



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 862 del 2008, proposto da:
Studio G.F.A. Gestione Faunistica Ambientale s.n.c. di Bisogno
Giuseppina, Capaccioli Andrea, Cellini Laura, in persona dei soci
legali rappresentanti, rappresentata e difesa dall'avv. Elisabetta
Santoro, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de'
Conti, n. 3;

contro

Ambito Territoriale di Caccia n. 9 - Livorno, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Mario Pilade
Chiti, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via
Lorenzo il Magnifico, n. 83;
Provincia di Livorno;

nei confronti di

Oikos s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Tagliaferri e Tommaso Pontello, con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo Tagliaferri in Firenze, via degli Artisti n. 20;

Massimo Cocchi;

per l'annullamento

- del verbale del Comitato di gestione dell' A.T.C. Livorno 9 adunanza del 25.01.2008, del verbale di gara del 7.02.2008, del verbale del Comitato di Gestione dell' A.T.C. Livorno 9 adunanza del 20.02.2008, nonché di tutti gli atti presupposti, in particolare del bando di gara per l'assegnazione mediante cottimo fiduciario di servizi di consulenza tecnica e gestionale dell' Ambito Territoriale di Caccia n.9 Livorno, e di quelli, connessi e conseguenti ;

e per la declaratoria

- della nullità o inefficacia o annullamento della scrittura privata del 21.02.2008 avente ad oggetto l'affidamento mediante cottimo fiduciario di servizi di consulenza tecnica e gestionale;

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente a seguito della mancata aggiudicazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ambito Territoriale di Caccia n. 9 Livorno e di Oikos s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2012 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Nell'atto introduttivo del giudizio la società ricorrente espone di aver partecipato alla procedura di cottimo fiduciario indetta dall'ATC n. 9 di Livorno per l'affidamento del servizio di consulenza tecnica e gestionale, gara nella quale hanno presentato offerta soltanto la ricorrente e la controinteressata, e di essersi classificata al secondo posto con 73 punti contro gli 83 della controinteressata. Con quest'ultima la stazione appaltante provvedeva a stipulare il conseguente contratto.

Tanto premesso la società ricorrente impugna gli atti in epigrafe indicati, articolando nei loro confronti le seguenti censure:

I – “Violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006”, poiché la commissione di gara è stata nominata prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte;

II – “Violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 (art. 92, comma 5, DPR n. 554 del 1999) e art. 51 c.p.c.”, poiché il presidente della commissione di gara e anche un componente rivestivano anche ruoli associativi nella Federazione Italiana della Caccia, cui è riconducibile la proprietà della società

aggiudicataria;

III – “Violazione e falsa applicazione dell’art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006”, essendo la commissione composta da un numero di membri pari e non dispari come imposto dalla norma;

IV – “Violazione e falsa applicazione degli artt. 34 e 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria”, non risultando chiaro dall’offerta della ricorrente se essa è presentata come singolo operatore economico o come raggruppamento temporaneo di imprese, costituito o costituendo;

V – “Violazione e falsa applicazione dell’art.91, comma 3, del DPR n. 554 del 1999 in relazione all’art. 84, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 – Violazione del principio di segretezza”, censurando che le buste contenenti le offerte economiche siano state aperte in seduta riservata e non pubblica come imposto dalla norma;

VI – “Violazione e falsa applicazione dell’art. 83, commi 1, 2 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006, nonché dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990”, censurando la mancanza di criteri e sub criteri nella normativa di gara e la motivazione soltanto numerica dei punteggi attribuiti alle offerte;

VII – “Violazione dell’art.11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006”, per violazione del termine di *stand still* che deve necessariamente intercorrere tra comunicazione dell’aggiudicazione e stipula del contratto.

2 - Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, l’ATC n. 9 di Livorno e la società controinteressata; quest’ultima ha altresì eccepito

il difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo.

3 - Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 30 maggio 2012 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

4 – Il Collegio è chiamato in primo luogo ad esaminare l'eccezione preliminare formulata dalla controinteressata di difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo.

L'eccezione è infondata.

Si osserva preliminarmente che essa è formulata in termini assai generici e dubitativi ad opera della controinteressata, che parla di natura dubbia degli ATC e dell'attività dagli stessi svolta e poi, contraddittoriamente, richiama una sentenza del TAR Campania (sez. 1^a n. 4640 del 2001) che qualifica i comitati di gestione degli ATC come "organi promananti dall'amministrazione provinciale territorialmente competente". Dunque neppure la controinteressata pare dubitare della natura almeno *lato sensu* pubblicistica degli organismi in discorso, come tale sufficiente ad attrarre la giurisdizione del g.a., ormai sganciata da una formalistica individuazione di ente pubblico in termini tradizionali. D'altra parte la natura pubblicistica degli organi e delle funzioni degli ATC sembra indubitabile, alla luce delle previsioni di cui agli artt. 11 e 12 della legge regionale Toscana 12 gennaio 1994 n. 3 che correla la loro attività al perseguimento delle finalità gestionali previste nel Piano Faunistico Venatorio Provinciale e prevede l'integrale nomina dei

relativi Comitati di Gestione da parte delle Province, con l'effetto che gli ATC risultano quindi, se non articolazioni di organi territoriali, quanto meno, organismi di diritto pubblico.

5 – Nella specie si è in presenza di una procedura di cottimo fiduciario indetta e svolta dall'ATC n. 9 di Livorno, dunque di una procedura selettiva in economia, caratterizzata da una disciplina giuridica meno rigorosa e formalistica di quella propria delle gare di evidenza pubblica comunitaria di cui alla parte seconda del Codice dei Contratti pubblici. Ciò risulta sia dal DPR 20 agosto 2001, n. 384, applicabile alla presente fattispecie *ratione temporis* giusto il disposto dell'art. 253, comma 22, del d.lgs. n. 163 del 2006, sia dalla disciplina codicistica applicabile a regime alle procedure di questo tipo (cfr. art. 125, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede nella specie solo il rispetto delle previsioni disciplinari che inverano i principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici). Le censure formulate dalla ricorrente con riferimento alla violazione delle norme proprie delle gare comunitarie dovranno quindi essere vagliate con attenzione dal Collegio per discernere quali reclamino l'applicazione di previsioni normative riferibili anche alle procedure in economia e quali no.

6 – Con il primo e terzo mezzo parte ricorrente muove rilievi a profili attinenti alla disciplina del seggio di gara (momento di nomina della commissione, numero pari o dispari dei componenti la commissione), formulati con riferimento alla violazione o falsa

applicazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, che non paiono integrare contenuti di principio e che non risultano quindi meritevoli di positivo apprezzamento in questa sede. In altre parole, le richiamate censure sono infondate stante, da un lato, la non diretta applicabilità alle procedure in economia delle previsioni espresse di cui ai commi 2 e 10 dell'art. 84 cit., e, dall'altro, la inidoneità dei contenuti dispositivi di tali norme a integrare profili valoristici significativi, attinenti cioè ai principi di trasparenza e parità di trattamento, e come tali quindi inapplicabili alle procedure in economia.

7 – Con il secondo mezzo parte ricorrente censura la composizione della commissione di gara, evidenziando che sono stati chiamati a farne parte due membri (rispettivamente in qualità di presidente e componente) che rivestono anche ruoli associativi nella Federazione Italiana della Caccia, cui è riconducibile la proprietà della società aggiudicataria.

La censura è fondata.

Le circostanze fattuali sono pacifiche: il presidente della commissione di gara Pellegrini e il commissario Bianchi rivestivano contemporaneamente importanti ruoli associativi nella Federcaccia, cui è riconducibile la proprietà di Oikos s.r.l. Una tale composizione non appare idonea a garantire il rispetto del principio di trasparenza, che richiede che gli organi della procedura selettiva si trovino in posizione di assoluta terzietà e imparzialità rispetto ai concorrenti, il

che non accade allorché i membri della commissione deputata allo svolgimento delle operazioni di gara rivestano nel contempo anche ruoli associativi in organismi cui è riconducibile la proprietà di uno dei concorrenti.

8 – Con il quinto mezzo parte ricorrente contesta la violazione del principio di segretezza, evidenziando che le buste contenenti le offerte economiche risultano essere state aperte in seduta riservata e non pubblica.

La censura è fondata.

Il verbale di gara del 7 febbraio 2008 (doc. 4 dell'ATC), redatto invero in termini non proprio chiari e netti, risulta documentare una avvenuta apertura delle buste contenenti le offerte economiche, e una attribuzione del relativo punteggio, in sede riservata, visto che, dopo l'apertura in seduta pubblica della busta contenente la documentazione amministrativa, dà atto che la commissione prosegue i suoi lavori in seduta riservata e riporta poi di seguito uno schema nel quale per ciascun concorrente sono indicati tanto il punteggio tecnico quanto quello economico. Non può d'altra parte esserci dubbio che il profilo qui esaminato – apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte economiche – invero un aspetto significativo del principio di trasparenza, il rispetto del quale non è verificabile se le operazioni di apertura delle buste avvengono in assenza di testimoni. Anzi, com'è noto, a seguito della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 28 luglio 2011, anche l'apertura delle

buste contenenti l'offerta tecnica deve avvenire in seduta pubblica, salva la loro valutazione in seduta riservata, e la Sezione ha avuto modo di chiarire che tale disciplina vale anche con riferimento al cottimo fiduciario, proprio a presidio della trasparenza delle operazioni di gara (sentenza n. 752 del 2012).

9 – Con il settimo mezzo la ricorrente contesta poi l'operato della stazione appaltante per violazione del termine di *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, avendo provveduto alla stipula del contratto con l'aggiudicatario senza il rispetto del termine sospensivo decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai terzi.

La censura è fondata.

Contrariamente a quanto sostenuto dalle parti resistenti, i termini di *stand still* trovano applicazione anche nelle procedure in economia, come la Sezione ha avuto modo di chiarire nella sentenza n. 6570 del 10 novembre 2010, anche in questo caso a presidio della trasparenza e della effettività della tutela giurisdizionale dei partecipanti alla selezione.

10 – Alla luce dei rilievi che precedono il ricorso merita accoglimento, con annullamento degli atti impugnati, potendo essere assorbite le ulteriori censure avanzate.

11 – Parte ricorrente, nella memoria depositata in data 27.4.2012, prendendo atto dell'intervenuta integrale esecuzione del contratto, insiste nella tutela risarcitoria per equivalente, in relazione al danno

subito per la mancata aggiudicazione della gara e al danno curriculare conseguente.

Ritiene il Collegio che la domanda di risarcimento del danno meriti accoglimento, per la illegittima perdita di *chance* subita dalla ricorrente, che è risultata non aggiudicataria all'esito di una procedura connotata da consistenti profili di illegittimità, senza che debba procedersi ad uno specifico esame del profilo della colpevolezza della stazione appaltante in quanto, alla luce della giurisprudenza comunitaria, e in presenza di illegittimità di consistente momento, la responsabilità della stazione appaltante per danni conseguenti alla illegittimità delle procedure di gara prescinde dall'elemento soggettivo (Corte di Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, causa C-314/09).

In punto di quantificazione, stante l'importo della gara pari a 60.000,00 euro, tenuto conto che trattasi di gare molto specialistiche e a cui partecipa un numero limitato di concorrenti, che anzi nella specie hanno preso parte alla selezione solo due concorrenti, che quindi le possibilità di aggiudicazione risultano consistenti e significativa risulta altresì la perdita curriculare, in quanto nel contesto specifico appare importante acquisire esperienze nel giro non ampio delle gare disponibili, alla luce di tutto ciò il Collegio stima equo determinare nel 5% della base d'asta il danno da perdita di *chance* e nel 3% il danno curriculare, per un totale quindi dell'8%, il che equivale ad un ammontare del risarcimento del danno di €

4.800,00 oltre interessi e rivalutazione economica sino al saldo.

12 – Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico della stazione appaltante, mentre appare equo disporre la compensazione nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Ambito Territoriale n. 9 di Livorno al pagamento del risarcimento dei danni in favore di parte ricorrente, liquidati come in motivazione.

Condanna l'Ambito Territoriale n. 9 di Livorno al pagamento delle spese di giudizio in favore di parte ricorrente, liquidate in € 4.000,00 oltre accessori di legge. Compensa le spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2012

IL SEGRETARIO

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