



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, numero di registro generale 1249 del 2003,
proposto da:

Ecologia Soluzione Ambiente s.p.a. a Socio Unico (già s.r.l.), in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Coli e
Francesco Massimo Pozzi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in
Firenze, lungarno A. Vespucci n. 20;

contro

Azienda Speciale Municipalizzata Igiene Urbana-A.S.M.I.U., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Natale Giallongo, con
domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Firenze, via Vittorio Alfieri n.
19;

nei confronti di

Plastici Omnium Lander s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituita
con Tecnoambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Pietrosanti e Marzia B. Reginato, con
domicilio eletto presso l'avv. Luca Bencini in Firenze, lungarno Corsini n.2;

per l'annullamento,

previa sospensione,

1) quanto al ricorso:

degli atti di gara, mediante procedura ristretta, relativi all'affidamento da parte dell'ASMIU di Massa dell'appalto di fornitura di cassonetti per la raccolta RSU e del servizio di manutenzione integrata e in particolare:

- del bando di gara pubblicato in data 14.03.2003;
- della delibera n. 43 del 14.03.2003 del Consiglio di Amministrazione ASMIU di Massa, di costituzione della Commissione di Gara;
- della lettera di invito del 11.04.2003 n. prot. 1177/DM;
- del verbale di assegnazione provvisoria eretto dalla Commissione aggiudicatrice in data 29.04.2003;

della deliberazione n. 73 del 06.05.2003 del Consiglio di Amministrazione ASMIU di Massa, di aggiudicazione definitiva;

- della comunicazione del Direttore Generale dell'ASMIU di Massa del 14.05.2003 n. prot. 1435/EB;
- del "contratto di appalto avente ad oggetto la locazione e la manutenzione integrata dei cassonetti per la raccolta R.S.U. per una volumetria complessiva di 2.248.000 litri", stipulato in data 16.06.2003 dall'ASMIU e dalla ATI tra Plastic Omnium Lander s.p.a. e Tecnoambiente s.r.l.;
- di tutti gli atti dagli stessi presupposti o agli stessi successivi;

2) quanto ai motivi aggiunti depositati il 2 ottobre 2003:

del provvedimento contenuto nel verbale eretto in data 4.4.2003 dalla Commissione di Gara, conosciuto dalla ricorrente soltanto a seguito della produzione agli atti di giudizio in data 28.7.2003, mediante il quale alcuni componenti della Commissione hanno stabilito "i criteri di assegnazione dei punteggi da attribuire alle ditte che presenteranno le offerte".

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Viste le memorie di costituzione in giudizio dell'Azienda Speciale Municipalizzata Igiene Urbana-A.S.M.I.U. e della Plastic Omnium Lander spa, con la relativa documentazione;

Visti i motivi aggiunti notificati dalla ricorrente;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 4 giugno 2010 il Primo Referendario Ivo Corrales e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 16 luglio 2003 e depositato il successivo 21 luglio, la società indicata in epigrafe specificava di avere partecipato alla gara mediante procedura ristretta accelerata per l'affidamento di un appalto di fornitura di cassonetti relativi alla raccolta di RSU e del servizio di manutenzione integrata, indetta dall'Azienda Municipalizzata di Igiene Urbana di Massa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La relativa Commissione di gara si riuniva in data 29 aprile 2003 ed aggiudicava provvisoriamente l'appalto alla Plastic Omnium Lander spa, la quale otteneva poi l'aggiudicazione definitiva con delibera del Consiglio di Amministrazione del 6 maggio 2003.

La ricorrente, seconda classificata, chiedeva l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti indicati in epigrafe, lamentando quanto segue.

“A) Violazione di legge. Violazione del principio secondo il quale la Commissione di Gara deve rivestire posizione di terzietà. Violazione dei principi di correttezza, imparzialità, trasparenza e

buon andamento dell'amministrazione. Violazione dei principi materia di composizione della Commissione di Gara”.

I principi generali applicabili in argomento, come attestato da giurisprudenza richiamata, non risultavano osservati nel caso di specie, in quanto uno dei membri della commissione di gara era anche membro del consiglio di amministrazione ASMIU ed aveva partecipato alla deliberazione del medesimo consiglio in ordine all'approvazione dei verbali di Garda e all'aggiudicazione definitiva del servizio; il presidente della commissione stessa era il direttore generale dell'ASMIU ed aveva partecipato, in tale veste, alla riunione in cui era stata deliberata l'aggiudicazione del servizio; la commissione di gara era composta in prevalenza da dipendenti e da un consigliere di amministrazione della stessa ASMIU.

Di conseguenza erano illegittimi l'atto di nomina della commissione e tutti gli atti dalla stessa posti in essere nell'ambito della procedura di gara in questione.

Inoltre, nella commissione di gara era presente anche un “consulente legale” che dava la sua assistenza pur non essendo componente del collegio che doveva pronunciarsi e che doveva avere al suo interno la totalità delle competenze richieste.

‘B) Violazione di legge. Violazione dell’art. 23 del d.lgs. 17.3.1995 n. 157. Violazione dei principi di correttezza, imparzialità, trasparenza, buon andamento dell’amministrazione. Violazione dei principi di ‘par condicio’ tra i concorrenti. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della carenza di motivazione, della contraddittorietà, irrazionalità, perplessità. Violazione della ‘lex specialis’ costituita dal capitolato oneri, richiamato nella lettera d’invito”.

La ricorrente ricordava che la giurisprudenza aveva avuto occasione di precisare che la norma richiamata rubrica non doveva essere interpretata in modo rigido, essendo ammissibile per la commissione introdurre alcuni elementi di specificazione e integrazione dei criteri fissati nella legge di gara ma tale attività

doveva comunque essere integralmente svolta in un momento anteriore all'apertura delle buste contenenti le offerte.

Nel caso di specie, la legge di gara prevedeva una ripartizione del punteggio massimo complessivo di 100 punti fondata su quattro elementi principali, quali: a) criteri economici (max 40 punti); b) criteri tecnici (max 35 punti); c) criteri organizzativi (max 20 punti); d) referenze (max 5 punti).

Tale ripartizione generale non era comunque accompagnata da specifici criteri di ponderazione degli stessi nell'ambito del "range" tra punteggio minimo e punteggio massimo e già tale caratteristica consentiva di affermarne l'illegittimità sotto tale profilo.

Inoltre, nel corso del procedimento condotto dalla commissione di gara, erano emerse altre illegittimità in quanto, nell'unica seduta del 29 aprile 2003, risultava come prima operazione l'apertura delle buste contenenti le offerte presentate dai partecipanti e solo successivamente, in seduta riservata, la determinazione dei criteri di valutazione e ponderazione relativi all'attribuzione dello specifico punteggio, come risultava dalla relativo verbale.

In relazione alla valutazione dei criteri tecnici, poi, la commissione aveva escluso la gran parte dei criteri la cui documentazione era richiesta come imprescindibile dal capitolato d'oneri, con ciò limitando ulteriormente la propria discrezionalità in una fase in cui le offerte dei concorrenti erano già note. In particolare, in relazione alla ripartizione del capitolato d'oneri concernente gli argomenti da indicare nell'offerta tecnica, quelli contraddistinti dalle lettere b1), b4)-b9) non risultavano valutati mentre risultavano solo parzialmente valutati quelli di cui alle lettere b2) e b3) e integralmente valutato soltanto quello di cui alla lettera b10). Era inoltre introdotto in via autonoma un sub criterio, relativo alla capacità dei cassonetti, che non era previsto nel capitolato, ed era stata data prevalenza al materiale dei cassonetti proposto dall'aggiudicataria senza che la legge di gara indicasse criteri in relazione

ai quali dare luogo a tale giudizio generico di preferenza, tenuto conto che anche i cassonetti proposti dalla società ricorrente rispondevano perfettamente a tutti i requisiti previsti dal capitolato.

Anche in relazione ai criteri organizzativi risultava una ripartizione in sub criteri, che aveva dato luogo ad un punteggio frazionato, del tutto estranea ai criteri definiti dal capitolato perché ricalcavano, in sostanza, quanto descritto nei criteri tecnici ai punti b4) e b5), così che risultava il trasporto di ben 10 dei 20 punti previsti dal capitolato per i criteri organizzativi nell'ambito dei criteri tecnici, finendo per attribuire a questa componente un punteggio pari a 45 punti, in totale spregio dei parametri di ponderazione e valutazione indicati nello stesso capitolato. Risultava, infine, un'evidente contraddittorietà tra il testo del verbale, dove si affermava che 20 punti sarebbero stati assegnati ad entrambe le partecipanti, e la tabella allegata da cui emergeva che all'aggiudicataria erano stati assegnati soltanto 16 punti contro i 20 assegnati alla ricorrente.

“C) Violazione di legge. Violazione dell'art. 23 del d.lgs. 157/92. Violazione della 'lex specialis' costituita dal capitolato donne di, richiamata dalla lettera di invito, in relazione al criterio 'referenze'”.

La società ricorrente aveva puntualmente documentato, mediante certificazioni delle stazioni appaltanti, la regolare esecuzione di locazioni, manutenzioni, lavaggi e santificazioni dei contenitori per la raccolta di RSU per un importo superiore ai 500.000 euro nel triennio 2000-2002 ma la commissione di gara aveva limitato la considerazione soltanto ai casi in cui tali attività si riferivano a contenitori per rifiuti prodotti direttamente dal concorrente, senza che tale limitazione fosse prevista dal capitolato, con conseguente illegittima attribuzione di punti 0.

“D) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10, comma 8 e 9, del d.lgs 157/95. Eccesso di potere per difetto di presupposti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della legge

241/90. Eccesso di potere per carenza e/o insufficienza di motivazione. Violazione del principio della trasparenza dell'azione amministrativa”.

I termini previsti dalla normativa evidenziata in rubrica potevano essere ridotti esclusivamente precisando del bando di gara le ragioni di urgenza ma nel caso di specie non era illustrato per quale ragione si era provveduto ad una licitazione privata accelerata, se non una indicando l'esigenza di disporre dei servizi nonché della fornitura entro il 31 agosto 2003, senza però chiarire perché fosse stata prescelta proprio tale data e non altra, con conseguente violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

“E) Violazione del principio generale di ‘par condicio’ tre partecipanti ad una gara d'appalto. Violazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, ex art. 97 Cost. Eccesso di potere per disparità di trattamento”.

Richiamando la differenza di contenuto tra bando di gara e lettera d'invito, la società ricorrente rilevava che eventuali ulteriori prescrizioni aggiunte non dovevano imporre eccessivi oneri per i partecipanti mentre risultava inserito un requisito tecnico ulteriore rispetto a quelli già previsti nel bando di gara, laddove l'art. 2, lett. b.2) del capitolato d'oneri richiedeva per la prima volta la dichiarazione di essere produttori di cassonetti. Ciò alterava la “par condicio” dei concorrenti, obbligando chi non fosse anche produttore ad un'associazione temporanea di imprese nei brevi termini indicati per la ricezione dell'offerta, e inoltre causava un pregiudizio alla stessa Amministrazione, limitando il numero di imprese partecipanti e la possibile convenienza dell'offerta.

“F) Violazione e/o falsa applicazione della Direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989. Violazione e/o falsa applicazione della Circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 10 marzo 2003, n. 2107. Violazione del diritto di difesa e del diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. Violazione del principio di trasparenza e controllabilità dell'attività amministrativa. Eccesso di potere.”.

La stazione appaltante, nonostante le richieste della società ricorrente di non stipulare il contratto, aveva proceduto ugualmente, consentendo alla ricorrente stessa di avere copia degli atti di gara solo in un momento successivo, in spregio della normativa, anche di origine comunitaria, che imponeva un congruo termine per consentire alle società partecipanti e non aggiudicatrici di rappresentare in giudizio eventuali doglianze, al fine di consentire un'eventuale diversa aggiudicazione.

“G) Sulla caducazione automatica, sulla dichiarazione di nullità, sull'annullabilità del contratto stipulato dall'Amministrazione. Sul diritto al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica nell'aggiudicazione ovvero per l'equivalente”.

Richiamando il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui temi evidenziati in rubrica, la società ricorrente rimetteva alla decisione di questo Tribunale in ordine alle conseguenze sul contratto già stipulato ed insisteva nella richiesta di risarcimento del danno per reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente, anche secondo equità.

Si costituivano in giudizio l'ASMIU e l'aggiudicataria Plastic Omnium Lander spa, rilevando l'inammissibilità e/o infondatezza del ricorso.

Con motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati il 2 ottobre 2003, la società ricorrente, richiamando la circostanza di aver conosciuto solo in seguito alla costituzione in giudizio delle parti intimato il contenuto del verbale del 4 aprile 2003, ove alcuni componenti della commissione di gara avevano stabilito i criteri di assegnazione dei punteggi da attribuire alle ditte che presentavano le offerte, lamentava ulteriormente quanto segue, non senza prima aver sottolineato la tempestività dei motivi aggiunti in questione.

“J) Violazione di legge. Violazione del principio che impone alla commissione dichiara di operare quale collegio perfetto. Illegittimità dei provvedimenti assunti dalla commissione dichiara nella seduta del 4.4.2003. Illegittimità derivata da tutti provvedimenti successivi”.

Dalla lettura del suddetto verbale risultava che solo cinque dei sette componenti della commissione di gara avevano partecipato alla decisione in ordine all'individuazione dei criteri di assegnazione dei punteggi, risultando gli altri due componenti assenti per motivi di salute, ma ciò non era consentito in quanto la commissione di gara doveva operare nel pieno dei suoi componenti ogni qualvolta dava luogo ad operazioni di carattere valutativo.

‘K) Violazione di legge. Violazione dei principi di correttezza, imparzialità, trasparenza, buon andamento dell'amministrazione. Violazione dei principi di ‘par condicio’ tre concorrenti. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della carenza di motivazione, della contraddittorietà, irrazionalità, perplessità. Violazione della ‘lex specialis’ costituita dal capitolato d oneri, richiamato dalla lettera di invito’.

La lettera di invito recava la data dell'11 aprile 2003, posteriore a quella del 4 aprile 2003 in cui si era svolta la seduta sopra richiamata, ma era priva del richiamo a tale seduta ed ai criteri ivi individuati, limitandosi a richiamare la norma di cui all'art. 23, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 157/95 ed il capitolato d'oneri.

La semplice possibilità, quindi, che soltanto alcuni dei partecipanti fossero stati in grado di conoscere il contenuto della seduta del 4 aprile 2003 evidenziava l'illegittimità della gara.

‘L) Violazione di legge. Violazione della ‘lex specialis’ costituita dal capitolato oneri, richiamato dalla lettera di invito. Violazione dei principi di correttezza, imparzialità, trasparenza, buon andamento dell'amministrazione. Violazione dei principi di ‘par condicio’ tre concorrenti. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della carenza di motivazione, della contraddittorietà, irrazionalità, perplessità.’

La successiva comunicazione ai partecipanti della lettera di invito in data 11 aprile 2003 aveva privato di qualsivoglia effetto le disposizioni antecedenti con essa contrastanti, tra cui quelle originate nella richiamata seduta del 4 aprile 2003, con la conseguenza che la successiva decisione di riesumare quei criteri assunti in sede di

gara dopo che il contenuto delle offerte era già noto alla commissione era palesemente illegittima. Inoltre la stessa ricorrente ribadiva che anche in relazione ai criteri di cui al 4 aprile 2003, come già rilevato nel ricorso introduttivo, non risultavano considerati alcuni elementi desumibili dalla documentazione richiesta, riducendo i criteri tecnici di valutazione da 10 a 3.

Analoga illegittimità – secondo quanto già lamentato nel ricorso introduttivo – doveva ribadirsi in ordine alle modalità di attribuzione dei 20 punti relativi ai criteri organizzativi ed alla conseguente ripartizione in tre sub criteri, del tutto avulsi da quanto previsto in capitolato, nonché in ordine all’attribuzione del punteggio relativo alle “referenze”.

“M) Violazione di legge. Violazione dei principi di correttezza, imparzialità, trasparenza, buon andamento dell’amministrazione. Violazione dei principi di ‘par condicio’ tra concorrenti. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della carenza di motivazione, della contraddittorietà, l’irrazionalità, perplessità. Violazione della ‘lex specialis’ costituita dal capitolato d’onere di, richiamato dalla lettera di invito”.

La società ricorrente ribadiva che la commissione aveva utilizzato, in sede di disamina delle offerte, un criterio di valutazione e ponderazione per la determinazione dei punteggi ulteriore rispetto sia a quelli che era possibile leggere nel verbale del 4 aprile 2003 sia a quelli individuati nel capitolato d’onere, oltretutto determinato successivamente all’apertura delle buste contenenti le offerte delle concorrenti.

Inoltre, il verbale del 4 aprile 2003 individuava, tra i criteri tecnici, quello della “quantità del materiale” ma non specificava in alcun modo elementi che potessero individuare una gerarchia tra le varie possibili tipologie di materiale, così che all’aggiudicataria era stato possibile attribuire un punteggio prevalente sulla base della apodittica affermazione che “potesse essere la scelta giusta”, nonostante che

anche la società ricorrente avesse offerto materiale rispondente perfettamente a tutti i requisiti previsti dal capitolato.

Entrambe le parti intimare depositavano memorie a confutazione anche di tali motivi aggiunti in prossimità della camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare.

In particolare, l'ASMIU eccepiva l'irricevibilità dei motivi aggiunti in quanto risultava che la società ricorrente aveva acquisito piena conoscenza del verbale del 4 aprile 2003 già in seguito alla nota del 14 maggio 2003 con la quale l'Azienda, rispondendo alla richiesta di conoscere l'esito della gara formulata da Ecologia Soluzione Ambiente srl, specificava che l'assegnazione dei punteggi complessivi era venuta in base ai parametri precedentemente stabiliti dalla commissione stessa "*...v. verbale del 4 aprile 2003*", dando modo così alla stessa ricorrente di conoscere gli elementi essenziali dell'atto che ben poteva essere impugnato nei termini di decadenza.

Analoga eccezione era formulata anche nella memoria della società controinteressata.

La domanda cautelare, dopo un rinvio della prima camera di consiglio del 30 luglio 2003, era definitivamente rinunciata alla camera di consiglio del 22 ottobre 2003.

Con "Atto di costituzione a seguito di trasformazione societaria e contestuale dichiarazioni di permanere dell'interesse", depositato in data 20 luglio 2009, la società ricorrente, trasformatasi in data 11 marzo 2004 della forma societaria di società per azioni a socio unico, conferiva in questa forma nuovo mandato agli originari difensori e insisteva per l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti.

In prossimità dell'udienza pubblica, l'ASMIU depositava ulteriore memoria a sostegno delle proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 4 giugno 2010 la causa era trattenuta in decisione.

In data 16 giugno 2010 era pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Esaminando il ricorso introduttivo, il Collegio rileva che, con il primo motivo, la ricorrente contesta sostanzialmente la composizione della commissione di gara, ritenendo violato il principio generale di “terzietà”, in quanto la stessa era composta da due componenti che, in diversa veste, avevano anche partecipato alla deliberazione del consiglio di amministrazione che aveva adottato l’aggiudicazione definitiva, approvando i verbali di gara, nonché in prevalenza da dipendenti della stessa ASMIU e integrata da un componente esterno che aveva dato il suo apporto partecipativo.

La censura non può trovare accoglimento.

Il Collegio in merito osserva che la nomina della commissione di gara è stata effettuata con deliberazione n. 43, seduta n. 3, del 14 marzo 2003.

Preliminarmente, il Collegio osserva che non si rinviene prova documentale che la ricorrente abbia conosciuto proprio in tale data la composizione della commissione e che, quindi, doveva contestarla entro il successivo termine di decadenza (comunque erroneamente indicato nella data del 14 giugno 2003 invece che del 13 maggio 2003), come sostenuto dall’ASMIU nelle sue difese. Si ricorda, infatti, che l’onere probatorio è a carico di chi eccepisce la tardività e deve essere rigoroso e oggettivo (Cons. Stato, Sez. IV, 15.12.03, n. 8219).

Si ricorda, comunque, che nel procedimento di gara per l’aggiudicazione di contratti della P.A., il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice e gli atti da questa compiuti, avendo natura endoprocedimentale ed essendo quindi privi di effetti esterni, possono essere censurati solo in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento cui attengono (TAR Puglia, Ba, Sez. I, 5.5.03, n. 1886).

Ad ogni modo, risulta che a tale seduta non ha partecipato il Direttore Generale, nominato componente, il quale nemmeno partecipava alla votazione che portava

all'aggiudicazione definitiva alla Plastic Omnium Lander spa, con deliberazione n. 73, seduta n. 6, del 5 maggio 2003.

A ciò si aggiunga che uno dei componenti, il sig. Puccetti, identificato dalla ricorrente come dipendente dell'ASMIU, in realtà, come da relativa deliberazione del CdA. n. 190 del 7 novembre 2001, era semplicemente distaccato presso tale Azienda dalla società SAFI spa, per cui risulta che quattro membri su sette della commissione erano di provenienza esterna e non sussiste la violazione del principio di terzietà, secondo la prospettazione specifica della ricorrente.

Si evidenzia, in proposito, che la giurisprudenza ha chiarito che nei riguardi della composizione e del funzionamento delle commissioni di gara, il principio applicabile non è quello di "terzietà", che è proprio soltanto della funzione giurisdizionale, secondo cui il giudice deve essere sia come ufficio che come funzionario soggetto estraneo alla lite, ma quello di "imparzialità", che riguarda invece la corretta ed oggettiva applicazione della legalità formale e sostanziale che sottende l'operato della Pubblica amministrazione, peraltro sempre intesa siccome rivolta alla massimizzazione dell'interesse pubblico, che deve ritenersi rispettato anche nel caso in cui i commissari siano tutti membri interni della Stazione appaltante (TAR Campania, Na, Sez. I, 19.5.09, n. 2740). In tema di appalti pubblici, quindi, la commissione di gara può essere costituita da dipendenti della stazione appaltante, ognuno dei quali competente per alcuni aspetti oggetto di valutazione in sede di gara (TAR Piemonte, Sez. II, 22.5.07, n. 2223).

L'indipendenza dei componenti della commissione di gara, quindi, deve essere valutata essenzialmente con riguardo ai partecipanti alla gara stessa più che rispetto all'Amministrazione che la bandisce, della quale, anzi, essa, come organo straordinario, è chiamata a curare gli interessi (Cons. Stato, Sez. VI, 14.3.04, n. 1332).

Così pure non condivisibile è la censura tesa ad individuare nella presenza di componente esterno, quale esperto legale, la violazione del principio che vuole la commissione di gara pronunciarsi come “collegio perfetto” che deve possedere al proprio interno la totalità delle competenze necessarie per l’assolvimento della funzione demandatale.

Anche in quest’ottica il Collegio richiama le conclusioni giurisprudenziali, secondo cui non è impedita la nomina di consulenti esterni alla commissione di gara qualora ciò sia necessario per determinate circostanze tecniche e lo stesso non partecipi alla fase deliberativa (Cons. Stato, Sez. IV, 17.2.04, n. 631; TAR Calabria, Cz, Sez. I, 15.5.08, n. 481).

Nel caso di specie, risulta che la commissione di gara, sia nella seduta del 4 aprile 2003 sia in quella del successivo 29 aprile, non abbia visto integrata la sua composizione con l’inserimento dell’avv. Celi, la quale non ha partecipato a nessun momento deliberativo né ha sottoscritto il verbale come componente della commissione in questione, a cui ha soltanto fornito “assistenza legale” come ivi specificato.

La caratteristica di “collegio perfetto” riconducibile alla commissione di gara, inoltre, non deve essere intesa – come ritenuto dalla ricorrente – nel senso che la stessa deve operare possedendo al proprio interno la totalità delle competenze necessarie ma nel senso, semmai, che la stessa deve deliberare con la presenza di tutti i componenti, secondo quanto sarà ulteriormente sviluppato in prosieguo in relazione a successivi motivi di ricorso.

Parimenti infondata – per quanto emerso dalle risultanze documentali - appare la prima censura di cui al secondo motivo, con la quale la ricorrente lamenta che la commissione di gara ha introdotto gli elementi di specificazione dei criteri fissati nel bando e nella lettera invito dopo aver conosciuto le offerte dei concorrenti, ferma restando l’illegittimità del capitolato che non specificava alcun elemento di

ponderazione e valutazione ai fini della concreta attribuzione del punteggio, indicato solo per 4 criteri principali nel massimo attribuibile.

In realtà, il Collegio rileva che nella seduta del 29 aprile 2003, il verbale sintetizzava le operazioni svolte facendo sì riferimento prima all'apertura delle buste ed alla successiva ripartizione del punteggio, come da tabella in calce allo stesso, ma ciò successivamente alla seduta del 4 aprile 2003, ove si riscontrava che solo tre ditte avevano inviato una documentazione ritenuta idonea e si provvedeva a formulare le relative lettere di invito, precisando che *“Successivamente sono stati stabiliti i criteri di assegnazione dei punteggi da attribuire alle ditte che presenteranno le offerte e più precisamente suddividendo come segue i parametri e i relativi punteggi...”*.

E' evidente, quindi, che i criteri di ponderazione e specificazione – indipendentemente dal loro contenuto che sarà oggetto di esame in relazione ai successivi motivi di ricorso – sono stati fissati in un momento anteriore a quello di apertura delle buste contenenti le offerte, addirittura prima dell'invio delle lettere di invito.

Né è condivisibile la censura in ordine all'illegittimità del capitolato per genericità, dato che, nel vigore del regime legislativo anteriore al d.lgs. n. 163/06 (TAR Lazio, Sez. I ter, 28.12.09, n. 13630 e TAR Campania, Sa, Sez. I, 26.5.09, n. 2646) applicabile al caso di specie “ratione temporis”, era consentito alla commissione di gara introdurre elementi di specificazione e integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte già indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito oppure fissare sottocriteri di adattamento di tali criteri o regole specifiche sulle modalità di valutazione (Cons. Stato, Sez. V, 22.2.10, n. 1029 e 12.2.08, n. 490; Sez. VI, 22.3.07, n. 1369).

Di conseguenza, non appare illegittima la legge di gara, nel regime ante d.lgs. n. 163/06, che contenga solo dei parametri di massima entro i quali la commissione di gara possa provvedere ad integrazioni e specificazioni.

Se però – in senso assoluto – è consentita l'integrazione in questione, è altrettanto necessario che la maggiore o minore ampiezza dei sottocriteri che la commissione di una gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto con la Pubblica amministrazione può legittimamente adottare prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, ad integrazione e specificazione dei criteri fissati dal bando, sia strettamente correlata a alla maggiore o minore genericità di questi ultimi, ma sempre con il limite del rispetto dei vincoli di cui alla “lex specialis” (TAR Puglia, Ba, Sez. I, 23.11.06, n. 4075). In sostanza, a maggior genericità dei criteri fissati nella legge di gara deve corrispondere maggiore impianto motivazionale delle modalità con cui la commissione provvede ad integrare detti criteri e, soprattutto, ad attribuire il relativo punteggio alle singole offerte.

In merito, riprendendo quanto sopra illustrato, deve evidenziarsi che l'attività integrativa della commissione di gara è dunque consentita con l'introduzione di sottocategorie o sottovoci o elementi di specificazione, ad integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte già indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, ma non può modificare i criteri di aggiudicazione individuati nella lex specialis di gara nè introdurre nuovi elementi di valutazione non previsti dal bando. (Cons. Stato, Sez. V, 22.2.10, n. 1029; Sez. VI, 15.3.04, n. 1332 e TAR Lazio, Sez. II, 21.6.05, n. 5158).

Tale osservazione deve collegarsi a quanto dedotto dalla società ricorrente con la seconda parte del motivo in esame, ove, prendendo a riferimento la scheda di valutazione allegata al verbale del 29 aprile 2003, lamenta che il punteggio relativo all'offerta tecnica era stato ripartito su soli tre criteri (qualità del materiale, produttore, altri parametri), i primi due dei quali a propria volta ripartiti in relazione alla capacità dei cassonetti, ad ognuno dei quali era attribuito un punteggio diverso senza che di tale modalità di ripartizione vi fosse traccia nel capitolato d'onori; in più – sosteneva sempre la ricorrente – non risultavano

valutati tutti i profili individuati nel capitolato in questione, nelle lettere b.1)-b.10), ed era aggiunto un profilo, legato alla capacità e materiale dei cassonetti, non considerato dalla legge di gara. Analoghe osservazioni critiche erano poi sollevate in ordine alla valutazione dei criteri organizzativi e, nel terzo motivo di ricorso, delle referenze.

Il Collegio, sul punto, ritiene quindi necessario esaminare preliminarmente la legge di gara.

Essa risultava composta: a) dal bando, ove era solo indicato, al punto 15, che i criteri per l'aggiudicazione erano quelli di cui all'art. 23, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 157/95, determinati tenendo conto dei criteri indicati nel capitolato d'oneri; b) dalla lettera di invito, ove nuovamente si faceva riferimento, al punto V, all'art. 23 cit. nonché al capitolato d'oneri; c) dal capitolato d'oneri, ove al punto 2.1 si specificava che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata a favore della ditta che presentava l'offerta economicamente più vantaggiosa, risultante dalla somma di 4 elementi, quali criteri economici (max 40 p), criteri tecnici (max 35 p), criteri organizzativi (max 20 p), referenze (max 5 p). In relazione al primo, era indicata una specifica formula, non in contestazione nella presente sede; in relazione al secondo, era specificato che la formulazione dell'offerta doveva riportare per capitoli separati rigorosamente 10 "argomenti", contraddistinti dalle lettere b.1)-b.10); in relazione al terzo erano indicati specifici "parametri" riguardanti la struttura societaria, l'organizzazione aziendale in materia di sicurezza, i servizi migliorativi proposti e il fatturato relativo agli anni 2000-02 nello specifico campo di locazione di cassonetti per raccolta RSU e relativa manutenzione integrata; in relazione al quarto era specificato che sarebbero stati valutati i servizi relativi alla manutenzione integrata dei cassonetti negli anni 2000-02.

A ciò si aggiungeva anche il capitolato d'appalto, che specificava che l'assuntore avrebbe dovuto fornire cassonetti per una volumetria complessiva di lt. 2.248.000

così suddivisi: n. 500 cassonetti verdi di plastica o materiale simile da lt. 3.200 e n. 270 cassonetti verdi di plastica o materiale simile da lt. 2.400. Erano poi specificate le caratteristiche tecniche di tali cassonetti, i servizi richiesti all'assuntore, le modalità di manutenzione, sostituzione, lavaggio e disinfestazione. Come si nota, era presente nella legge di gara un'articolata descrizione dei parametri di valutazione ma era assente, perché evidentemente demandata alla commissione, la specificazione del peso ponderale riconosciuto a ciascuno nell'ambito del "range" di 0-35, 0-20 e 0-5.

Prendendo a riferimento l'operato della commissione di gara, si sarebbe aspettata una specifica considerazione di ciascun parametro, con l'indicazione, sia descrittiva che solo anche numerica, del punteggio attribuibile per ciascun parametro individuato nel capitolato d'oneri (riferendosi il capitolato d'appalto allo svolgimento concreto della fornitura e correlato servizio di manutenzione).

Si ricorda, infatti, sempre nel vigore del regime di cui al d.lgs. n. 157/95, che la formulazione in termini solo numerici dell'attribuzione di punteggio nell'ipotesi di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa poteva essere considerata sufficiente a motivare la valutazione dell'offerta tecnica nell'ipotesi in cui la legge di gara espressamente predefiniva specifici, obiettivi e puntuali parametri di valutazione, considerato che tale criterio di aggiudicazione svincolava l'Amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale (Cons. Stato, Sez. V, 6.5.03, n. 2379 e 28.5.04, n. 3471; TAR Sicilia, Ct, Sez. III, 25.1.10, n. 81).

Esaminando il verbale del 4 aprile 2003, ove sono stati identificati i criteri di attribuzione del punteggio, si rileva che la commissione, in relazione ai criteri tecnici (max 35 p) si è limitata a specificare : *"...2) sono stati stabiliti criteri di ripartizione sulla qualità del materiale, la tipologia del cassonetto, la produzione diretta o meno del cassonetto il piano di manutenzione ed eventuali servizi aggiuntivi che le Ditte partecipanti*

andranno a proporre. Tutto questo porta ad una ripartizione dei punteggi così suddivisa: Qualità del materiale max punti 20 cassonetto da LT. 2400 1° punti 5 2° punti 2 3° punti 1 cassonetto da LT. 3200 1° punti 15 2° punti 5 3° punti 2 Produttore max punti 10 cassonetto da LT 2400 si punti 5 no punti 0 cassonetto da LT 3200 si punti 5 no punti 0 altri parametri max punti 5 piani di manutenzione servizi aggiuntivi punti 5 3) Criteri organizzativi Punti 20 il punteggio varia in funzione del Piano di lavoro max punti 10 –posizione punti 2 – manutenzione punti 3 – lavaggio punti 5 Struttura organizzativa max punti 10 – numero dipendenti punti 2 – tipologia automezzi punti 5 –ubicazione cantiere punti 3 4) Referenze Punti 5 manutenzione su propri prodotti max punti 5 il punteggio viene assegnato in funzione della presenza di identità tra manutentore e produttore del cassonetto cassonetti da LT 2400 si punti 2 no punti 0 cassonetti da LT 3200 si punti 3 no punti 0”.

Tale ripartizione è poi confluita nell’assegnazione dei punteggi effettuata nella seduta del 29 aprile 2003, dopo l’apertura delle buste. Qui, nel relativo verbale, la commissione specificava che, in relazione ai criteri tecnici, il punteggio era ripartito sulle due tipologie di cassonetti, considerando la qualità del materiale del cassonetto da 2400 litri “...con un punteggio che favoriva il cassonetto in polietilene ad iniezione offerto dalla Ditta Plastic Omnium Lander rispetto a quello in polietilene rotazionale offerto dalla Ditta Ecologia Mentre sui cassonetti da lt 3200 veniva dato un punteggio uguale giudicando però positivamente quello offerto da Plastic Omnium Lander che proponeva un materiale del tutto nuovo che si pensa che potesse essere la scelta giusta, tenendo conto che i cassonetti da lt. 3200 saranno di molto superiori a quelli da lt. 2400. Mentre per quanto riguarda il produttore, che era uno dei requisiti richiesti dal capitolato, il punteggio massimo andava a Plastic Omnium Lander con un parziale di punti 10 e alla quale veniva assegnato anche un punteggio superiore sui servizi aggiuntivi”.

Ebbene, il Collegio osserva che la ripartizione dei 20 punti su tre soli parametri, pur se in astratto non censurabile in quanto l’art. 2.1, lett. b), del capitolato d’oneri considerava sub b.1)-b.10) solo “argomenti” da riportare per capitolati separati

nelle singole offerte, consentendo evidentemente, nella sua discrezionalità, alla commissione di gara di sintetizzare il giudizio per aree di valutazione (Qualità-Produttore-Altri parametri), in concreto si presentava sfornita di adeguato impianto motivazionale, limitandosi la commissione ad una suddivisione rigida dei punteggi che non consentiva di individuare l'iter logico seguito nella concreta attribuzione specifica.

In assenza di chiarificazione, infatti, non è dato comprendere su quale logica decisionale la commissione abbia inteso suddividere i punteggi in relazione alla tipologia di cassonetto fornita, così da attribuire direttamente il massimo punteggio di 15+5 a chi avesse offerto la qualità ritenuta migliore e di soli 2+5 e 1+2 alle altre offerte, creando già in astratto una differenza di ben 13 punti sulla sola qualità del materiale fornito. Non si comprende, in sostanza, per quale ragione la commissione di gara abbia ritenuto di attribuire il punteggio massimo di 15 alla migliore offerta di materiale per i cassonetti da Lt 3200 e il punteggio di 5 per la seconda, senza graduazione ulteriore intermedia. Tale "modus procedendi" risulta ancor più censurabile laddove, in sede di concreta attribuzione, all'aggiudicataria è stato riconosciuto il massimo punteggio di 20 (15+5) ed alla ricorrente quello di 17 (15+2) senza specificare per quale ragione il cassonetto da Lt 2400 in polietilene ad iniezione era ritenuto migliore di quello in polietilene rotazionale e per quale ragione sui cassonetti da Lt 3200 il materiale offerto dall'aggiudicataria poteva essere "la scelta giusta".

Così pure non era chiarito, con idonea motivazione, perché il requisito di essere produttore dei cassonetti era considerato così decisivo – pur essendo soltanto uno degli argomenti tra i dieci da indicare nell'offerta, di cui al richiamato art. 2.1, lett. b), del capitolato d'onere – da meritare, se presente, la massima attribuzione di ben punti 10 (a fronte di punti 0).

Analoga perplessità sorge dalla lettura del verbale del 29 aprile 2003, laddove è fugacemente affermato che alla Plastic Omnium Lander era assegnato anche un punteggio superiore sui servizi aggiuntivi (il massimo, di 5 punti), senza però specificare perché alla concorrente era stato attribuito il punteggio di 4.

A tale conclusione deve pervenirsi anche in relazione ai criteri organizzativi, ove appare generica l'affermazione secondo cui è stato attribuito il massimo punteggio di 20 in quanto la commissione aveva giudicato le due offerte entrambe "di buon livello", atteso che tale indicazione non consentiva di valutare se e come erano stato in concreto considerati i diversi parametri che pure la stessa commissione aveva individuato nel verbale del 4 aprile 2003.

Pure alquanto illogica appare la ripartizione del punteggio in ordine alle "referenze", ove nel verbale del 4 aprile 2003 era specificato che *"il punteggio viene assegnato in funzione della presenza di identità tra manutentore e produttore del cassonetto"*. Anche in questo caso il Collegio osserva che il criterio applicato non appare esente da censura, in quanto la caratteristica di essere produttore o meno di cassonetti risultava già valutata nei "criteri tecnici" (con max 10 punti) – ove il capitolato d'oneri la considerava come argomento b.2), tra altri nove – e lo stesso capitolato, per le "referenze" non faceva cenno alla correlazione tra produzione e manutenzione ma specificava che sotto tale parametro dovevano valutarsi *"i servizi, relativi alla manutenzione integrata dei cassonetti per la raccolta RSU, prestati negli anni 2000, 2001 e 2002 sulla base della documentazione rilasciata dagli enti pubblici e privati, assistiti negli ultimi 3 anni, attestante l'avvenuto servizio e il livello di efficienza raggiunti dai beni manutenzionati e prodotte con le modalità indicate dal seguente Art. 6 lett. B)... Saranno oggetto di valutazione, distintamente i beni prodotti e i beni manutenzionati, per i quali l'Assuntore detiene il contratto"*.

Sulla base di tale norma del capitolato, non è dato comprendere, quindi, per quale ragione la commissione di gara abbia ritenuto di valutare solo l'identità tra

manutentore e produttore del cassonetto, come confermato nel verbale del 29 aprile 2003, ove è indicato che “...in questo criterio...si teneva conto solamente se i beni prodotti e manutentati erano fatti dalla Ditta direttamente...”.

In sostanza, l'operato della commissione di gara appare censurabile nel senso delineato nel secondo e terzo motivo dalla ricorrente – con assorbimento delle altre censure ivi illustrate - sia perché sono stati valutati parametri parziali e/o ulteriori rispetto a quelli di cui alla legge di gara sia perché la commissione si è espressa direttamente con punteggio numerico, senza ulteriore indicazione sulle modalità di graduazione dello stesso.

L'attribuzione di punteggio numerico, quindi, in questo caso non poteva essere considerata sufficiente, in quanto la ripartizione in sub criteri e sub punteggi non era illustrata nella legge di gara e, come tale, se formulata dalla commissione, doveva essere sorretta da idonea struttura motivazionale che fosse in grado di far comprendere per quale ragione si era scelta una determinata scala di punteggio e come era stata concretamente applicata.

Nel caso di specie, invece, si rileva soltanto una scheda di attribuzione dei punti, numericamente definita ma priva della richiesta e necessaria motivazione in ordine al giudizio qualitativo che aveva portato la commissione all'individuazione della miglior offerta.

Né può essere invocata la discrezionalità della commissione di gara, come effettuato dall'ASMIU nei suoi scritti difensivi, in quanto la stessa trova un limite, valutabile in sede di legittimità, nella manifesta illogicità e contraddittorietà.

Si ricorda, infatti, che nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione il solo punteggio numerico può essere sufficiente, in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando i criteri prefissati siano estremamente dettagliati, di modo che anche il solo punteggio numerico, di cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, risulta idoneo

a dimostrare la logicità e congruità del giudizio tecnico; in caso contrario occorre invece, al fine di rendere percepibile l'iter logico seguito, che nei verbali siano esposti, se non diffuse argomentazioni relative al contenuto delle varie voci e punti dell'offerta tecnica ed ai singoli giudizi resi, quanto meno taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio e le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica (Cons. Stato, Sez. V, 29.12.09, n. 8833).

Sotto tali profili, quindi, le censure di parte ricorrente devono essere ritenute condivisibili.

La fondatezza del secondo (in parte) e del terzo motivo di ricorso comporterebbero già l'accoglimento della domanda di annullamento, come articolata.

Per completezza, comunque, il Collegio ritiene di esaminare anche le altre doglianze di cui al ricorso ed ai motivi aggiunti.

Inammissibile è il quarto motivo di ricorso, in quanto la ricorrente non ha fornito alcun elemento di prova idoneo a rappresentare che l'adozione di una procedura accelerata abbia influito sulla consistenza della sua offerta, tenuto conto che l'avvicinarsi della stagione estiva consentiva di considerare idonea la motivazione legata alla necessità di avviare la fornitura ed i servizi entro il 31 agosto 2003.

Infondato è anche il quinto motivo di ricorso, in quanto la legge di gara che richiedeva la dichiarazione di essere produttori di cassonetti non appare, di per sé, discriminatoria se inquadrata nella corretta interpretazione che doveva darne la commissione di gara nel senso sopra rappresentato, dato che tale disposizione, pur non potendo costituire un consistente elemento ponderale come invece operato immotivatamente dalla commissione di gara, appariva ragionevole al fine di considerare la continuità ed omogeneità del servizio per la durata del contratto.

Inammissibile per carenza di interesse e comunque infondato è il sesto motivo di ricorso, in quanto non è risultata in concreto preclusa l'attività defensionale alla società ricorrente ed il rinvio al d.lgs. n. 190/02 appare inconferente, non vertendosi in materia di infrastrutture di carattere strategico.

In relazione ai motivi aggiunti, tempestivi in quanto il contenuto del verbale del 4 aprile 2003 (che risultava necessariamente da conoscere integralmente al fine di proporre le relative censure) risulta appreso solo in seguito al deposito in giudizio, il Collegio rileva che il primo si palesa infondato, in quanto l'operato della commissione in composizione di cinque membri risulta ratificato dal "plenum" della stessa alla data del 29 aprile 2003, ove si è data concreta applicazione ai criteri individuati in precedenza.

Infondato si palesa anche il secondo motivo aggiunto, in quanto tutte le lettere di invito erano di eguale contenuto e spedite dopo il 4 aprile 2003, così che tutti i concorrenti erano stati posti nelle medesime condizioni e non risulta la violazione della "par condicio" come lamentata.

Il terzo e il quarto motivo aggiunto sono invece fondati in quanto riprendono la censura legata alla preponderanza eccessiva o comunque immotivata riconosciuta alla qualità del materiale dalla commissione di gara in relazione ai diversi argomenti elencati al punto 2.1. del capitolato d'oneri ed ai criteri organizzativi evidenziati, che l'assenza di idonea motivazione – come sopra riscontrata – non consente di chiarire.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, la domanda di annullamento di cui al ricorso ed ai motivi aggiunti deve essere accolta, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, consistendo gli altri provvedimenti impugnati, quali l'aggiudicazione provvisoria, la comunicazione dell'esito ed i verbali di gara, in meri atti endoprocedimentali non direttamente lesivi.

In relazione alla domanda di “caducazione del contratto”, il Collegio non può che rilevarne l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto risulta che il contratto stesso, comunque con scadenza naturale al 16 giugno 2008, è stato nelle more risolto consensualmente tra le parti in data 29 maggio 2008.

In relazione alla domanda di risarcimento del danno, proposta tanto nel ricorso quanto nei motivi aggiunti, il Collegio osserva quanto segue.

La gara in questione era aggiudicabile all'offerta economicamente più vantaggiosa e, come tale, non prevedeva criteri automatici di aggiudicazione, come nell'ipotesi di massimo ribasso, ma necessitava di una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante tramite la commissione di gara.

A fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione, quindi, la ricorrente aveva richiesto il risarcimento in forma specifica ovvero per equivalente, sotto forma di perdita di “chance”, intesa come probabilità effettiva e congrua, secondo il calcolo di probabilità ovvero per presunzioni, di aggiudicarsi la gara.

Ebbene, la prima forma di risarcimento non può essere disposta, in quanto – pur risultando l'aggiudicazione alla controinteressata viziata nel senso sopra evidenziato in relazione alla carenza di motivazione sui criteri e sui punteggi individuati, che consentono di individuare l'elemento soggettivo della colpa a carico della p.a. in quanto non risulta correttamente applicata la stessa legge di gara individuata dall'Amministrazione, il contratto – con scadenza naturale al 16 giugno 2008 - risulta allo stato già eseguito e risolto.

Residua quindi il risarcimento per equivalente.

La relativa misura, però, non può essere individuata nel mancato utile integrale, fondato sul 10% del prezzo offerto, in quanto tale misura di risarcimento può essere riconosciuta solo nell'ipotesi di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente (Cons. Stato, Sez. VI, 21.9.10, n. 7004), che nel caso di specie non ricorre, in quanto le offerte dovevano comunque sottostare alla valutazione della

commissione di gara in base a criteri discrezionale (motivati nel senso sopra illustrato) di giudizio.

Ne consegue che può ritenersi comunque condivisibile la richiesta di risarcimento a titolo di “chance”, in quanto, in relazione al numero di partecipanti ed alla tipologia di offerta, era individuabile una probabilità di aggiudicazione pari almeno al 50%.

Ne consegue che potrebbe individuarsi – equitativamente – una base di risarcimento pari al 50% dell’utile di impresa prospettabile.

Sotto tale profilo, quindi, non può identificarsi l’inammissibilità della domanda risarcitoria, come eccepita dall’ASMIU nelle sue difese, in quanto se è vero che dall’annullamento dell’aggiudicazione alla controinteressata non deriva come conseguenza diretta l’aggiudicazione alla ricorrente, è altrettanto vero che il risarcimento in termini di “chance”, esplicitamente richiesto dalla ricorrente, consente una liquidazione prendendo a riferimento parametri meramente probabilistici, che nel caso di specie si rinvergono, atteso il numero esiguo di partecipanti alla gara.

Dato, però, che è principio ormai generale quello per cui il danno derivante ad una impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell’utile non conseguito 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 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, Sez. VI, 9.3.07, n. 1114 nonché n. 7004/10 cit.), nel caso di specie il Collegio ritiene congrua una riduzione di un ulteriore 50%, con la conseguenza che

il risarcimento per equivalente dovuto alla società ricorrente deve essere pari al 2,5% dell'utile di impresa, da calcolarsi sul prezzo offerto.

Nei termini sopra precisati il Collegio ritiene che la domanda risarcitoria possa essere accolta per quanto riguarda l'"an", senza però immediata definizione del "quantum", risultando sufficiente, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. n. 80/98, fornire al riguardo i criteri cui l'Amministrazione dovrà attenersi nella successiva fase di liquidazione. (Cons. Stato, Sez. IV, 2.3.04, n. 942, 28.4.06, n. 2408 e 11.10.06, n. 6063; Sez. V, 27.4.06, n. 3229 e 20.3.07, n. 1346).

Detti parametri possono quindi fissarsi nei seguenti termini:

a) accertamento degli utili effettivi realizzabili dall'impresa, in caso di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi - in base ad un documentato raffronto tra costi e ricavi, effettuato in contraddittorio fra le parti in base ai parametri sussistenti alla data delle prestazioni da effettuare - considerati al 2,5%;

b) interessi e rivalutazione monetaria sulla somma dovuta, nella misura e nei modi legislativamente previsti (al riguardo, per limiti e modalità di calcolo, Cons. Stato. Sez. VI, 6.5.08, n. 1995 e 29.7.08, n. 3785), dalla data della domanda a quella dell'effettivo soddisfo.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere accolti nei sensi di cui sopra e così pure la domanda risarcitoria.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza dell'ASMIU, e sono liquidate come da dispositivo, mentre possono compensarsi con la società controinteressata, sussistendone giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione 2[^]:

1) accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso e i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;

2) dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la domanda di caducazione del contratto;

3) accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione la domanda risarcitoria;

4) condanna l'A.S.M.I.U. a corrispondere alla società ricorrente le spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 oltre accessori di legge e quanto versato a titolo di contributo unificato. Compensa per il resto con la società controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del 4 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2010

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

IL SEGRETARIO