



REPUBBLICA ITALIANA

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 1432 del 2009, proposto da:

Parkeon S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Chiara Palazzetti, Alberto Banfi e Bruno Frullini, con domicilio eletto presso lo studio del terzo in Firenze, via Scipione Ammirato 92;

contro

Azienda Multiservizi Forte dei Marmi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Carducci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesca Gatti in Firenze, via del Proconsolo 11;

nei confronti di

Italiaimpianti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Francalanci, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Firenze, viale Machiavelli 29;

S.I.S. S.r.l., Input S.r.l., Park It S.r.l., Eltron S.r.l.;

per l'annullamento

- della deliberazione n.18 del 20/05/2009 del Consiglio di Amministrazione dell'Azienda Multiservizi Forte dei Marmi S.r.l. avente ad oggetto: "acquisizione mediante cottimo fiduciario di fornitura di beni/servizi: parcometri, installazione e gestione manutentiva e di controllo per 12 mesi" (cfr. riunione del 20/5/09 e deliberazione n.18 del 20/5/09). Detta delibera ha stabilito: "Di procedere all'acquisizione della fornitura e del servizio, mediante cottimo fiduciario (trattandosi di acquisto di fornitura e servizi al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria); e così di formalizzare l'ordine alla società INPUT SRL, con sede in Genova, via XII Ottobre, 2/172, per un valore complessivo di Euro 197.500,00, alle condizioni tutte specificate nel preventivo della medesima società";

- nonché di tutti gli atti ad essa presupposti, connessi e/o consequenziali, ancorché non conosciuti, e per la condanna dell'Azienda Multiservizi Forte dei Marmi S.r.l. al risarcimento dei danni patiti e patienti derivanti dall'illegittimità provvedimento nella misura che sarà quantificata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Multiservizi Forte dei Marmi S.r.l. e della Italiaimpianti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2012 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 30 luglio 2009, la Parkeon S.p.a. esponeva di aver partecipato, unitamente ad altre imprese del settore, alla procedura avviata nel gennaio del 2009 dall'Azienda Multiservizi Forte dei Marmi S.r.l., società interamente controllata dal Comune di Forte dei Marmi, per l'acquisto di nuovi parcometri da installare nel territorio comunale in sostituzione di quelli esistenti, oramai obsoleti. All'invio dell'offerta, in data 19 gennaio 2009, non aveva peraltro fatto seguito alcun riscontro ad opera della stazione appaltante, di modo che essa ricorrente aveva ritenuto di inviare, nel mese di giugno, una nuova offerta migliorativa della precedente; alcuni giorni dopo, permanendo il difetto di comunicazioni formali, la notizia dell'avvenuta aggiudicazione della fornitura alla Input S.r.l. di Genova era stata appresa a mezzo stampa. Avverso la delibera di aggiudicazione, conosciuta a seguito di richiesta di accesso agli atti, la Parkeon proponeva pertanto impugnazione sulla scorta di sei motivi in diritto, concludendo per l'annullamento dell'atto impugnato, previa sospensiva, nonché per la condanna dell'Azienda procedente al risarcimento dei danni.

Con ordinanza del 30 settembre – 1 ottobre 2009, il collegio respingeva l'istanza cautelare, avuto espresso riguardo alla circostanza che, nelle more, la fornitura dei parcometri era stata eseguita dall'impresa aggiudicataria.

Nel merito, la causa veniva discussa nella pubblica udienza del 12 ottobre 2012, preceduta dal deposito di memorie difensive e repliche, e decisa come da dispositivo, depositato il 15 ottobre successivo.

DIRITTO

La controversia origina dalla procedura espletata nel gennaio – maggio 2009 dall'Azienda Multiservizi Forte dei Marmi S.r.l., interamente partecipata dal Comune di Forte dei Marmi, e conclusasi con l'acquisto di quarantadue parcometri ed annesso servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria della durata di dodici mesi. La fornitura è stata aggiudicata alla Input s.r.l. di Genova, e da questa integralmente eseguita sin da epoca anteriore alla trattazione in camera di consiglio della domanda cautelare proposta dalla ricorrente Parkeon S.p.a. in una con l'atto introduttivo del presente giudizio: ne discende il venir meno dell'interesse alla pronuncia di annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione, i cui effetti sono oramai esauriti, con conseguente improcedibilità del ricorso *in parte qua*, fermo restando l'interesse all'accertamento della denunciata illegittimità dell'atto ai fini della domanda accessoria di risarcimento dei danni. Analoghe considerazioni valgono per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato fra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria, in relazione alla quale non può, peraltro, fare a meno di rilevarsi – a monte – l'inammissibilità della relativa domanda, introdotta per la prima volta con la “comparsa di costituzione” depositata il 24 luglio 2012, non notificata alle controparti (né si verte, anche alla luce del contenuto sostanziale delle censure svolte dalla società ricorrente, nelle ipotesi di “gravi violazioni” individuate dall'art. 121 cod. proc. amm.).

Venendo alla verifica di legittimità implicata dalla domanda risarcitoria, con il primo motivo di gravame la ricorrente lamenta che la stazione appaltante avrebbe proceduto all'acquisto dei parcometri mediante una procedura di cottimo fiduciario senza preventivamente indicare il presunto importo a base di gara, tanto che tutte le imprese offerenti, tranne una, avrebbero formulato preventivi eccedenti la stabilita dall'art. 125 D.Lgs. n. 163/2006. Sarebbe inoltre, più in generale, mancata l'indicazione dello stesso oggetto della prestazione richiesta, nonché del criterio di aggiudicazione, delle caratteristiche tecniche, di qualità e di esecuzione delle prestazioni richieste, dei requisiti di partecipazione alla gara, dei termini per la trasmissione delle offerte. A tali mancanze corrisponderebbe, sul piano

formale, la mancata predisposizione di una lettera di invito, dotata dei contenuti di legge, essendosi l'Azienda resistente limitata a contattare telefonicamente alcuni operatori del settore per chiedere loro la predisposizione di preventivi, ma in assenza di linee guida cui attenersi.

Le censure sono fondate.

Risulta dal verbale della riunione del consiglio d'amministrazione dell'Azienda resistente, tenutasi il 20 maggio 2009, che la fornitura per cui è causa è stata commissionata mediante cottimo fiduciario, al prezzo di euro 197.500,00, dopo l'acquisizione di sei preventivi presso altrettanti operatori del settore, individuati attraverso un'indagine di mercato consistita nella consultazione di siti internet e contattati telefonicamente con la richiesta di un'offerta "per una fornitura in grado di soddisfare le esigenze manifestate dall'Azienda". Tale *modus procedendi* si discosta per più aspetti dal paradigma legale costituito dall'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006, a partire dal fatto che la scelta del cottimo fiduciario è successiva alla selezione dell'offerta reputata più conveniente ed è giustificata dal consiglio d'amministrazione esclusivamente sulla base dell'entità di quella specifica offerta ("La fornitura viene commissionata mediante cottimo fiduciario, trattandosi di acquisto il cui importo complessivo (euro 197 500) è al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria..."), anziché formare oggetto di una determinazione preventiva alla stessa apertura del confronto fra le imprese concorrenti ed implicante la contestuale individuazione della corrispondente voce di spesa, a norma del comma 10 dell'art. 125 dianzi citato; si aggiunga che la media delle offerte presentate in gara è ben superiore alla soglia di rilevanza comunitaria del contratto, il che costituisce dimostrazione della natura sostanziale, e non solo procedimentale, della violazione commessa.

Del resto, il ricorso al cottimo neppure può dirsi legittimato dalle ragioni di indifferibilità ed urgenza parimenti menzionate nel verbale del 20 maggio 2009, e ravvisate nell'approssimarsi della stagione estiva e nell'esigenza di rendere nuovamente funzionale l'attività di esazione del corrispettivo dei parcheggi a pagamento: si tratta infatti, com'è evidente, di un'urgenza non determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, e neppure comportante l'insorgere di alcuna delle situazioni di pericolo – per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale – indicate dal secondo periodo dell'art. 125 co. 10 cit..

Alla mancata predeterminazione dell'importo da porre a base di un confronto concorrenziale fra imprese, si accompagnano, per altro verso, l'assoluta opacità del contenuto – in nessun modo documentato – delle richieste rivolte dalla stazione appaltante alle imprese individuate attraverso l'indagine di mercato e, di conseguenza, l'indeterminatezza delle caratteristiche richieste per la fornitura e, correlativamente, dei criteri per la predisposizione delle offerte (innanzitutto, il numero dei parametri da fornire e il costo del servizio di manutenzione); con il risultato di rendere i preventivi acquisiti dalla resistente non comparabili fra loro, perché redatti da ciascuna impresa secondo logiche non omogenee. Ma, anche a voler prescindere dal dato oggettivo della disomogeneità delle offerte, ciò che irrimediabilmente vizia l'operato della società resistente è l'aver individuato i parametri per la valutazione delle offerte – e lo stesso criterio di selezione dell'offerta migliore – quando il contenuto e la provenienza dei preventivi erano già noti, giacché le offerte erano state illustrate da ciascuna impresa presso la sede dell'Azienda Multiservizi (si veda il verbale del 20 maggio 2009), risultandone con ciò compromessi i principi generali di imparzialità e trasparenza che debbono connotare tutti gli affidamenti di servizi e forniture, ivi compresi quelli in economia che, pur avendo caratteri di semplicità e informalità, si sostanziano comunque in procedure soggette all'osservanza delle regole generali che presiedono all'affidamento di contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2012, n. 1195).

I rilievi svolti, per la loro natura assorbente, sono sufficienti a confermare la sussistenza delle illegittimità denunciate dalla società Parkeon, esonerando il collegio dall'analisi delle rimanenti censure.

Ai fini della pretesa risarcitoria, una volta appurata l'esistenza di una condotta dell'amministrazione dalla quale alla

ricorrente possa essere derivato, almeno in astratto, un pregiudizio, l'indagine va spostata sul piano dell'elemento soggettivo, onde verificare se la fattispecie sia effettivamente qualificabile in termini di illecito. Sul punto, non può peraltro non prendersi atto che la giurisprudenza europea è di recente pervenuta all'affermazione secondo cui la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, la quale subordini il diritto a ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. In questo senso, la Corte di Giustizia ha evidenziato, da un lato, come il tenore letterale degli artt. 1 n. 1, e 2 nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto "considerando" della direttiva 89/665, non indichino in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba risultare connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità; e, dall'altro, come l'art. 2 n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 riconosca agli Stati membri la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento. In tale contesto, il rimedio risarcitorio può dunque costituire, ad avviso della Corte, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, alla sola condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte di Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09, "Stadt Graz").

La richiamata giurisprudenza europea sembra produrre nel nostro ordinamento l'effetto, sia pure circoscritto al settore degli appalti pubblici, di svincolare la responsabilità dell'amministrazione dall'accertamento della colpa, quand'anche ricavata solo presuntivamente dall'illegittimità degli atti posti in essere dalla P.A.. A farne applicazione nel caso in esame non osta la circostanza che la stazione appaltante abbia ritenuto di operare secondo il modello dei contratti esclusi dalle soglie di cui alla Direttiva "ricorsi", giacché – come detto – è la stessa scelta iniziale del cottimo fiduciario ad essere viziata nel presupposto dell'asserita irrilevanza comunitaria del contratto. Sul punto non giova peraltro intrattenersi oltre, essendo indiscutibile che – anche a voler rimanere ancorati ai tradizionali confini della responsabilità aquiliana, come adattati alla materia degli appalti pubblici dalla giurisprudenza nazionale (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144) – il comportamento dell'Azienda resistente debba essere qualificato come colposo, non ricorrendo alcuna delle ipotesi (contrastanti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, incertezza normativa, rilevante complessità del fatto) che ostano all'operatività della presunzione derivante dall'acclarata illegittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione: la gravità delle violazioni, sostanziatesi nell'inosservanza delle più elementari regole dell'agire amministrativo in materia di contratti pubblici, consente infatti di escludere in radice la configurabilità di un errore scusabile.

Venendo alla quantificazione del pregiudizio, vanno innanzitutto escluse le voci di danno introdotte in giudizio con la memoria del 24 luglio 2012, in quanto oggetto di domanda nuova non notificata. Il riferimento è, in particolare, al rimborso dei costi di partecipazione alla gara, che, peraltro, rappresentano costi di impresa destinati a

gravare sui concorrenti indipendentemente dall'esito della procedura, e non concorrono perciò a formare il danno risarcibile (fra le molte, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 808).

La principale voce risarcitoria è costituita dalla perdita della *chance* di aggiudicazione della fornitura, che la ricorrente quantifica invocando il noto criterio presuntivo del 10% del prezzo a base d'asta, desunto dall'art. 345 della legge n. 2248/1865 sui lavori pubblici; l'importo così ricavato dovrebbe essere poi ridotto in relazione alle concrete probabilità di aggiudicazione, a loro volta quantificate in misura non inferiore al 50%. Al riguardo, si osserva preliminarmente che la più recente giurisprudenza, cui il collegio ritiene di conformarsi, ha posto in luce come il criterio dell'utile parametrato al 10% dell'importo a base d'asta, pur tradizionalmente invalso, non debba costituire oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, onde evitare che il risarcimento si risolva nell'attribuzione, in favore dell'impresa danneggiata, di un vantaggio superiore a quello che essa avrebbe effettivamente conseguito dall'esecuzione del contratto. Ne consegue che un'equa quantificazione del danno implica, se non la prova rigorosa dell'utile, pretesa da un indirizzo ancora minoritario (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8646), quantomeno che al criterio forfettario del dieci per cento si applichino gli opportuni correttivi, che tengano conto in primo luogo dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, trasferendo sul danneggiato l'onere di dimostrare di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi e di aver osservato, nel fare ciò, una condotta incolpevole (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004).

Se così è nel settore dei lavori, cui il criterio del 10% pertiene, non minore prudenza va usata nel settore delle forniture, di talché, in assenza di elementi obiettivi comprovanti l'utile concretamente ritraibile dall'appalto in questione, il relativo ammontare può essere presunto in misura non superiore al 5% dell'importo del contratto stipulato fra l'Azienda Forte dei Marmi e l'aggiudicataria Input S.r.l., importo che costituisce l'unico dato certo a disposizione, mentre del tutto aleatorio sarebbe il riferimento all'ammontare delle offerte presentate in gara, disomogenee e non riconducibili ad alcuna base d'asta. A maggior ragione, non può utilizzarsi quale parametro di quantificazione del danno la seconda offerta presentata dalla ricorrente Parkeon, mai entrata in competizione con le altre perché pervenuta in epoca successiva all'aggiudicazione.

Tanto premesso, i vizi della procedura sono tali da far ritenere che – in una virtuale riedizione della gara – tutte le imprese contattate avrebbero avuto uguali probabilità di conseguire l'aggiudicazione. Se così è, il risarcimento spettante alla ricorrente va parametrato all'utile presunto della fornitura, pari ad euro 10.000,00 (il 5% di euro 197.500,00, arrotondato per eccesso), che, suddiviso in ragione delle *chance* di aggiudicazione, corrisponde ad euro 1.666,66, da aumentarsi ad euro 2.000,00 per il profilo di c.d. danno curricolare, inteso come perdita di immagine e della possibilità di accrescere la propria competitività sul mercato, la cui sussistenza in questi limiti può ben essere presunta. La resistente Azienda Multiservizi di Forte dei Marmi deve dunque essere condannata a corrispondere in favore della ricorrente Parkeon S.p.a., a titolo di risarcimento del danno, la somma predetta, da rivalutare all'attualità sulla base degli indici ufficiali ISTAT con decorrenza dal momento in cui hanno cominciato a prodursi gli effetti dannosi della mancata aggiudicazione, vale a dire dalla stipula del contratto fra l'Azienda e la controinteressata Input S.r.l.. Tenuto conto del tasso medio di svalutazione monetaria e della redditività media del denaro nel periodo considerato, nonché dei limiti a suo tempo indicati dalla Corte di legittimità (Cass. SS.UU. 17 febbraio 1995, n. 1712), sono inoltre dovuti alle ricorrenti gli interessi "compensativi", da calcolarsi non sulla somma rivalutata, ma sull'importo non attualizzato, rivalutato anno per anno (ovvero, sul valore medio pari alla semisomma dell'importo non attualizzato e dello stesso importo rivalutato all'attualità: cfr. Cass. SS.UU. n. 1712/95, cit.); in mancanza della prova di un danno maggiore, ed avuto anche riguardo alle variazioni del tasso legale, il tasso d'interesse annuo applicabile viene prudenzialmente determinato nella misura del 2%. Sull'importo finale così determinato, saranno computati gli interessi legali ex art. 1282 c.c. fino al soddisfo.

Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, dichiarata l'inammissibilità delle nuove domande introdotte dalla società ricorrente con la memoria di costituzione depositata il 24 luglio 2012 e l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse della domanda di annullamento proposta con il ricorso introduttivo del giudizio, accerta l'illegittimità del provvedimento impugnato e condanna la resistente Azienda Multiservizi Forte dei Marmi S.r.l. al risarcimento dei danni, nella misura di cui in parte motiva. Condanna altresì l'Azienda resistente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge.

Spese compensate nei rapporti fra la ricorrente e le altre parti intimiate in giudizio

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2012

IL SEGRETARIO

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