



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1314 del 2013, proposto da:
Eco-Trass S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Antonella Arianna Pedulla', con
domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25, I comma del DLgs n.
104/2010;

contro

Viveracqua S.C.A.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Marcello M. Fracanzani,
con domicilio eletto presso Carla Gobbetto in Mestre, via Fiume, 11;

nei confronti di

C.R.E. Centro Ricerche Ecologiche S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Enzo
Robaldo, Pietro Ferraris, con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art.
25, I comma del DLgs n. 104/2010;

per l'annullamento

delle determinazioni della parte resistente n. 6/13 prot. del 29.7.2013 e n. 7/13
prot. del 2.8.2013 con le quali la parte resistente ha indetto una procedura
negoziata senza previa pubblicazione di bando per ragioni d'urgenza per

l'aggiudicazione del servizio di raccolte, trasporte e smaltimento di rifiuti costituiti da fanghi disidratati umidi prodotti dal trattamento di acque reflue urbane, codice CIG 5262882B9B, codice prativa VAF13F014; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Viveracqua S.C.A.R.L. e di C.R.E. Centro Ricerche Ecologiche S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2014 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato

che con il presente gravame l'odierna ricorrente, impresa operante nel settore oggetto della procedura di cui si controverte, ha censurato, sotto il profilo dell'insussistenza dei presupposti fissati dall'art. 221, I comma, lett. d) del DLgs n. 163/2006, la procedura negoziata senza pubblicazione di bando per l'affidamento - fino al 31.12.2013, e, comunque, fino all'espletamento della nuova gara - del "servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti costituiti da fanghi disidratati umidi prodotti dal trattamento di acque reflue urbane" del valore di € 1.678.351, indetta da VIVERACQUA scarl alla quale non era stata invitata e di cui aveva avuto tardiva conoscenza;

che – premesso che in sede di udienza camerale la Sezione ha contestato la tardività non già del ricorso, ma della domanda cautelare ai sensi dell'art. 54, u.c. del cpa – il proposto gravame è palesemente fondato in quanto nel caso di specie non sussisteva il presupposto della "estrema urgenza derivante da eventi

imprevedibili per l'ente aggiudicatore”, che, pur richiamato dall'Amministrazione, avesse impedito il rispetto dei termini per l'indizione di una gara e, dunque, consentito il ricorso alla particolare procedura prevista dall'art. 221 del codice dei contratti;

che – come questa Sezione ha già avuto modo di precisare – la procedura negoziata, che si sostanzia in una vera e propria trattativa privata, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva: l'urgenza di provvedere, pertanto, non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione, ovvero per sua inerzia o responsabilità (cfr. sent. 6.3.2013 n. 350);

che, nel presente contesto, non può costituire “evento imprevedibile” generatore di “estrema urgenza” il processo di ampliamento della stazione appaltante (processo che, anzi, è circostanza fisiologica, atteso che VIVERACQUA scarl si propone come centrale di committenza in favore degli enti aggiudicatori veneti e friulani per lo svolgimento delle procedure di affidamento in materia di servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 33 del DLgs n. 163/2006: cfr. il controricorso di Viveracqua, pagg. 3 segg.) atteso, peraltro, che l'invocata espansione è risalente, secondo quanto ha affermato la stessa stazione appaltante, “a fine maggio 2103”: per cui non solo esistevano i termini per l'indizione di una gara estesa anche ai due nuovi gestori del servizio idrico che avevano chiesto di partecipare al gruppo di acquisto, ma, se anche così non fosse, ben si poteva espletare la procedura concorsuale in corso di predisposizione, alla quale avrebbero poi potuto aderire i nuovi aggiudicatori in un secondo momento);

che, dunque, il ricorso va accolto e, pertanto, annullata la contestata procedura selettiva: atteso, peraltro, che nei procedimenti concorsuali la posizione giuridica sostanziale del partecipante assurge ad interesse legittimo (pretensivo) con riferimento all'ammissione a parteciparvi, e che nel caso di specie l'esecuzione del contratto è in fase conclusiva (cfr. la memoria 27.1.2014 di Viveracqua, pag. 4-5), il risarcimento del danno alla ricorrente non può essere disposto in forma specifica, mediante dichiarazione di inefficacia del contratto ai fini della riedizione della procedura, ma va somministrato per equivalente, in correlazione con la perdita della chance di aggiudicazione dell'appalto. Danno, questo, che si verifica tutte le volte in cui la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile a causa dell'adozione *colpevole* di un atto illegittimo da parte della PA abbia determinato una lesione del diritto all'incremento del proprio patrimonio, e che dovrà calcolarsi in via presuntiva sulla base del valore dell'appalto ridotto in relazione alla chance di aggiudicazione in sede di riedizione della gara. Il danno, pertanto, data l'impossibilità di provarlo nel suo preciso ammontare (si tratta, infatti, della chance, cioè della teorica possibilità di un risultato favorevole), va risarcito ai sensi dell'art. 1226 c.c. ricorrendo al criterio di valutazione del danno globalmente considerato per la mancata aggiudicazione, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato alla misura di probabilità di ottenere l'aggiudicazione. A tal proposito va anzitutto precisato che non si può accedere all'istanza, avanzata dalla parte, di commisurazione della perdita dell'utile di impresa pari al 10% del valore dell'offerta economica secondo il criterio desumibile dall'art. 345 della legge n. 2248/1865, all. F (riprodotto nell'art. 122 del DPR n. 554/1999), e ciò non solo perchè tale disposizione è valida per il settore dei lavori pubblici (e, dunque, non appare suscettibile di pedissequa estensione analogica ai diversi casi di appalti di servizi, come è quello di specie), ma anche perché le citate disposizioni attinenti alla liquidazione del lucro cessante sono state abrogate (cfr. l'art. 256 del DLgs n.

163/2006) e non risultano riformulate nel codice dei contratti e/o nel relativo regolamento. Con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., richiamato dall'art. 245-quinquies del DLgs n. 163/2006 (che prevede che, in assenza di dichiarazione di inefficacia del contratto, il risarcimento del danno per equivalente deve essere "provato") e al di fuori dell'ipotesi di liquidazione del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c., è sempre necessaria la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria. (cfr. CdS, IV, 2.12.2013 n. 5725; VI, 27.4.2010 n. 2384);

che, alla luce delle suesposte considerazioni – ed assodata la colpa dell'Amministrazione: il privato può, infatti, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa dell'Amministrazione: spetterà a quel punto all'Amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata – e precisato che in assenza di prova da parte dell'interessato il danno va liquidato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. (alla stregua dell'attuale crisi economica, invero, il criterio del 10% oltre a non essere, come si è detto, più vigente, sarebbe altresì illogico ed irragionevole, in quanto conduce al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale: è di questi giorni il dato – cfr. “il Sole 24 ORE” del 14 febbraio 2014 – che se nel 2008 “cento euro di fatturato producevano due euro di utili....nel 2013 cento euro di fatturato generano 50 centesimi di utile” al netto delle imposte), nel caso di specie il ristoro del danno da perdita di chance di aggiudicazione può essere quantificato - tenuto conto, altresì, che la ricorrente non ha dimostrato (anche mediante l'esibizione dei libri contabili) di non aver eseguito,

nel periodo durante il quale sarebbe stata impegnata dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno (cfr., in termini, CdS, IV, 7.9.2010 n. 6485; VI, 21.9.2010 n. 7004) - nella misura del 2% dell'importo contrattuale (tenendo conto che il relativo importo, configurandosi quale lucro cessante, è soggetto alle rituali imposte), somma che, poi, va ridotta all'1% tenendo conto dell'*aliunde perceptum* dell'impresa, ed ulteriormente ridotta ad 1/3 in ragione del numero dei partecipanti alla selezione (ove deve essere ricompreso pure il soggetto escluso per carenza di requisiti, potendo ricorrere tale evenienza anche nei confronti della ricorrente); che, pertanto, alla stregua dei suesposti principi il risarcimento del danno per perdita di chance di aggiudicazione (comprensivo del danno curricolare, di regola corrispondente al 10% di quanto liquidato a titolo di lucro cessante: cfr. TAR Veneto, 8.11.2011 n. 1663) da corrispondere all'impresa ricorrente deve essere conclusivamente quantificato in complessivi € (1.678.351 x 1% : 3 =) 5.594,50; che, dunque, alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso è fondato va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati e condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno nella misura complessiva di € 5.594,50, importo sul quale, trattandosi di debito di valore, sarà calcolata la rivalutazione monetaria dal giorno della consegna anticipata del servizio di cui è causa all'impresa aggiudicataria (7.10.2013) sino alla pubblicazione della presente sentenza. Non spettano, invece, gli interessi compensativi sulla somma via via rivalutata: nei debiti di valore, infatti, gli interessi compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria dell'eventuale danno da ritardo nella corresponsione dell'equivalente monetario attuale della somma dovuta all'epoca della produzione del danno, sicchè essi non sono dovuti ove il debitore non dimostri la sussistenza di una perdita da lucro cessante per non avere conseguito la disponibilità della somma di danaro non rivalutata fino al momento della verifica del danno ed

averla potuta impiegare redditiziamente in modo tale che avrebbe assicurato un guadagno superiore a quanto venga liquidato a titolo di rivalutazione monetaria (cfr., per tutte, Cass. Civ., III, 12.2.2008 n. 3268). A decorrere dalla pubblicazione della sentenza, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta e, pertanto, saranno corrisposti gli interessi legali fino al soddisfo. Spese rifuse come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna VIVERACQUA scarl a risarcire alla ricorrente i danni conseguenti alla perdita di chance, liquidati come in motivazione.

Spese rifuse nella misura di € 3.000,00 oltre a IVA, CPA ed al contributo unificato, a carico di entrambe le parti resistenti "pro quota".

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2014

IL SEGRETARIO

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