



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3217 del 2011, proposto da Carbonia Futura Coop. Soc. a. r. l. , in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Salone, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

***contro***

il Comune di Portoscuso, in persona del Sindaco “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avv. Piero Franceschi, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Nomentana, 316;  
Piccola Società Cooperativa Sociale Portoscuso Serena Onlus , n. c. ;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: -SEZIONE I,  
n. 9/2011, resa tra le parti, concernente ANNULLAMENTO DI

PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE DI APPALTO  
CONCORSO PER L’AFFIDAMENTO DI SERVIZIO  
EDUCATIVO MINORI – RISARCIMENTO DANNI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 29 novembre 2011 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Salone e Granara, su delega dell'avv. Franceschi;

rammentato in via preliminare che l’art. 120, comma 10, del c. p. a. prevede che i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e che la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all’articolo 74 c. p. a. (compatibilmente con le peculiarità della vicenda “sub iudice”);

premesso in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1.- Nel 2003 Carbonia Futura partecipava alla gara d’appalto indetta dal Comune di Portoscuso (CA) per l’affidamento del servizio educativo ai minori per il periodo di un anno, rinnovabile per un altro anno.

Con determinazione n. 232 del 25 febbraio 2003 l’appalto era aggiudicato alla Portoscuso Serena Onlus, con un punteggio totale di

87,51. Carbonia Futura si collocava in seconda posizione con 72 punti.

1.2.- Con ricorso n. 550/03 R. G. Carbonia Futura impugnava l'aggiudicazione definitiva, e gli atti di gara, dinanzi al TAR Sardegna. Con il medesimo ricorso introduttivo la ricorrente domandava al Giudice il risarcimento in forma specifica mediante l'attribuzione del servizio e, in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente, con riserva di dimostrare e di quantificare il pregiudizio subito.

Resistevano Comune e controinteressata.

Con ordinanza n. 247/03 il TAR, rilevato che “la sospensione dell'aggiudicazione impugnata non comporta l'automatica aggiudicazione in favore della ricorrente”, rigettava la misura cautelare chiesta da Carbonia Futura.

Portoscuso Serena eseguiva il servizio ottenendone anche il rinnovo per un anno con determinazione del Commissario straordinario n. 38 del 26 febbraio 2004.

Carbonia Futura dichiarava al TAR il permanere del proprio interesse a vedere deciso il ricorso nel merito per ottenere almeno il risarcimento del danno per equivalente.

1.3.- Con la sentenza in epigrafe il Giudice di primo grado, per quanto più rileva in questa sede d'appello:

-in rito, respingeva l'eccezione di difetto di interesse sollevata dal Comune poichè “Carbonia Futura vanta un interesse alla decisione

quantomeno con riguardo alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno per equivalente”;

-nel merito: a) rigettava la censura principale, con la quale Carbonia Futura aveva sostenuto che la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara poiché al momento della partecipazione non disponeva del personale qualificato richiesto dal bando e indicato nella propria offerta tecnica; e b) accoglieva la censura di difetto di motivazione, formulata in via subordinata, avendo “la Commissione di gara attribuito il punteggio per le proposte progettuali senza fornire alcuna motivazione” . Al riguardo il TAR osservava che “nelle gare (d'appalto) il solo punteggio numerico può integrare la motivazione degli elementi di giudizio a patto che i criteri prefissati di valutazione siano sufficientemente dettagliati e tali da consentire di comprendere l'iter logico seguito nel processo valutativo”. “Nel caso di specie siffatti criteri non sono stati preventivamente fissati né dal bando di gara, né dalla Commissione giudicatrice, con conseguente onere di quest'ultima di motivare le proprie scelte”. All'accoglimento della domanda impugnatoria non faceva però seguito l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno per equivalente, che è stata dichiarata inammissibile, “risultando proposta nel ricorso in forma del tutto generica. (Inoltre) la specificazione delle voci di danno richieste fatta nella memoria difensiva depositata in data 23/11/2010 non può essere presa in considerazione essendo contenuta in atto non notificato alle controparti”.

1.4.- Con ricorso in appello notificato l'8 aprile 2011 e depositato in segreteria il successivo 21 aprile Carbonia Futura ha impugnato la sentenza n. 9 del 2011 limitatamente alla parte in cui:

-è stato respinto il primo motivo di ricorso;

-è stata dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento del danno. Sotto questo aspetto l'appellante ritiene indubbio che la domanda risarcitoria sia stata formulata sin dall'inizio, con il ricorso introduttivo del giudizio ritualmente notificato alle controparti. Con la memoria difensiva depositata in corso di causa Carbonia Futura ha solo specificato e quantificato i danni subiti, differenziandoli anche in ragione dei diversi motivi di ricorso proposti. In ogni caso, dinanzi al TAR il Comune ha accettato il contraddittorio anche in ordine alla domanda risarcitoria e alle relative allegazioni e specificazioni della ricorrente. L'appellante insiste per l'accoglimento della domanda risarcitoria per equivalente proposta in primo grado. In particolare, con riguardo alla fondatezza del primo motivo Carbonia Futura quantifica i danni di cui chiede il risarcimento nella misura del mancato utile, "calcolato anche con riferimento al rinnovo". In relazione all'accoglimento della censura di difetto di motivazione l'appellante sostiene che "dovrebbe essere egualmente risarcita del danno c. d. da perdita di chance di rimanere aggiudicataria della gara e di eseguire l'appalto".

1.5.- Il Comune si è costituito e:

-in rito, ha contestato che Carbonia Futura abbia un interesse a

vedere riformato il capo della sentenza con cui il TAR ha respinto il primo motivo di ricorso, relativo alla mancata esclusione della controinteressata;

-nel merito, ha riaffermato la correttezza dell'operato dell'Amministrazione e della decisione del TAR, non essendo stata violata alcuna prescrizione di gara nell'aver ammesso la controinteressata alla procedura. E' stata inoltre rimarcata la correttezza del capo della sentenza del TAR con cui è stata dichiarata inammissibile la domanda risarcitoria per equivalente poiché formulata in modo generico e perché la specificazione delle voci di danno richieste con la memoria difensiva depositata il 23 novembre 2010 non poteva essere presa in considerazione, in quanto non notificata alle controparti. La difesa comunale ha inoltre contestato l'ammissibilità del diritto al risarcimento anche con riferimento alla proroga annuale del servizio, che la controinteressata –aggiudicataria ha ottenuto nel corso del giudizio, oltre a confutare la quantificazione dello stesso risarcimento richiesto.

2.1.- Preliminarmente il Collegio considera opportuno esaminare l'eccezione, sollevata dalla difesa comunale, di carenza di interesse dell'appellante a vedere riformato il capo della sentenza con cui il TAR ha respinto il primo motivo del ricorso di primo grado, relativo alla mancata esclusione della controinteressata Portoscuso Serena dalla procedura, per l'asserita carenza del requisito di ammissione concernente la disponibilità del personale qualificato richiesto dalla

“lex specialis” idoneo a svolgere il servizio. Il Comune è dell’avviso che Carbonia Futura non avrebbe interesse all’appello “sia perché dall’accoglimento del primo motivo non sarebbe affatto derivata l’automatica aggiudicazione dell’appalto in favore (della stessa Carbonia Futura), e sia perché la domanda di risarcimento per equivalente non è stata supportata da alcuna prova del pregiudizio sofferto” (v. memoria di costituzione del Comune di Portoscuso, pag. 3).

L’eccezione è infondata e va respinta poiché, come correttamente osserva la difesa dell’appellante, sotto il primo profilo appare evidente che l’accoglimento del primo motivo del ricorso al TAR era rivolto a ottenere l’esclusione della controinteressata dalla procedura, con conseguente aggiudicazione della gara alla seconda classificata, vale a dire a Carbonia Futura. Plausibilmente l’appellante sottolinea che, se la controinteressata fosse stata esclusa, Carbonia Futura sarebbe risultata aggiudicataria o, perlomeno, l’appellante avrebbe avuto una elevatissima probabilità di conseguire l’aggiudicazione. Quanto alla dimostrazione del danno subito, Carbonia Futura, in primo grado, nella memoria difensiva 23.11.2010 ha indicato in modo dettagliato i criteri giurisprudenziali di determinazione, anche in via equitativa, dei danni da mancata aggiudicazione e da perdita di chance. Inoltre, una cosa è l’interesse al risarcimento del danno per equivalente nel caso di lesione diretta della posizione di aspettativa all’aggiudicazione, quando emerge dagli atti di causa che se la

stazione appaltante non fosse incorsa nella commissione dell'illegittimità denunciata il servizio avrebbe dovuto essere affidato alla ricorrente. Altra e ben minore consistenza, nella prospettazione dello stesso appellante, è in grado di assumere il risarcimento del danno (eventuale) da perdita di "chance".

2.2.- Nel merito, la questione principale fatta valere dall'appellante, relativamente al capo della sentenza con cui è stato rigettato il primo motivo del ricorso di primo grado (v. sent. TAR, lett. d) ed e ), appare infondata e può essere respinta.

L'appellante, nel ribadire che Portoscuso Serena Onlus doveva essere esclusa poiché non possedeva il personale qualificato richiesto dal bando e indicato nella propria offerta tecnica, dato che la disponibilità di personale presuppone necessariamente l'esistenza in atto di un rapporto di lavoro tra la concorrente e il personale da indicare, specifica che:

-il bando di gara e il capitolato d'oneri stabilivano che il servizio educativo minori doveva essere prestato dalle concorrenti con proprio personale qualificato, richiedendo "n. 5 educatori, in possesso di Laureai in Pedagogia o in Scienze dell'Educazione, o di Diploma di scuola media superiore ad indirizzo psicopedagogico";

-lo stesso bando (v. Busta A ) –Documentazione, p. 1. , lett. t), richiedeva ai concorrenti una dichiarazione sostitutiva attestante "di avere la disponibilità del personale qualificato idoneo...per l'esecuzione del servizio in oggetto", stabilendo inoltre (v. Busta B) -



Progetto, p. 5) che i concorrenti, nell'offerta tecnica, dovessero descrivere il ruolo e il profilo professionale delle singole figure proposte, con la indicazione della distribuzione delle ore su ogni operatore e il curriculum professionale di ciascuno di essi;

-inoltre, ai sensi dell'art. 11/b) del capitolato d'oneri, in sede di valutazione dell'offerta era prevista l'attribuzione di un punteggio sulla base della valutazione dei singoli curricula formativi degli operatori professionali indicati nell'elenco nominativo presentato alla stazione appaltante : operatori i quali, pertanto, secondo l'appellante dovevano essere, già all'atto della partecipazione alla gara, nella disponibilità della concorrente;

-dalla "lex specialis" si ricava che il possesso del personale qualificato richiesto per svolgere il servizio era un requisito essenziale per l'ammissione alla procedura;

-Portoscuso Serena Onlus, sia al momento della presentazione della offerta, sia al momento dell'aggiudicazione, non disponeva del personale idoneo per svolgere il servizio poiché, come riconosciuto dal Comune e dalla stessa controinteressata, nel gennaio del 2003 le cinque operatrici indicate nella offerta tecnica lavoravano presso il servizio educativo comunale trovandosi alle dipendenze di Carbonia Futura. Non corrispondendo a verità la dichiarazione sostitutiva della controinteressata sulla disponibilità del personale qualificato idoneo per l'esecuzione del servizio, non avendo, Portoscuso Serena, al momento della gara, la disponibilità di personale idoneo con la

qualifica di educatore, come richiesto dalle norme di gara, la controinteressata andava esclusa dalla procedura. Illegittimamente la commissione di gara ha attribuito il punteggio a entrambe le coop. sociali per i medesimi operatori.

La tesi dell'appellante, benché di pregevole fattura, non convince.

Diversamente da quanto ritiene Carbonia Futura, Portoscuso Serena ha comprovato in modo congruo il possesso dei requisiti richiesti dalla "lex specialis" per partecipare alla gara. In modo legittimo, pertanto, il Comune ha deciso di non escludere la controinteressata dalla procedura.

Per ciò che qui più rileva, al fine di soddisfare l'interesse a che prendessero parte alla selezione soggetti qualificati, bando e capitolato d'oneri, rispettivamente ai punti 5. e 10. , richiedevano ai partecipanti di avere maturato esperienze significative e documentate di almeno due anni nell'esecuzione di servizi socio –assistenziali su incarico di enti pubblici, e di garantire la presenza in Portoscuso di una stabile segreteria organizzativa di supporto e di coordinamento, oltre alla "disponibilità" (v. bando, lett. t) del "personale qualificato idoneo" per eseguire il servizio.

Disponibilità del personale, dichiarata e documentata, ma che non implicava l'impiego attuale delle operatrici, indicate nell'elenco, alle dipendenze o comunque presso la cooperativa sociale partecipante. Il bando non prescriveva che il personale indicato fosse già alle dipendenze del soggetto richiedente, ma solo la disponibilità del

personale, e inoltre manca una specifica prescrizione di esclusione. A sua volta l'art. 4 del capitolato, citato dall'appellante, prescrive solo che "l'appaltatore" debba "assicurare il servizio" con proprio personale, facendo quindi riferimento al momento della esecuzione del servizio e non a quello della gara. Come plausibilmente afferma la difesa comunale, in modo legittimo la controinteressata, avuto il consenso delle operatrici per lavorare al servizio educativo minori (evidente essendo l'interesse individuale di ciascuna di esse a conservare la propria attività quale che fosse la cooperativa sociale aggiudicataria), ha indicato i nomi delle operatrici da impiegare nel servizio, allegando i rispettivi curricula formativi, soddisfacendo in questo modo il requisito di disporre del personale richiesto. La commissione ha valutato i curricula assegnando un punteggio per ciascun operatore. Indicazione dei nomi e allegazione dei curricula non appaiono incompatibili con un bando che si limiti a richiedere la "disponibilità" del personale qualificato idoneo. La disponibilità di personale non presupponeva necessariamente l'esistenza in atto di un rapporto di lavoro tra concorrente e operatori. E non escludeva quindi la possibilità di avvalersi di personale corrispondente con operatori in servizio presso altra concorrente.

Appare quindi corretto il –sintetico– "iter" argomentativo seguito dal TAR con la sentenza impugnata, fondato sui due passaggi che seguono: "d) il bando di gara si limitava a richiedere che i concorrenti dichiarassero unicamente di poter disporre del personale

qualificato idoneo per lo svolgimento del servizio, senza peraltro imporre agli stessi di avere già alle proprie dipendenze il detto personale; e) l'art. 4 del capitolato speciale laddove stabilisce che "l'appaltatore dovrà assicurare il servizio con proprio personale ..." non disciplina la fase di gara, ma quella di esecuzione del contratto, come emerge dal fatto che la norma fa riferimento all'appaltatore e non al concorrente".

Il motivo d'appello sul capo della sentenza che ha respinto il primo motivo di ricorso può essere perciò respinto.

Di conseguenza va respinta la richiesta di risarcimento del danno formulata sub p. 2.2/a) del ricorso in appello.

2.3.- In merito alla richiesta di risarcimento del danno da perdita di "chance" di rimanere aggiudicataria della gara e di eseguire l'appalto "de quo" , con riguardo alla fondatezza della censura di difetto di motivazione, emergendo dagli atti di gara, a detta dell'appellante, che se la procedura si fosse svolta in modo corretto Carbonia Futura avrebbe avuto "notevoli possibilità di aggiudicarsela" (cfr. p. 2.2/b) atto d'appello, pag. 14), il Collegio reputa che la richiesta stessa vada respinta poiché infondata, e questo indipendentemente dalla correttezza, o meno, dei capi della sentenza del TAR (v. lett. p) e q), pag. 5) riguardanti la inammissibilità della domanda risarcitoria per equivalente in quanto proposta, nel ricorso di primo grado, in modo generico, e con una specificazione delle voci di danno non valutabile, poiché contenuta in una memoria non notificata alle controparti; e

anche quindi a voler ritenere ammissibile la domanda risarcitoria per equivalente come introdotta avanti al TAR.

Nel caso in esame viene in rilievo l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento di aggiudicazione per difetto di motivazione, per avere, il Comune, assegnato alle offerte semplici punteggi, senza fornire alcuna motivazione a sostegno delle scelte compiute.

Se è vero che l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo per difetto di motivazione implica il riesercizio del potere da parte della P. A. e, pertanto, di norma la domanda di risarcimento del danno può essere valutata solo all'esito della rinnovazione della procedura, occorre considerare che nella vicenda specifica sottoposta all'odierno giudizio della Sezione, contraddistinta dal fatto che il servizio di durata in contestazione è terminato da tempo, Carbonia Futura, nell'ipotesi di rinnovazione della procedura, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, non avrebbe avuto, realisticamente, alcuna ragionevole possibilità, "statisticamente rilevante", di vedersi aggiudicato il servizio. L'esistenza di uno scarto di più di 15 punti (87,51 a Portoscuso Serena Onlus a fronte dei 72 punti attribuiti a Carbonia Futura) tra aggiudicataria e seconda classificata osta in maniera decisiva all'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da perdita di chance, dovendosi evitare che diventino ristorabili anche mere possibilità di successo nella procedura non statisticamente significative. Dall'esame della vicenda nel suo complesso non si

ravvisano –né l'appellante indica- puntuali circostanze di fatto idonee a comprovare l'esistenza di significative possibilità di vittoria di Carbonia Futura nella procedura, mediante la sostituzione della mera attribuzione di punteggi numerici con motivazioni idonee a far comprendere l'iter logico seguito nel procedimento valutativo.

Nella prospettiva della rinnovazione della gara la perdita di chance resta insomma indimostrata.

In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza impugnata confermata.

Le spese del grado possono essere senz'altro compensate, considerate le peculiarità della questione controversa sub p. 2.2. e la natura della vertenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 29 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/12/2011

IL SEGRETARIO

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