



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 2306 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Mariani s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo Masi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, lungamo degli Acciaiuoli, n. 10;

contro

Comune di Piombino, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Renzo Grassi, con domicilio eletto presso l'avv. Luca Capecchi in Firenze, via Bonifacio Lupi, n. 20;

nei confronti di

111 s.n.c. di Daniele Palladini & C., già Xer Gaudi di Spinelli e Vari s.n.c., in proprio e quale originaria mandataria di costituendo RTI, Nuova Cemi s.r.l., Comer Edilizia S.r.l.;

per l'annullamento

(con ricorso introduttivo del giudizio):

- della Determinazione del Dirigente del Settore Programmazione Territoriale ed Economica del Comune di Piombino n. 1730 del 12.12.2008, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara indetta per la vendita di terreni, per la concessione di suolo pubblico, nonché per la progettazione, realizzazione e gestione delle opere da eseguirsi nell'ambito di intervento n. 3, denominato "via Amendola", di cui al piano particolareggiato della Costa Urbana e del Promontorio del Falcone, in favore del costituendo R.T.I. capeggiato dalla Xer Gaudi di Spinelli e Vari Snc, quale impresa capogruppo, e costituito altresì dalla Nuova Cemi Srl e dalla Comer Edilizia Srl, quali mandanti;
- del verbale n. 1 del 16.9.2008 con il quale la Commissione Giudicatrice delle offerte presentate con riferimento alla gara richiamata ha ammesso a partecipare alla gara il predetto raggruppamento;
- del verbale n. 2 del 10.10.2008 con il quale la medesima Commissione Giudicatrice ha provveduto a valutare le offerte pervenute attribuendo i relativi punteggi;
- del verbale n. 3 del 23.10.2008 con il quale la medesima Commissione ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della medesima in favore del costituendo R.T.I. risultato poi aggiudicatario definitivo;
- della deliberazione della Giunta Comunale n. 296 del 10.9.2008, con la quale veniva nominata la Commissione giudicatrice;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché incognito alla ricorrente, nonché per la condanna

del Comune di Piombino:

- in tesi, al risarcimento del danno in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara de qua alla comparente società, e, in ipotesi, mediante reiterazione della gara medesima;
 - comunque, al risarcimento del danno per equivalente, quanto meno per perdita di chance, in misura pari al pari al 10 per cento del prezzo offerto dalla comparente società,
- nonché per la declaratoria di inefficacia

del/i contratto/i eventualmente medio tempore stipulato/i tra il Comune di Piombino e l'aggiudicatario.

(con i motivi aggiunti depositati il 10 aprile 2009):

- della Determinazione del Dirigente del Settore Programmazione Territoriale ed Economica del Comune di Piombino n. 363 del 23.3.2009, con la quale è stata asseritamente integrata la precedente determinazione dirigenziale n. 1730 del 12.12.2008, già impugnata con il ricorso principale, ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara indetta per la vendita di terreni, per la concessione di suolo pubblico, nonché per la progettazione, realizzazione e gestione delle opere da eseguirsi nell'ambito di intervento n. 3, denominato "via Amendola", di cui al piano particolareggiato della Costa Urbana e del Promontorio del Falcone, in favore del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese composto dalla 111 Snc di Daniele Palladini;

(con motivi aggiunti depositati il 20.11.2009):

- della Determinazione del Dirigente del Settore Programmazione Territoriale ed Economica del Comune di Piombino n. 1412 del 12.10.2009, con la quale è stato preso atto della costituzione della Società La Sorgente s.r.l. da parte della 111 s.n.c. di Daniele Palladini & C. e della Nuova Cemi s.r.l., è stato asserito che detta società risponde ai requisiti richiesti dal bando di gara e dall'art. 37 del D. Lgs. n. 163/2006 ed è stato, infine, stabilito di "procedere alla sottoscrizione dell'atto di vendita dei terreni e della concessione di terreni in Via Amendola conseguenti l'aggiudicazione del bando di cui in oggetto con la suddetta società La Sorgente s.r.l.;
- della nota del Dirigente del Settore Programmazione Territoriale ed Economica del Comune di Piombino prot. 26024 del 12.10.2009, trasmessa via fax alla ricorrente nel domicilio eletto presso lo studio dello scrivente legale in data 12.10.2009, con la quale è stata comunicata l'adozione della determinazione dirigenziale n. 1412 di pari data ed è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione avanzata dalla ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché incognito alla ricorrente, e in particolare, per quanto occorrer possa, dell'aggiudicazione perfezionatasi per effetto della costituzione della Società La Sorgente S.r.l.;

nonché per la condanna

del Comune di Piombino:

- al risarcimento del danno in forma specifica, in tesi, mediante aggiudicazione della gara de qua alla comparente Società, e in ipotesi, mediante reiterazione della gara medesima;
- ovvero al risarcimento del danno da ritardo o per equivalente, nella misura che sarà quantificata in corso di causa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 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 - La società ricorrente, nell'atto introduttivo del giudizio, espone di aver preso parte alla procedura selettiva indetta dal Comune di Piombino per la vendita di terreni, la concessione di suolo pubblico nonché la progettazione, realizzazione e gestione degli interventi di cui all'Ambito n. 3 "Via Amendola" del Piano particolareggiato della Costa Urbana; espone altresì il complesso svolgimento della procedura sino all'esito della stessa con aggiudicazione a favore del RTI costituendo dalle società Xer Gaudì snc, Nuova Cemi srl e Comer Edilizia srl.

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

– “Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, commi 9 e 10, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e/o falsa applicazione dei principi fondanti il sistema introdotto dal bando. Eccesso di potere per carenza dei presupposti ed errore manifesto. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria”. L'aggiudicazione è avvenuta a favore di costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе in realtà di impossibile costituzione poiché la capogruppo dello stesso, ancor prima che venisse deliberata l'ammissione alla gara, aveva variato denominazione, sede e composizione sociale (in 111 snc di Daniele Palladini & C.), ciò in violazione tra l'altro dell'art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 che vieta qualsiasi modifica alla composizione del RTI;

– “Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 97 Cost., dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, nonché dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria, per errore, per omessa motivazione e per ingiustizia manifesta”. La stazione appaltante ha proceduto alla aggiudicazione definitiva senza svolgere le verifiche e i controlli imposti dalla normativa di gara, arrivando ad aggiudicare ad un costituendo RTI la cui impresa capogruppo è venuta meno;

– “Violazione e/o falsa applicazione delle previsioni di cui alla Sezione “modalità di partecipazione” e al quinto punto delle norme speciali del bando di gara. Violazione del principio della *par condicio* fra concorrenti. Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta”. L'offerta del raggruppamento aggiudicatario non è pervenuta entro il giorno e l'ora fissati negli atti di gara a pena di esclusione, sebbene l'Amministrazione abbia indicato il contrario.

– “Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di imparzialità e della *par condicio* fra concorrenti. Eccesso di potere per violazione del procedimento”. La composizione della commissione giudicatrice risulta illegittima, in particolare per aver fatto parte di essa l'arch. Laura Pescini che aveva partecipato alla redazione del piano attuativo che viene eseguito attraverso la gara in esame.

2 - Con decreto n. 1235 del 30 dicembre 2008 veniva respinta l'istanza di misure cautelari provvisorie, con congiunto ordine al Comune di Piombino di depositare relazione sui fatti di causa, ordine cui l'Amministrazione ottemperava con il deposito del 5 gennaio 2009.

3 - Il Comune di Piombino si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

4 - Con ordinanza collegiale n. 6 del 2009 la Sezione richiedeva all'Amministrazione di depositare una relazione sui fatti di causa e il Comune di Piombino adempiva l'incombente con il deposito del 5 febbraio 2009. In data 24 marzo 2009 veniva altresì depositata la determina dirigenziale n. 363 del 23 marzo 2009 con la quale l'Amministrazione provvedeva a integrare la determina n. 1730/2008 di aggiudicazione definitiva, statuendo che l'aggiudicazione dovesse spettare a favore del RTI costituito da 111 snc di Daniele Palladini & C, Nuova Cemi srl e

Comer Edilizia srl.

5 - In data 10 aprile 2009 la società ricorrente ha depositato atto di motivi aggiunti a mezzo dei quali ha gravato la richiamata determina n. 363 del 2009, formulando nei suoi confronti le seguenti censure:

– “Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 37, commi 9 e 10, e 51 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per carenza dei presupposti e per sviamento”. Vi è stata variazione di RTI, non consentita, né sussistono nella specie i presupposti per l’applicazione dell’art. 51 d.lgs. n. 163 del 2006, invocato dall’Amministrazione, stante il fatto che il RTI controinteressato non ha effettuato alla stazione appaltante la dovuta comunicazione delle modificazioni intervenute e la medesima stazione appaltante non ha provveduto ad alcuna verifica;

– “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 28, comma primo, lett. c) d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per travisamento dei fatti”. Uno dei nuovi soci, Angelo Brancato, ha subito una condanna penale ostativa alla partecipazione della società capogruppo alla gara, che peraltro non ha comunicato alla stazione appaltante;

– “Violazione e/o falsa applicazione delle regole in merito all’attribuzione dei punteggi e in specie del criterio per l’aggiudicazione previsto al punto n. 8 a p. 6 del bando di gara (*sub* <Elementi Gestionali>). Violazione dei principi che regolano il procedimento concorsuale. Eccesso di potere per illogicità e travisamento dei fatti”. A fronte delle modificazioni degli assetti societari, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a rinnovata valutazione delle esperienze pregresse, ai fini della attribuzione del punteggio di merito, non potendo valere quelle maturate dai soci ormai fuoriusciti dalla compagine societaria.

L’Amministrazione comunale resiste ai motivi aggiunti.

6 - Con ordinanza n. 313 del 22 aprile 2009 la Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione degli atti gravati. La citata ordinanza non risulta appellata.

7 - Con secondo atto di motivi aggiunti, depositato in data 20 novembre 2009, la società ricorrente impugna la determinazione dirigenziale n. 1412 del 12.10.2009 con la quale l’Amministrazione comunale ha preso atto della intervenuta costituzione, da parte del raggruppamento aggiudicatario, della società La Sorgente s.r.l. con conseguente sottoscrizione dei contratti esecutivi dell’aggiudicazione con questo nuovo soggetto societario.

Nei confronti dell’atto gravato la ricorrente articola le seguenti censure:

– “Violazione e/o falsa applicazione del bando di gara, *sub* p. 5, quarto e quinto capoverso. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per palese sviamento”. La costituzione della società di capitale è avvenuta oltre i termini fissati dalla legge di gara e senza la partecipazione di tutti i componenti del raggruppamento aggiudicatario, essendo receduta la società Comer Edilizia;

– “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 37, commi 9 e 10, d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto”. Risulta violata la normativa di legge che impedisce le modificazioni dei RTI, giacché nella specie delle tre imprese che facevano parte del costituendo raggruppamento una è stata posta in liquidazione e l’altra ha modificato sostanzialmente la propria compagine;

– “Illegittimità derivata della illegittimità dell’aggiudicazione per i motivi di cui al ricorso principale ed al primo ricorso per motivi aggiunti”.

Il Comune di Piombino, nel resistere anche a questi secondi motivi aggiunti, eccepisce la tardività degli stessi, essendo stati notificati oltre il termine di 30 giorni, giacché nella specie non troverebbe applicazione il terzo comma dell’art. 149 c.p.c. (circa il perfezionarsi della notificazione per il notificante con la consegna del plico all’ufficio postale), applicabile solo alle notifiche effettuate a mezzo dell’ufficiale giudiziario e non a quelle effettuate direttamente dal difensore.

8 - Con ordinanza n. 929 del 2 dicembre 2009 la Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione avanzata in seno ai secondi motivi aggiunti. La citata ordinanza non risulta appellata.

9- Le parti costituite hanno depositato ulteriori memorie ad illustrazione delle rispettive posizioni. Parte ricorrente, nella memoria del 28 maggio 2012, riferisce ulteriori fatti sopravvenuti, quali cessioni di quote della società Sorgente srl e modifica dei progetti a seguito di rilievi della Soprintendenza competente.

10 – La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del giorno 13 giugno 2012. In tale sede, ai sensi dell'art. 73, terzo comma, c.p.a., il presidente ha invitato le parti ad approfondire il profilo della qualificazione dell'oggetto della gara e della disciplina normativa applicabile, rinviando, su richiesta di parte, ad altra udienza per la decisione. A seguito del rinvio le parti hanno depositato memorie.

11 - Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 12 ottobre 2012 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

12 – Il Collegio è chiamato, in primo luogo, ad individuare la normativa applicabile alla procedura selettiva di cui si discute – questione sottoposta all'attenzione delle parti, ai fini di un compiuto svolgimento del contraddittorio, a seguito della pubblica udienza del 13 giugno 2012 – il che implica un attento esame dell'esatto oggetto della procedura stessa.

Il bando di gara (doc. 1 dell'Amministrazione) ha il seguente oggetto: “bando per la vendita di terreni e per la concessione di suolo pubblico in via Amendola, per la progettazione realizzazione e gestione interventi ambito 3 <via Amendola> P.P. Costa urbana”. Si tratta cioè di procedura ad oggetto misto, che pone insieme la vendita di terreni, la concessione per 29 anni di suolo pubblico, la progettazione, realizzazione e gestione di interventi edilizi in attuazione di uno strumento urbanistico. La disciplina di gara, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, non contempla un assoggettamento della stessa alla disciplina di cui al Codice dei contratti pubblici, il richiamo al d.lgs. n. 163 del 2006 essendo limitato al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti a pag. 3 del bando si dice che “la gara sarà esperita con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi delle norme di cui all'art. 83 del codice dei contratti pubblici” e a pag. 5, sotto la rubrica <criteri per l'aggiudicazione>, si evidenzia che “per l'aggiudicazione si procede mediante le procedure di evidenza pubblica di cui al regio decreto 23.5.1924 n. 827 e avvalendosi della normativa disciplinata dal decreto legislativo 12.4.2006 n. 163”.

Ritiene il Collegio che l'esame del bando di gara evidenzi come l'oggetto principale della selezione in esame abbia riguardo a profili patrimoniali (alienazione di beni pubblici e concessione di beni pubblici), tanto ciò vero che la valutazione dell'offerta economica, ai fini dell'aggiudicazione, viene svolta con esclusivo riferimento al prezzo di vendita e al canone di concessione di suolo pubblico offerto dalle parti, peraltro assorbendo in tali valutazioni 60 dei 100 punti destinati alla complessiva valutazione tecnica ed economica delle offerte. Dunque i profili patrimoniali assumono nella specie valenza preponderante, con l'effetto che ne consegue in termini disciplinari, vale a dire sottrazione alla diretta applicabilità del d.lgs. n. 163 del 2006, che è normativa applicabile alle procedure “aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere”.

Il risultato raggiunto implica che le censure avanzate in ricorso, tutte formulate in termini di violazione di specifiche disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006, risultano invero fuori fuoco, stante la rilevata non applicabilità della suddetta normativa alla procedura in esame. Resta ferma, naturalmente, l'applicazione anche nella presente fattispecie dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, discendenti direttamente dai Trattati comunitari e dalla Costituzione repubblicana, oltre alle norme sulle procedure di evidenza pubblica di cui alla risalente legislazione di contabilità di Stato (r.d. n. 827 del 1924 richiamato dal bando) e alle altre norme speciali in materia.

C'è da aggiungere che, come ulteriore conseguenza del ragionamento svolto, in termini processuali la controversia in esame è oggi da inquadrare nell'ambito dell'art. 119, comma 1, lett. c) (cessione beni pubblici) e non nel seno

dell'art. 120, comma 1 (procedure di affidamento di appalti).

13 – Con i primi due mezzi di cui al ricorso introduttivo del giudizio la Mariani s.r.l. contesta gli esiti della procedura, in particolare evidenziando che l'aggiudicazione è avvenuta a favore di soggetto non più esistente al momento dell'aggiudicazione medesima, stante le modificazioni societarie cui è andata incontro la società capogruppo, così che l'aggiudicazione stessa sarebbe illegittima per violazione delle regole sulla immutabilità dei raggruppamenti temporanei d'impresa di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 e per mancato rispetto della scansione procedimentale di cui agli artt. 11 e 12 del medesimo Codice dei contratti pubblici.

Le censure sono infondate.

In primo luogo il Collegio richiama quanto evidenziato al precedente punto 12 circa la natura della procedura in esame, che fuoriesce dal perimetro applicativo proprio del d.lgs. n. 163 del 2006, così che il richiamo alla violazione dell'art. 37, così come degli artt. 11 e 12, del Codice dei contratti pubblici risulta, come tale, non appropriato. Si aggiunga che la richiamata violazione dell'art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, che vieta la modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei, risulta anche oggettivamente inapplicabile alla presente fattispecie, giacché non si è in presenza di una modificazione di un raggruppamento temporaneo d'impresa, che presuppone entrata o uscita di nuove imprese nel raggruppamento medesimo, bensì vengono denunciate e ritenute illegittime vicende societarie che hanno riguardato una società partecipante al raggruppamento stesso, che ha cambiato soci oltre che sede e denominazione dopo la presentazione dell'offerta. Il Collegio evidenzia e stigmatizza un comportamento non cristallino dell'impresa in considerazione, che avrebbe dovuto prontamente notificare l'Amministrazione delle modificazioni societarie intervenute, onde consentire alla stessa di valutarle. Tuttavia l'Amministrazione, ancorché in un momento successivo, ha avuto conoscenza delle intervenute trasformazioni e dell'identità dei nuovi amministratori della società, e ha potuto effettuare le proprie valutazioni, ritenendo che non vi fossero le condizioni per ritenere le modifiche societarie intervenute in capo alla originaria mandataria ostative alla aggiudicazione della procedura. Non risulta qui invocabile il mancato rispetto delle scansioni procedurali di cui agli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 163 del 2006, stante la già chiarita inapplicabilità del Codice dei contratti pubblici. E soprattutto appare rilevante il fatto che l'art. 51 d.lgs. n. 163 del 2006, con norma fortemente innovativa, consente anche nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di cui al Codice dei contratti pubblici di tener conto di vicende soggettive modificative che investano i partecipanti alle gara come anche gli aggiudicatari, così che la stazione appaltante può ben ammettere all'aggiudicazione, ad esempio, il soggetto risultante da una trasformazione societaria. La norma richiamata, che non è direttamente applicabile nella presente fattispecie, esprime un principio, quello della possibilità di tener conto delle vicende soggettive modificative in capo ai soggetti partecipanti alle selezioni pubbliche, che, se valido nella più rigorosa procedura selettiva delle gare sottoposte al d.lgs. n. 163 del 2006, certamente non può non valere anche in ambiti sottratti alla applicazione del Codice dei contratti pubblici.

14 – Con il terzo mezzo, sempre nell'ambito del ricorso introduttivo del giudizio, la società ricorrente si duole della circostanza che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario non è pervenuta entro il giorno e l'ora fissati negli atti di gara a pena di esclusione, sebbene l'Amministrazione abbia indicato il contrario.

La censura non può trovare accoglimento.

Il Collegio rileva, in primo luogo, che l'assunto di parte ricorrente, secondo cui la domanda della controinteressata sarebbe stata ammessa alla gara nonostante la sua tardività, avrebbe necessitato la proposizione da parte della ricorrente medesima di querela di falso nei confronti degli atti dell'Amministrazione che espongono il contrario, i quali, se non eliminati nella loro giuridica vigenza con gli strumenti all'uopo previsti dal legislatore, fanno prova di quanto in essi dichiarato e impongono di ritenere la realtà fattuale corrispondente a quanto dagli stessi attestato.

In secondo luogo, il Collegio ritiene non inverosimile la ricostruzione dei fatti come esposta dal responsabile del protocollo del Comune di Piombino nella relazione del 5 settembre 2008 (versata in atti in data 5 gennaio 2009), nella quale, a spiegare la convinzione di parte ricorrente che la propria fosse l'unica domanda di partecipazione alla gara pervenuta nei termini, si evidenzia che mentre la Mariani s.r.l. ha presentato la propria offerta direttamente all'ufficio appalti e contratti del Comune la ditta Xer Gaudi ha presentato la propria all'ufficio protocollo.

15 – Con il quarto mezzo di cui al ricorso principale la ricorrente contesta la violazione del disposto di cui all'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, evidenziando come nella gara in esame, che oltre alla vendita e concessione di beni ha ad oggetto anche la progettazione e realizzazione di lavori in attuazione delle previsioni del Piano Particolareggiato della Costa Urbana, siano state illegittimamente chiamate a far parte della commissione di gara l'arch. Camilla Cerrina Feroni e l'arch. Laura Pescini, due professioniste interne all'Amministrazione che avevano fatto parte dell'equipe che a suo tempo aveva progettato il Piano Particolareggiato della Costa Urbana e del Promontorio del Falcone, equipe di cui faceva parte anche l'arch. Leonardo Manetti, professionista esterno, che nella procedura in esame ha svolto funzioni di progettista del RTI aggiudicatario.

La censura è fondata, nei termini di seguito esplicitati.

L'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 afferma che “i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento di tratta”. È vero che, sulla base del ragionamento svolto al precedente punto 12, questa norma non è direttamente applicabile alla presente fattispecie, trattandosi di previsione disciplinare specifica della normativa dei pubblici appalti di servizi, forniture e lavori. Tuttavia, sempre al medesimo punto 12, è stato altresì chiarito che resta in ogni caso ferma l'applicazione anche nella presente fattispecie dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, discendenti direttamente dai Trattati comunitari e dalla Costituzione repubblicana, oltre alle norme sulle procedure di evidenza pubblica di cui alla risalente legislazione di contabilità di Stato (r.d. n. 827 del 1924 richiamato dal bando) e alle altre norme speciali in materia. In tale contesto deve essere evidenziato come quello di imparzialità sia in realtà il principio cardine di ogni procedura selettiva pubblica, trattandosi peraltro di principio che ha molteplici applicazioni, tra le quali un ruolo centrale assume quella inerente la composizione del seggio di gara. La composizione della commissione di gara deve essere tale da assicurare una selezione obiettiva e imparziale, il che vuol dire che essa deve essere di livello tecnico adeguato all'oggetto della gara e comunque tale da assicurare che non vi siano ingerenze di tipo politico o di altra natura nella fase della scelta della migliore offerta. In tal quadro assume specifico rilievo anche la previsione secondo la quale la selezione deve essere affidata a persone che non abbiano partecipato a precedenti fasi elaborative della procedura, siano esse tecniche o amministrative, perché la progressiva partecipazione ad altre fasi della procedura medesima è possibile fonte di inquinamento rispetto ad una imparziale ed anzi neutrale selezione delle varie proposte. Ciò è ancor più vero allorquando, come nella specie, siano chiamati a fare parte della commissione di gara persone che hanno preso parte alla elaborazione del progetto che deve essere attuato attraverso lo svolgimento della gara medesima. Ciò è quello che è avvenuto nel caso in esame. Il bando di gara (doc. 6 di parte ricorrente) richiama già nell'epigrafe e poi nella individuazione dell'oggetto della procedura selettiva il <Piano particolareggiato della costa urbana e del promontorio del Falcone> (doc. 7 di parte ricorrente); in particolare il bando medesimo richiama l'art. 10 delle NTA di tale Piano particolareggiato (relativo all'Ambito di Intervento n. 3 – via Amendola) e stabilisce che gli interventi che dovranno essere realizzati dal soggetto aggiudicatario “dovranno essere attuati nel rispetto delle prescrizioni urbanistiche ed edilizie puntualmente disciplinate dalle Norme Tecniche del P.A.della Costa Urbana”. C'è da aggiungere che, quanto ai criteri per l'aggiudicazione, 25 dei 100 punti a disposizione della commissione di gara sono destinati alla valutazione della “qualità del progetto” e non vi è dubbio che si tratti di punteggio di

rilevanza decisiva, se si tiene conto che la differenza del punteggio finale conseguito dalle due concorrenti nella gara è stata di dieci punti. Ne consegue che il principio di imparzialità esige nella specie che la commissione di gara non fosse composta da persone che avevano già partecipato alla fase elaborativa del Piano Particolareggiato e delle sue norme di attuazione, ciò almeno secondo quanto prescritto dall'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, che esclude che "i commissari diversi del presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta". In conclusione il seggio di gara è dunque risultato nel caso in esame composto in modo non rispettoso del principio di imparzialità, almeno per quanto riguarda la partecipazione ad esso dell'arch. Pescini, il che comporta la illegittimità della delibera di nomina della commissione e il suo annullamento, con travolgimento degli atti tutti della procedura in esame.

16 – L'accoglimento della censura relativa alla composizione della commissione di gara comporta il travolgimento della procedura selettiva, in una fase peraltro nella quale la stessa ha avuto già quasi integrale attuazione, il che esclude la possibilità di riedizione della gara e apre le porte all'esame della domanda risarcitoria avanzata da parte ricorrente. L'esito del giudizio, in realtà, esclude che alla società ricorrente competa un risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, spettandole piuttosto quello da perdita di chance, cioè della possibilità di vittoria della gara nell'ipotesi in cui fosse stata possibile la sua riedizione. Nelle conclusioni del ricorso introduttivo (pag. 32) parte ricorrente prende in esame l'ipotesi di accoglimento del solo quarto motivo e in tal caso chiede la riedizione della gara ovvero il risarcimento per perdita di chance da quantificarsi nel 10% del valore della gara. Ancor più chiara è la richiesta svolta a pag. 31 del ricorso: con riferimento al quarto motivo si chiede la rinnovazione della operazioni di gara ovvero "in caso di mancato accoglimento dell'istanza cautelare e di successivo accoglimento nel merito del ricorso, si chiede che il Comune di Piombino sia chiamato a risarcire per equivalente il danno subito dalla ricorrente per la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, danno che si indica nella misura del 10% del valore della gara, ovvero nel diverso maggiore o minore importo ritenuto di giustizia". In una fattispecie assai complessa come la presente, nella quale neppure il valore della gara risulta determinato in modo chiaro, il Collegio ritiene di dover calcolare il risarcimento del danno in via equitativa, sulla base del seguente percorso logico: a) il valore complessivo della gara, calcolato con riferimento agli unici due parametri economici noti (cioè prezzo di acquisto del terreno e canone di concessione dei beni, da pagarsi per 20 anni), è pari a complessivi € 979.200,00 (calcolo effettuato prendendo a riferimento l'offerta della ricorrente: € 252.000,00 per acquisto dell'immobile e canone annuo di € 36.360,00); b) il Collegio ritiene possibile utilizzare come parametro per il calcolo dell'utile perduto il criterio del 10% del valore complessivo della gara, come richiesto dalla ricorrente, ma tale criterio deve tuttavia subire due correzioni; c) la prima correzione è volta a considerare che il denaro non effettivamente impiegato nella gara in esame può essere stato utilmente impiegato dalla ricorrente in altri investimenti, traendone un utile che può essere valutato nel 3% del capitale stesso, il che fa scendere la percentuale di risarcimento spettante al 7%; d) trattandosi poi nella specie di risarcire una chance, deve tenersi conto che i partecipanti alla gara erano due e che vi era quindi il 50% delle possibilità di aggiudicarsi la gara da parte di ciascun concorrente, con il che la percentuale di danno risarcibile scende al 3,5% del valore della gara; e) ne consegue che alla ricorrente spetta, a titolo di risarcimento del danno da perdita di chance, il 3,5% di € 979.200,00 e quindi la somma di € 34.272,00, oltre interessi e rivalutazione economica.

17 – Il ricorso introduttivo del giudizio deve dunque essere accolto con annullamento degli atti impugnati. I successivi motivi aggiunti possono essere assorbiti. A parte ricorrente spetta altresì il risarcimento del danno da perdita di chance, come indicato al punto precedente.

18 – Alla ricorrente competono altresì le spese di lite, da porre a carico del Comune di Piombino, liquidate come in

dispositivo, potendo essere compensate quelle nei confronti delle altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- accoglie il ricorso introduttivo e per l'effetto annulla gli atti impugnati;
- dichiara assorbiti i motivi aggiunti;
- condanna il Comune di Piombino al pagamento nei confronti della ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, della somma di € 34.272,00 oltre interessi e rivalutazione monetaria;
- condanna il Comune di Piombino al pagamento delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente, liquidate in € 5.000,00 oltre accessori di legge; compensa le spese nei confronti delle altre parti del 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

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/11/2012

IL SEGRETARIO

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