

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sez. I, 25
maggio 2009, n. 511**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
Sezione Prima
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1276/2008, proposto da ALFA di N. C. & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. I. M. D., ed elettivamente domiciliata in C., viale G. A. 14, presso lo studio dell'avv. R. M.;

contro

BETA S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliato in C., viale D. F. 31, presso lo studio dell'avv. G. D., che lo rappresenta e difende;

nei confronti di

L. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del 12 giugno 2008 del Presidente del Consiglio di Amministrazione della BETA S.r.l., di non procedere ad aggiudicazione definitiva dell'appalto per la fornitura di gasolio;
- della nota, prot. DG/284 dell'1 agosto 2008;

nonché con ricorso per motivi aggiunti

del bando di gara avente ad oggetto l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, della fornitura biennale di gasolio agevolato per trazione ferroviaria e di gasolio nazionale per trazione automobilistica;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETA S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 24 aprile 2009 il Cons. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato, depositato nella Segreteria del Tribunale il 26 novembre 2008, la ALFA di N. C. & C. S.a.s. ha impugnato la determinazione del 12 giugno 2008 del Presidente del Consiglio di Amministrazione della BETA S.r.l., con cui è stato disposto di non procedere ad aggiudicazione definitiva dell'appalto per la fornitura di gasolio, della durata di 24 mesi, prorogabili per altri sei, per un importo presunto di € 15.241.216,50 oltre IVA. La stessa ha impugnato, altresì, la relativa lettera di trasmissione dell'1 agosto 2008.

La ricorrente, precisato di essere stata l'unica offerente e di avere proposto un ribasso rispetto all'importo a base d'asta pari al 4,072%, ha dedotto l'illegittimità del provvedimento menzionato, che ha negato l'aggiudicazione sull'assunto della non convenienza dell'offerta, ai sensi dell'art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006.

La ricorrente ha, quindi, chiesto l'annullamento degli atti impugnati. Ha chiesto, altresì, che sia pronunciata condanna della BETA S.r.l. al risarcimento dei danni per equivalente.

Si è costituita la BETA, eccependo l'irricevibilità del ricorso per tardività e deducendo, comunque, l'infondatezza dello stesso.

Con ordinanza n. 121 del 2 febbraio 2009, essendosi ritenuto che le censure poste alla base dell'impugnazione siano, ad un primo sommario esame, suscettibili di favorevole considerazione, è stata fissata l'udienza di trattazione del merito, ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034/1971. Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha, quindi, esteso l'impugnazione al bando con cui è stata indetta nuova gara avente ad oggetto l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, della fornitura biennale di gasolio agevolato per trazione ferroviaria e di gasolio nazionale per trazione automobilistica. A fondamento del gravame la ricorrente ha riproposto le censure già dedotte con il ricorso introduttivo e, ribadite le domande proposte, ha chiesto l'annullamento anche del bando relativo alla nuova gara. Le parti hanno prodotto memorie. Alla pubblica udienza del 24 aprile 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. La ALFA ha partecipato alla procedura negoziata indetta dalla Società BETA per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, della fornitura di gasolio agevolato per trazione ferroviaria e di gasolio nazionale per trazione automobilistica, per la durata di 24 mesi, prorogabili per altri sei, per un importo a base d'asta di € 15.241,216,50, oltre IVA.

L'indizione della procedura ha fatto seguito al provvedimento dell'8 maggio 2008 con il quale la BETA aveva disposto di non procedere ad aggiudicazione di precedente, analoga, fornitura in favore dell'odierna ricorrente. L'offerta della ALFA, l'unica ammessa, che aveva proposto un ribasso dell'11,41%, era stata, infatti, ritenuta non conveniente.

La ALFA, che ha ricevuto la lettera di invito alla procedura negoziata il 12 maggio 2008, ha partecipato alla procedura negoziata, indetta in conseguenza dell'esito negativo della gara precedente, proponendo un ribasso rispetto all'importo a base d'asta, pari ai prezzi medi nazionali SIF - SIVA (Prezzi Italia), del 4,072%.

La ALFA è risultata essere l'unica partecipante alla procedura negoziata.

Con nota del 1° agosto 2008 la Società BETA ha comunicato che il Presidente del Consiglio di Amministrazione non ha proceduto all'aggiudicazione della gara, avendo ritenuto l'offerta economica, unica presentata, non conveniente ai sensi del terzo comma dell'art. 81 del d.lgs. n. 163/2006.

Si legge nel provvedimento del Presidente del Consiglio di Amministrazione, datato 12 giugno 2008, che, nell'esercizio del potere discrezionale previsto dalla lex specialis, si è deciso di non procedere all'aggiudicazione definitiva della fornitura di gasolio alla ditta BETA S.a.s. di G. del C., in quanto l'offerta non è considerata conveniente.

La ALFA ha impugnato la nota di comunicazione ed il provvedimento del Presidente del Consiglio di Amministrazione.

2. Occorre partire dall'esame dell'eccezione di irricevibilità sollevata dalla difesa della Società resistente.

Ha osservato quest'ultima che il provvedimento impugnato è stato notificato alla ricorrente in data 1° agosto 2008 a mezzo fax ed in data 28 agosto 2008 a mezzo posta.

Facendo decorrere il termine di sessanta giorni dalla scadenza del periodo feriale e, quindi, dal 16 settembre 2008, il termine veniva a scadere il 14 novembre 2008. La notificazione presso la sede legale della BETA ha avuto luogo il 18 novembre 2008 e, quindi, secondo la resistente, oltre il termine di sessanta giorni.

L'eccezione non ha fondamento.

Se è vero che la notificazione alla Società resistente è stata effettuata il 18 novembre 2008, ciò non implica tardività del gravame, atteso che, come risulta dall'originale di notifica, la consegna dell'atto agli ufficiali giudiziari ha avuto luogo in data antecedente al sessantesimo giorno e precisamente in data 14 novembre 2008.

È appena il caso di ricordare che, in seguito alle note sentenze della Corte costituzionale, rispetto al soggetto notificante, la notificazione deve intendersi perfezionata con la consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario (per la notifica "a mani", si confronti Corte cost. 23 gennaio 2004 n. 28, che ha ritenuto l'infondatezza della q.l.c. degli artt. 139 e 148 c.p.c. sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 cost., in quanto, per effetto delle sentenze n. 69/1994 e 477/2002 rese dalla Corte, è già presente nell'ordinamento processuale civile un principio generale in materia di notificazioni di atti, in forza del quale la notifica stessa, qualunque ne siano le modalità, deve considerarsi perfezionata, per il richiedente, al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario).

La resistente rileva che l'unica norma toccata dalle pronunce della Corte costituzionale è quella di cui all'art. 149 c.p.c., relativa alla notificazione a mezzo posta. Le altre pronunce, interpretative di rigetto, non avendo inciso sul tessuto normativo relativo alle altre modalità di effettuazione della notificazione, non avrebbero alcuna efficacia vincolante nei confronti dell'interprete.

L'argomento non è condivisibile.

Se è vero che dalle sentenze interpretative di rigetto, in linea generale, non deriva alcun effetto vincolante nei confronti del soggetto dell'ordinamento che si trovi a dover applicare la norma di cui si tratta, è anche vero che, nel caso di specie, le pronunce demolitorie della Corte hanno determinato, come sottolinea la Corte stessa, l'introduzione di un principio di carattere generale in materia di notificazioni, che ha forza cogente nei confronti dell'interprete che debba fare applicazione delle norme pur formalmente non toccate da pronunce di carattere costitutivo.

Le norme in questione, quindi, vanno lette ed interpretate in aderenza ai principi di cui sopra, senza alcuna possibilità da parte dell'interprete di difforme applicazione.

3. Come premesso nell'esposizione in fatto, la ricorrente, con il primo motivo ha dedotto la violazione dell'art. 81, comma 3, del decreto ora menzionato, dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 97 Cost., nonché eccesso di potere per erronea supposizione in fatto ed in diritto, carenza assoluta di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, irragionevolezza, illogicità e perplessità.

La stessa ha messo in risalto, innanzi tutto, che il potere di non procedere ad aggiudicazione allorché nessuna offerta sia ritenuta conveniente o idonea, contemplato dall'art. 81, terzo comma, del Codice dei contratti pubblici, non ha carattere di assolutezza, come sembrerebbe pretendere l'organo decidente, sicché la valutazione di

convenienza sarebbe sempre sindacabile, in modo tanto più penetrante quanto più sia possibile rapportarla a criteri oggettivi.

I parametri cui attenersi nell'esercizio del potere in questione sarebbero stabiliti dall'art. 89, commi 1 e 2, del Codice, che stabilisce gli elementi cui riferirsi al fine di fissare il prezzo base e di valutare la convenienza dell'offerta e l'osservanza di tali parametri costituirebbe il metro di legittimità dell'esercizio del potere.

Nel caso dell'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, nel quale è fissata una soglia minima di convenienza stabilita dalla stessa stazione appaltante, sarebbe addirittura da escludere la possibilità stessa di affermare la non convenienza di un'offerta che presenti una percentuale anche minima di ribasso.

Ad una diversa soluzione potrebbe pervenirsi solo in casi assolutamente peculiari e sulla base di una congrua motivazione.

L'operato della stazione appaltante, nel caso di specie, avrebbe sconfinato nell'arbitrio, atteso che era prevista l'aggiudicazione in favore della ditta che avesse offerto il massimo ribasso in percentuale sui prezzi SIF - SIVA (di fonte ministeriale) e che la ALFA era l'unica in gara.

Risultava esclusa, pertanto, la possibilità stessa di giudicare non conveniente l'offerta.

L'arbitrio perpetrato dalla stazione appaltante sarebbe reso palese, tra l'altro, dalla mancanza di istruttoria e di motivazione.

Con il secondo motivo, la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 2, commi 1 e 4, del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 1337 c.c., dei principi di imparzialità e di affidamento, degli artt. 21 nonies e 3 della legge n. 241/1990, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, omessa ponderazione di interessi privati e sviamento.

La stazione appaltante, con il proprio comportamento, che ha reiterato quello tenuto nella gara precedente e che ha finito per favorire l'impresa che ha continuato a provvedere alla fornitura di carburante (L. S.r.l.), avrebbe violato i canoni di correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, non proporzionalità e pubblicità, cui fa riferimento l'art. 2, primo comma, del Codice dei contratti pubblici. La stessa avrebbe violato, altresì, il disposto del quarto comma dello stesso art. 2, che, nel sancire l'applicabilità delle norme del codice civile nella materia dei contratti pubblici, ha imposto alle parti, tra le altre cose, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in osservanza della norma di cui all'art. 1337 c.c.

La stazione appaltante avrebbe disposto l'annullamento della gara non per illegittimità degli atti del procedimento, ma per asserita non convenienza dell'offerta. Ciò in violazione dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990, che contempla, quale presupposto del provvedimento di annullamento, l'illegittimità dell'atto da annullare.

In ogni caso, anche a voler ritenere sussistenti le condizioni legittimanti all'adozione del provvedimento di autotutela in questione, la stessa stazione appaltante, nell'adottare il provvedimento di annullamento avrebbe omesso di ponderare e temperare gli interessi pubblici e privati coinvolti.

4. Le censure richiamate possono essere esaminate congiuntamente, attenendo ad profili strettamente connessi.

Come rilevato in precedenza la stazione appaltante ha ritenuto di non procedere all'aggiudicazione in applicazione della norma di cui

all'art. 81, terzo comma, del Codice dei contratti pubblici, ai sensi della quale "le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto".

Con tale norma è stato fissato a livello normativo il principio giurisprudenziale secondo cui, in materia di contratti della pubblica amministrazione, il potere di non aggiudicare ben può trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse (Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 1999, n. 1986, Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838).

Si tratta, evidentemente, di una potestà pubblica, esercitabile sulla base della valutazione degli interessi pubblici, ma pur sempre in aderenza, tra l'altro, ai principi di ragionevolezza, non discriminazione, proporzionalità, affidamento e buona fede in senso oggettivo.

È da escludere, quindi, come appare perfino ovvio, che quella riconosciuta alla stazione appaltante sia una semplice facoltà, comunque esercitabile in funzione esclusiva di una convenienza liberamente valutata al momento di procedere all'aggiudicazione.

La giurisprudenza, inoltre, ha costantemente affermato la necessità che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi, in base ai quali si è ritenuto di non procedere all'aggiudicazione. Occorre, pertanto, una congrua motivazione, che metta in risalto l'iter logico attraverso il quale, sulla base della considerazione di prevalenti interessi pubblici, si è statuito di concludere negativamente il procedimento concorsuale (TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 4 luglio 2006 n. 785).

La potestà in questione, d'altra parte, appare esercitabile solo in presenza di circostanze obiettivamente rilevanti e non preventivabili e prevenibili al momento della predisposizione della lex specialis. In caso contrario, infatti, non si tratta di non convenienza dell'offerta, quanto piuttosto di errori o difetti della lex specialis, cui si potrà rimediare mediante l'esercizio del potere di autotutela, ove ne ricorrano tutti i presupposti, e non con il diniego di aggiudicazione.

Come osserva la ricorrente, i vincoli all'esercizio del potere in questione appaiono tanto più stringenti nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso. La stazione appaltante, infatti, in sede di predisposizione del bando di gara o degli inviti, nel fissare il prezzo a base di gara, è tenuta ad effettuare una rilevazione dei prezzi di mercato, ai sensi dell'art. 89 del Codice dei contratti pubblici. Ne discende che, in linea di principio, un'offerta in ribasso rispetto al prezzo a base di gara non potrà che essere allineata ai prezzi di mercato e non se ne potrà quindi affermare la non convenienza. L'eventuale non convenienza non potrà che dipendere da errori nella predisposizione del bando o dell'invito, cui si potrà rimediare con gli strumenti dell'autotutela.

Ciò, beninteso, non esclude in modo assoluto la possibilità di non aggiudicazione, come invece vorrebbe la ricorrente, potendosi verificare situazioni eccezionali o comunque imprevedibili, quali ad esempio fluttuazioni del mercato, che possono giustificare valutazioni diverse, di cui, ovviamente, dovrà darsi ampiamente conto nel provvedimento di diniego di aggiudicazione.

Venendo al caso di specie, non risulta, innanzi tutto, sussistente alcuna delle ragioni in base alle quali può giungersi ad una determinazione di non aggiudicazione. Il provvedimento, infatti, appare adottato in funzione di una generica valutazione di non convenienza dell'offerta e non di specifiche situazioni non preventivabili al momento dell'invio degli inviti.

D'altra parte, il provvedimento risulta del tutto carente sotto il profilo motivazionale, non andandosi oltre l'affermazione di non convenienza.

È bene precisare, infine, che, per quanto nella comunicazione del Direttore Generale della BETA si faccia riferimento all'annullamento della gara, il provvedimento adottato non costituisce espressione del potere di autotutela. Il riferimento all'annullamento è frutto di una semplice imprecisione, che non assume alcuna rilevanza in questa sede. Ne discende l'infondatezza delle censure con le quali si rileva la violazione di norme e principi in materia di autotutela.

In accoglimento del ricorso deve, pertanto, disporsi l'annullamento determinazione del 12 giugno 2008 del Presidente del Consiglio di Amministrazione della BETA S.r.l., di non procedere ad aggiudicazione definitiva dell'appalto per la fornitura di gasolio.

Quanto alla comunicazione del Direttore Generale, anch'essa impugnata, è chiaro che si tratta di un atto non avente valenza procedimentale e che, pertanto, non è in grado di incidere sulle situazioni soggettive della ricorrente.

5.1 Occorre vagliare, a questo punto, la domanda di risarcimento dei danni, rinviando a dopo l'esame del ricorso per motivi aggiunti.

La ricorrente chiede la condanna della BETA al risarcimento dei danni conseguenti all'adozione del provvedimento illegittimo.

In particolare, quanto al danno emergente, riconducibile alle spese di partecipazione alla gara, esso viene quantificato in un importo corrispondente al 2% dell'importo presunto dell'appalto (base d'asta depurata dal ribasso offerto).

Quanto al lucro cessante, riconducibile, innanzi tutto, al mancato guadagno conseguente alla non esecuzione della fornitura, la ricorrente chiede che, facendosi riferimento alla previsione dell'art. 345 della legge n. 2248/1865 All. F, esso sia quantificato in un importo pari al 10% dell'importo presunto dell'appalto. La stessa, tra i danni da risarcire, individua anche il c.d. danno curricolare, che quantifica nel 3% dell'importo presunto dell'appalto ed il mancato ammortamento di attrezzature e macchinari, per il quale richiede un ulteriore 3%.

5.2 Va osservato, innanzi tutto, che gli effetti demolitori della presente decisione si rivelano non soddisfattivi dell'interesse della società ricorrente, che è correlato alla possibilità di aggiudicarsi l'appalto, al fine di conseguire un utile.

Riguardo alla responsabilità dell'Amministrazione procedente, il danno patrimoniale dedotto risulta prodotto in lesione di una situazione di interesse legittimo di tipo pretensivo, che sottende un interesse che appare meritevole di tutela, potendosi esprimere un positivo giudizio prognostico in ordine alla spettanza del bene della vita cui esso di riferisce, visto che la ricorrente era l'unica offerente in gara ed aveva conseguito l'aggiudicazione provvisoria. Tale rilievo e l'accertata illegittimità del provvedimento di aggiudicazione connotano in termini di ingiustizia il danno patrimoniale dedotto.

5.3 Analizzando gli elementi costitutivi dell'illecito, appare più che evidente l'esistenza di un nesso causale tra l'illegittimo comportamento dell'Amministrazione procedente ed il pregiudizio patrimoniale in discorso, che è riconducibile all'adozione dell'atto oggetto di annullamento.

5.4 Deve prendersi in considerazione, inoltre, l'elemento soggettivo. Ai fini dell'affermazione di un'eventuale responsabilità dell'Amministrazione per l'illegittimo comportamento posto in essere, causativo dei danni si cui la ricorrente chiede il risarcimento, non può prescindere, infatti, dalla considerazione del requisito della colpa. La responsabilità patrimoniale della p.a. connessa all'adozione di provvedimenti illegittimi trova fondamento nella clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., che impone di verificare la sussistenza dell'elemento in questione e, nel caso dell'esercizio della funzione amministrativa, che il comportamento illegittimo, consistente nell'adozione ed esecuzione dell'atto annullato, implichi la violazione delle regole di diligenza, imparzialità e trasparenza, alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi (in tema, fra le altre, Cons. St., sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204).

Va evidenziato, in proposito, che il requisito soggettivo di cui si discute deve essere riferito non all'atteggiamento psicologico della persona fisica, ma al funzionamento complessivo dell'apparato pubblico, trattandosi di verificare se il comportamento stesso si sia adeguato alle regole di legalità, imparzialità e buon andamento cui, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, deve adeguarsi l'azione amministrativa.

Secondo l'orientamento che appare ormai prevalente nella giurisprudenza amministrativa, il danneggiato ha pur sempre l'onere di dimostrare la colpa dell'Amministrazione, nel senso sopra indicato, mediante l'allegazione di elementi indiziari.

Tra essi, in particolare, la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'attività posta in essere, l'univocità della normativa di riferimento, l'apporto partecipativo al procedimento (in tema, di recente, Cons. St., sez. IV, 165 luglio 2007 n. 4010).

Su queste basi, spetterà, poi, all'Amministrazione dimostrare l'esistenza di elementi che valgano ad ascrivere la condotta della stessa allo schema dell'errore scusabile, definibili sulla base dell'impostazione propria della giurisprudenza comunitaria, che, nell'assegnare valenza decisiva alla gravità della violazione, utilizza parametri quali il grado di chiarezza della norma violata, la presenza di una giurisprudenza consolidata sulla questione, la novità di essa, riconoscendo, in tal modo, portata esimente all'errore di diritto (così, Cons. St., n. 4010/2007 cit.).

Venendo al caso di specie, va rilevato che l'esame della vicenda pone in evidenza la violazione di norme giuridiche e di previsioni della lettera di invito che si prestano ad interpretazione assolutamente univoca e non pongono soverchie difficoltà all'atto della loro applicazione. Il potere discrezionale di non aggiudicare in favore dell'offerta non congrua o non conveniente, previsto dall'art. 81, come già rilevato e come è, del resto evidente, una semplice facoltà da esercitare in funzione esclusiva di una convenienza liberamente valutata al momento di procedere all'aggiudicazione.

Nessun elemento di carattere concreto è stato addotto dall'Amministrazione al fine di dimostrare l'esistenza di una situazione del tipo di quelle evidenziate, tale da far ritenere

scusabile l'errore che, secondo quanto rilevato, è riconnesso ad un'evidente violazione di legge.

Devono, pertanto, ritenersi violate quelle regole di cui all'art. 97, cui sopra si è fatto riferimento, che devono guidare l'azione amministrativa e che costituiscono il punto di riferimento nella valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano della pubblica amministrazione.

In conclusione, è ravvisabile un atteggiamento colposo dell'Amministrazione in questione.

5.5 Non resta che procedere alla quantificazione del danno risarcibile, non senza evidenziare, in proposito, che il risarcimento, correlato all'illegittimità della mancata aggiudicazione, va commisurato al c.d. interesse positivo e comprendere tanto il danno emergente, quanto il lucro cessante.

La Società ricorrente chiede, innanzi tutto, il risarcimento del danno emergente, da commisurare ai costi sostenuti per la partecipazione alla gara, chiede il risarcimento del danno conseguente al mancato guadagno.

Per tale parte la domanda non può trovare accoglimento.

La partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. La giurisprudenza riconosce il diritto al risarcimento solo nell'ipotesi in cui l'impresa abbia subito un'illegittima esclusione, perché in tal caso viene in rilievo il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili e addirittura illegittime (TAR Abruzzo, L'Aquila, 4 settembre 2008 n. 1050; Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2008 n. 3340).

Quanto al mancato guadagno, la ricorrente chiede che, in applicazione analogica della norma di cui all'art. 345 della legge sui lavori pubblici (legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. F), esso sia liquidato nella misura del 10% dell'importo dell'appalto.

Deve osservarsi che la prevalente giurisprudenza ha, effettivamente, ritenuto applicabile in via analogica l'art. 345 della legge sui lavori pubblici (v. ora art. 134 del Codice dei contratti pubblici), riconoscendo, a titolo di mancato guadagno, la misura del 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata dall'impresa.

La stessa giurisprudenza ha, tuttavia, precisato che tale valore percentuale è applicabile integralmente solo se l'impresa possa documentare di non avere potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre, quando tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che la stessa possa avere riutilizzato mezzi e personale per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile (tra le altre, TAR Lazio, sez. 7 ottobre 2008 n. 8785; Cons. St., sez. VI, 03 aprile 2007, n. 1514).

La ricorrente ha esibito documentazione dalla quale risulta una contrazione dell'attività imprenditoriale, che ha condotto anche al licenziamento di alcuni lavoratori.

In effetti da ciò risulta che l'impresa ha operato al di sotto delle proprie potenzialità, con conseguente riduzione degli utili

complessivi che la stessa avrebbe ritratto dall'aggiudicazione della fornitura in questione.

Ciò premesso, appare equo riconoscere, quale risarcimento per il mancato guadagno e il danno emergente, una percentuale pari al 10% dell'importo per l'esecuzione dell'appalto (base d'asta depurata dal ribasso di cui all'offerta).

Quanto al c.d. danno curriculare, va osservato che la giurisprudenza ormai pressoché unanime riconosce che l'esecuzione stessa di un appalto implica vantaggi per l'impresa, sia sul piano dell'immagine nel mercato, sia sul piano dell'acquisizione di maggiori chances in future contrattazioni, anche in relazione ai requisiti di qualificazione e valutazione (in tema, Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1514; Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751).

Appare equo, al riguardo, considerato anche l'importo della fornitura, riconoscere un ulteriore 1% sull'importo di cui sopra, a ristoro del pregiudizio economico in questione.

Sempre in considerazione dell'importo della fornitura, appare equo riconoscere una percentuale dell'1% per mancato ammortamento di macchinari ed attrezzature.

Per la concreta quantificazione del risarcimento del danno, il Collegio ritiene, in applicazione del disposto dell'art. 35 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, limitandosi, quindi, in questa fase, ad una condanna generica ed alla fissazione dei criteri e dei termini per la liquidazione in sede amministrativa.

L'Amministrazione resistente, pertanto, formulerà una proposta in ordine alla somma offerta a titolo di risarcimento, con la quale dovrà riconoscere alla Società ALFA:

- 1) una somma pari al 10% dell'importo dell'offerta economica dalla Società ALFA quale corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto, a titolo di risarcimento del danno per il lucro cessante;
- 2) una somma pari ad un ulteriore 1% dell'importo dell'offerta economica dalla stessa Società, a titolo di risarcimento del danno curriculare;
- 3) una somma pari all'1% dell'importo di cui sopra per mancato ammortamento di macchinari ed attrezzature;
- 4) rivalutazione monetaria delle somme di cui sopra, dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, fino al deposito della presente sentenza;
- 5) interessi compensativi, da computare sull'importo originariamente dovuto e, quindi, sui progressivi adeguamenti correlati all'inflazione, calcolati in via equitativa in base agli indici medi di svalutazione.

La proposta di cui sopra dovrà essere formulata entro il termine di centoventi giorni successivi alla notifica della presente sentenza.

Su tutte le somme dovute decorreranno, altresì, gli interessi legali, dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

6. Il riconoscimento del risarcimento del danno per la mancata esecuzione dell'appalto implica l'improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti, teso all'affermazione dell'illegittimità del nuovo bando per la fornitura biennale di gasolio.

La soddisfazione dell'interesse sostanziale alla base delle situazioni soggettive lese implica, sul piano processuale, il venire meno

dell'interesse a ricorrere avverso l'atto con cui viene indetta una nuova gara.

Con l'indizione della nuova gara, anzi, la stessa ALFA ha acquisito un'ulteriore chance di aggiudicarsi la fornitura.

7. In conclusione, in accoglimento del ricorso, deve disporsi l'annullamento della determinazione del 12 giugno 2008 del Presidente del Consiglio di Amministrazione della BETA S.r.l., di non procedere ad aggiudicazione definitiva dell'appalto per la fornitura di gasolio e la condanna della BETA S.r.l. al risarcimento dei danni, nei termini di cui sopra. Il ricorso per motivi aggiunti va, invece, dichiarato improcedibile.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, Sede di Catanzaro, Sezione Prima, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato e condanna la BETA S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., al risarcimento dei danni, da determinarsi, ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, secondo i criteri di cui in motivazione; dichiara improcedibile il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 24 aprile 2009 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Anna Corrado, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO