteressata Atzwanger S.p.A. non si è costituita.

La ricorrente deduce che il bando di gara violerebbe i disposti dell’art. 68 del D. lgs. n. 163 (codice degli appalti) in base al quale le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all’apertura dei contratti pubblici alla concorrenza. Nel caso di specie, invece, taluni particolari tecnici della fornitura, per il dettaglio con cui sono descritti (in termini di misura e/o potenza), non potrebbero che intendersi riferiti ad un unico fornitore (Schmidt). La censura non sarebbe volta tanto a contestare l'impossibilità per i concorrenti di offrire un sistema diverso da quello descritto nei documenti di gara, pena l'esclusione dalla stessa, bensì a rilevare come *"l'offerta di componentistica di qualsivoglia altro fornitore comporta inevitabilmente l'attribuzione di un punteggio penalizzante"* come appunto sarebbe avvenuto per l'Impresa

Holländer.

Per cui, rimanendo, ai fini di una decisione da parte di questo Collegio, perplessità in relazione alla descrizione del prodotto da fornire nel senso che qualsiasi altro prodotto che non sia rispondente a quello della ditta sopra indicata, a parità di funzionamento e di rendimento, verrebbe penalizzato in sede di valutazione tecnica, è stata disposta con ordinanza n. 21 del 30.3.2009, una consulenza tecnica d'ufficio per il chiarimento della situazione di fatto sottesa al ricorso in esame e precisamente sui seguenti quesiti:

“1. Le specifiche tecniche descritte nel bando di gara e nel relativo disciplinare si riferiscono a un preciso prodotto di un determinato produttore?”

2. Tale descrizione ha per conseguenza che altri offerenti, fornitori di prodotti equivalenti, sia in relazione al funzionamento sia in relazione al rendimento verrebbero penalizzati in sede di valutazione tecnica?”

Quale CTU era stato nominato il dott. ing. Pietro Calò, sostituito successivamente con Decreto del Giudice delegato dd. 6.4.2009 con il dott. ing. Erwin Mumelter il quale ha depositato in data 21.7.2009 la richiesta relazione tecnica.

In data 17.9.2009 è stata depositata, inoltre, una relazione tecnica del consulente di parte resistente, dott. ing. Antonio Seppi.

Con le memorie conclusive le parti controbattono le rispettive tesi avversarie.

All'udienza pubblica del 7 ottobre 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 20.10.2009 è stato pubblicato, ai sensi dell'art. 4 della L. n. 205/2000, il dispositivo della sentenza mediante deposito in segreteria.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1. La ricorrente deduce che, come già meglio esposto in fatto, il bando di gara violerebbe i disposti dell'art. 68 del D. lgs. n. 163 (codice degli appalti) in base al quale le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza. Nel caso di specie, invece, taluni particolari tecnici della fornitura, per il dettaglio con cui sono descritti (in termini di misura e/o potenza), non potrebbero che intendersi riferite ad un unico fornitore (Schmidt). La censura non sarebbe volta tanto a contestare l'impossibilità per i concorrenti di offrire un sistema diverso da quello descritto nei documenti di gara, pena l'esclusione dalla stessa, bensì a rilevare come *"l'offerta di componentistica di qualsivoglia altro fornitore comporta inevitabilmente l'attribuzione di un punteggio penalizzante"* come appunto sarebbe avvenuto per l'Impresa Holländer.

2. Al fine di accertare tale asserzione della ricorrente questo Tribunale ha disposto apposita consulenza tecnica affinché possa essere accertato se la stazione appaltante abbia travalicato i limiti di discrezionalità tecnica in modo tale che i provvedimenti impugnati possono essere sindacati dal Giudice amministrativo.

3. Il CTU ha risposto puntualmente ai quesiti, meglio descritti sopra, posti da questo Tribunale precisando quanto segue:

“Risposta al quesito 1: Il progetto dell'impianto appaltato è stato impostato su un impianto dotato di una caldaia a combustione di cippato di legna, impianto con tipologie leggermente fuori dal comune, completo di tutti gli accessori necessari. Il relativo capitolato d'appalto presentò diverse incongruenze tra il testo tedesco e quello italiano ed ha riportato alcuni elementi caratteristici specifici per una determinata marca di caldaia del tipo facilmente da intuire, dalle misure, dalle prestazioni, dalle sigle introdotte nei testi, dal colore previsto per la camicia e dallo scambiatore di calore aggiuntivo, che normalmente non viene inserito su impianti di potenzialità così piccola come nel caso presente (< 1,5 MW). In commercio si trovano anche caldaie di altri costruttori che soddisfano le stesse o almeno equivalenti caratteristiche qualitative e funzionali, con componenti ed accessori poco differenti tra di loro. Esistono comunque in commercio dei prodotti con caratteristiche simili, compreso anche lo scambiatore (economizzatore), quindi non era obbligatorio offrire la caldaia descritta.

Risposta al quesito 2: Delle cinque imprese partecipanti alla gara due hanno proposto il prodotto descritto dal progettista nel capitolato, fra cui il vincitore della gara e chiamato in causa ed un concorrente non valutato dalla Commissione per mancanza di schede tecniche dettagliate. Un altro concorrente ha invece offerto un prodotto dotato di economizzatore come previsto dal capitolato, mentre gli altri due, fra cui anche il ricorrente, hanno offerto impianti con caratteristiche generali idonee ed equivalenti, ma privi di economizzatore e con dettagli e particolari leggermente diversi.

La Commissione di aggiudicazione istituita dalla resistente ha predisposto una

scheda tecnica tabellare assegnando ad ogni articolo del capitolato dei punteggi massimi per qualità e funzionalità. Già i punteggi massimi assegnati alle voci non hanno tenuto conto del loro costo e della loro importanza per l'impianto, assegnando in proporzione maggiori punteggi agli articoli meno determinanti per qualità e funzionalità dell'impianto. Dall'analisi della tabella poi compilata dalla Commissione dopo l'apertura delle buste tecniche per tutti i concorrenti (doc. 4 del fascicolo della ricorrente) è emerso che i punteggi assegnati nella maggior parte degli articoli non hanno tenuto conto delle informazioni contenute nelle schede tecniche consegnate con le offerte dei concorrenti perdenti, risultando le varie valutazioni generalmente estremamente basse e penalizzanti, con gravi omissioni di verifica del materiale tecnico consegnato, nonostante l'evidente e documentabile equivalenza tecnica di parecchi componenti degli altri impianti offerti. La Commissione ha assegnato un punteggio tecnico per qualità e funzionalità di rispettivamente 0, 20 e 21 punti per i concorrenti perdenti contro i 57 punti dell'impresa aggiudicatrice. Tale differenza risulta assolutamente ingiustificabile, tanto più che alcuni prodotti offerti hanno caratteristiche tecniche e di qualità equivalenti se non addirittura superiori al prodotto poi installato. L'esito della gara d'appalto per l'impianto di teleriscaldamento di Terlano e la relativa graduatoria non hanno rispettato quindi la qualità e la funzionalità effettiva di tutti gli impianti offerti.”

4. Il Collegio può, quindi, desumere dalla risposta data dal CTU al quesito n. 1 che il bando di gara prevedeva sí un prodotto con caratteristiche specifiche riferibili ad una marca di caldaia del tipo facilmente da intuire, ma che, esistono comunque in commercio altri prodotti con caratteristiche simili e che, quindi, non era obbligatorio offrire la caldaia descritta (da attribuire ad una specifica marca) nel

bando di gara.

5. Dalla risposta al quesito n. 2 emerge, però, che alla ricorrente sono stati attribuiti punteggi per la qualità e la funzionalità del prodotto offerto talmente bassi che la differenza confrontata con il punteggio assegnato all'aggiudicataria risulta "assolutamente ingiustificabile, tanto più che alcuni prodotti offerti avrebbero caratteristiche tecniche e di qualità equivalenti se non addirittura superiori ai prodotti offerti dalla contro interessata".

6. Il Collegio ritiene che la parte resistente, depositando una relazione di un consulente tecnico da essa incaricato, non controbatta le tesi e gli accertamenti del CTU, specialmente in relazione alle posizioni determinanti per l'assegnazione del punteggio tecnico e di funzionalità. Infatti, non convincono le giustificazioni contenute nella relazione del CTP a conferma dell'attribuzione dei punteggi assegnati dalla Commissione tecnica alla controinteressata (57 punti contro 21 punti).

7. Chiarita l'attribuzione del punteggio per le offerte tecniche è d'obbligo esaminare la questione se tale attribuzione dei punteggi rientri nella discrezionalità tecnica attribuita alla stazione appaltante con la conseguenza che sarebbe, pertanto, inibito al Giudice amministrativo sindacare tali decisioni.

Il principio, sviluppato in giurisprudenza, secondo il quale non compete al giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, di basare il proprio convincimento su considerazioni che entrano nel merito delle scelte operate da organi

dotati di potere tecnico discrezionale, non preclude né sul piano sostanziale né su quello probatorio, al giudice di sottoporre ad analisi, anche con l'apporto di elementi documentali esterni, ovvero, servendosi dell'istituto del CTU, il procedimento seguito dall'amministrazione, al fine di verificare se siano ravvisabili elementi sintomatici della sussistenza di uno dei tre vizi di legittimità formale e sostanziale (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) che della discrezionalità - sia di quella c.d. amministrativa, sia di quella c.d. tecnica - costituiscono il limite.

8. Nel caso di specie, non si tratta di riesaminare il merito della valutazione espressa dalla commissione di gara, ossia della commissione tecnica, nel giudicare la qualità e la funzionalità degli impianti offerti dalle partecipanti alla gara, ma di verificare se tale giudizio sia il frutto di un ragionamento fondato su dati obiettivamente riscontrabili e condotto secondo i canoni della logica e razionalità. Da tali analisi, eseguite ed elaborate dal Consulente tecnico d'Ufficio, è risultato che il giudizio espresso dalla commissione è risultato viziato non solo da contraddittorietà, perché i dati documentali impiegati derivavano da informazioni contraddette da altri dati ufficiali, ma da illogicità poiché non poteva attribuirsi all'opinione soggettiva dei singoli commissari un valore oggettivo che solo poteva nascere da un procedimento di accertamento delle informazioni contenute nelle schede tecniche consegnate con le offerte effettuato mediante metodi oggettivi di rilevazione. (Consiglio Stato, sez. V, 15 marzo 2006, n. 1365).

Tale potere di verificare e valutare eventuali contraddittorietà emergenti dagli esiti della consulenza tecnica d'ufficio e da quelli degli altri giudizi tecnici acquisiti nel corso dell'istruttoria non è, inoltre, inibito al Giudice Amministrativo neanche qualora vengano in rilievo accertamenti meramente tecnici che non presentano margini di discrezionalità e opinabilità.

9. Per queste considerazioni il ricorso merita accoglimento in quanto dalla documentazione depositata e dall'istruttoria disposta da questo Tribunale Amministrativo, la differenza dei punteggi attribuiti per qualità e funzionalità all'aggiudicataria (57 punti) e alla ricorrente (21 punti), è risultata assolutamente ingiustificabile, tanto più che il CTU si è espresso nel senso che alcuni prodotti offerti dalla ricorrente avrebbero "caratteristiche tecniche e di qualità equivalenti se non addirittura superiori" al prodotto offerto dall'aggiudicataria.

L'accoglimento del ricorso comporta, quindi, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, eccettuato il contratto d'appalto il cui esame rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, con i quali sono stati attribuiti alla controinteressata i punteggi per l'offerta e disposta l'aggiudicazione della fornitura.

10. In tale caso la ricorrente richiede il risarcimento in forma specifica, cioè l'aggiudicazione dell'appalto, oggetto della presente vertenza. Risultando, però, dagli atti di processo che è venuta meno, stante l'intervenuta integrale esecuzione dell'impianto, la possibilità di risarcimento del danno in forma specifica, questo Collegio dovrà esaminare la richiesta risarcitoria per equivalente dedotta in via

subordinata dalla ricorrente.

11. Ai fini della liquidazione del risarcimento danni, deve applicarsi il principio di cui all'art. 2043 c.c., per il quale sono risarcibili i danni derivanti in via immediata e diretta dalla condotta illecita della Pubblica Amministrazione. Però, il risarcimento del danno a carico della Pubblica Amministrazione non può ritenersi come un semplice effetto automatico dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, richiedendo esso, invece, la presenza di una verifica positiva degli specifici requisiti previsti, e cioè,

- a) la lesione della posizione giuridica soggettiva tutelata,
- b) l'esistenza di un danno patrimoniale ingiusto,
- c) il nesso causale tra l'illecito compiuto e il danno subito, atteso che il ricorso giurisdizionale è diretto naturalmente a conseguire la riparazione integrale della concreta situazione giuridica rimasta pregiudicata, cosicché il ricorso all'azione risarcitoria è possibile soltanto quando - nonostante l'annullamento dell'atto e la nuova attività amministrativa volta all'adozione di altro atto che soddisfi l'interesse del privato - sussistano ancora conseguenze pregiudizievoli in capo all'interessato, gravando in tal caso, però, su chi assume di essere stato danneggiato l'onere ex art. 2697 c.c. di fornire
- d) la necessaria prova circa la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c.

Consegue da ciò che chi propone ricorso con domanda risarcitoria è tenuto a dimostrare che anche dopo l'annullamento dell'atto contestato a lui non favorevole sussista ancora nei suoi confronti un

pregiudizio derivante dalla condotta della P.A. e che tale condotta sia caratterizzata dall'elemento della colpa.

Ora, nel caso in questione, sussistono i presupposti in relazione ai requisiti di cui ai punti da a) a c) sopra specificati e cioè la lesione della posizione giuridica soggettiva tutelata, l'esistenza di un danno patrimoniale ingiusto, il nesso causale.

In effetti, vista la differenza ingiustificata dell'attribuzione dei punti di valutazione tecnica dell'offerta emerge che la ricorrente avrebbe avuto buone probabilità di vedersi aggiudicata la fornitura, dato che, nonostante un minor punteggio di ben 36 punti per la parte tecnica rispetto all'aggiudicataria (57 punti aggiudicataria e 21 punti ricorrente) aveva raggiunto 40 punti per l'offerta economica contro i 29,45 punti assegnati all'aggiudicataria.

12. Ai fini della liquidazione del risarcimento dei danni deve applicarsi, come già detto sopra, il principio di cui all'art. 2043 c.c., per il quale sono risarcibili i danni derivanti in via immediata e diretta dalla condotta illecita e il risarcimento del danno a carico della p.a. non può ritenersi come un semplice effetto automatico dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, richiedendo esso, invece, la presenza di una verifica positiva degli specifici requisiti degli elementi costitutivi della responsabilità dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c.. Conseguenza da ciò che chi propone ricorso con domanda risarcitoria è tenuto tanto a dimostrare che anche dopo l'annullamento dell'atto contestato a lui non favorevole sussista ancora nei suoi confronti un pregiudizio derivante

dalla condotta della p.a. e che tale condotta sia caratterizzata dall'elemento della colpa (Consiglio Stato, sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4689).

In tale ottica il privato danneggiato, ancorché onerato della dimostrazione della colpa dell'Amministrazione, risulta agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari, quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione amministrativa, l'univocità della normativa di riferimento e il proprio apporto partecipativo al procedimento.

Invero, la colpa dell'organo amministrativo (e non delle singole persone fisiche) ricorre tutte le volte in cui la illegittimità del provvedimento si ponga in rapporto con la volontà dello stesso organo attraverso il carattere negligente, imprudente o imperito del suo agire nel caso concreto. Però, l'imputazione della responsabilità nei confronti della Pubblica Amministrazione non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, giacché ciò si risolverebbe in un'inammissibile presunzione di colpa, ma comporta, invece, l'accertamento in concreto della colpa dell'amministrazione, che è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali in punto di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza (cfr. Cons. Stato, Sez.

V, 8 settembre 2008, n.4242).

Con riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, questo Tribunale Amministrativo ha già aderito, in precedenti decisioni, a quell'orientamento favorevole a restare all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, (TAR Bolzano n. 285 del del 4.8.2009, n. 5 del 8.1.2007, n. 168 del 8.5.2007, Cons. Stato, VI, 23 giugno 2006 n. 3981; 9 novembre 2006 n. 6607; IV, 6 luglio 2004 n. 5012; 10 agosto 2004 n. 5500).

13. Per quanto concerne, dunque, l'elemento soggettivo, sulla base dei richiamati precedenti giurisprudenziali, va ribadito che non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a.. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del

provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Si deve, peraltro, tenere presente che molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, inerenti alla difficoltà interpretativa che ha causato la violazione; in simili casi il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla quaestio iuris, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio *iura novit curia*.

14. Spetta, quindi, al giudice valutare, in relazione ad ogni singola fattispecie, la configurabilità concreta della colpa, che spetta poi all'amministrazione superare; inoltre, in assenza di discrezionalità o in presenza di margini ridotti di essa, le presunzioni semplici di colpevolezza saranno più facilmente configurabili, mentre in presenza di ampi poteri discrezionali ed in assenza di specifici elementi presuntivi, sarà necessario uno sforzo probatorio ulteriore, gravante sul danneggiato, che potrà ad esempio allegare la mancata valutazione

degli apporti resi nella fase partecipativa del procedimento o che avrebbe potuto rendere se la partecipazione non è stata consentita.

15. Nel caso di specie, però, l'amministrazione ha attribuito i punteggi per la valutazione dell'offerta tecnica violando lo stesso bando da essa predisposto e i principi delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali (art. 97) in punto di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n.4242).

Si è trattato, quindi, di un comportamento, che in alcun modo può essere ritenuto scusabile e ciò conduce a ritenere sussistente l'elemento della colpa dell'amministrazione resistente.

16. Sotto il profilo della quantificazione del danno, la ricorrente ha indicato il criterio del 10 % dell'offerta presentata, quale mancato utile che l'impresa avrebbe tratto dall'aggiudicazione dell'appalto.

La giurisprudenza, però, è orientata nel senso che il danno derivante ad un'impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito (10 %), solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento

di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile (Cons. Stato, V, 24 ottobre 2002 n. 5860; VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

In applicazione di detto principio, però, considerando che la ricorrente avrebbe avuto buone probabilità di vedersi assegnato l'appalto, questo Collegio ritiene che il danno risarcibile per la perdita della chance possa essere fissato in via equitativa applicando una percentuale ridotta al 5 % dell'importo offerto, cioè nell'importo di € 11.891,85 (5 % di euro 237.837,30).

Tale somma deve intendersi già attualizzata e deve essere aumentata, in via equitativa, ad Euro 13.000,00 in considerazione dell'ulteriore danno, consistente nell'incidenza del mancato svolgimento del rapporto con la p.a. sui requisiti di qualificazione e di valutazione, invocabili in successive gare (cfr., sempre, Cons. Stato, VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

17. L'amministrazione, dunque, va condannata al risarcimento del danno, quantificato nella complessiva somma di euro 13.000,00, oltre agli interessi legali dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

Alla soccombenza dell'amministrazione seguono le spese di giudizio, mentre le stesse devono essere compensate con la controinteressata Atzwanger s.p.a., non costituitasi.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione

Autonoma di Bolzano – disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei limiti di cui in motivazione e condanna l'amministrazione al risarcimento del danno alla parte ricorrente nell'ammontare di Euro 13.000,00.- (tredicimila) meglio specificato in parte motiva.

Condanna l'amministrazione resistente alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio, quantificate in Euro 5.000,00, oltre IVA, CAP e contributo unificato, compensando le spese con la controinteressata.

Il pagamento dell'onorario spettante al CTU, dott. Ing. Erwin Mumelter, che viene liquidato nell'importo complessivo di Euro 1.392,46 più il 2% per cassa previdenza e IVA, va posto a carico dell'Amministrazione soccombente.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Margit Falk Ebner, Presidente

Luigi Mosna, Consigliere

Marina Rossi Dordi, Consigliere

Hans Zelger, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO