

Pubblicato il 29/05/2024

N. 00848/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00057/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 57 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da: (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura C.I.G. (...), rappresentata e difesa dagli avvocati A. G., D. V., con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria in (...);

nei confronti

(...) non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- dell'avviso pubblico del 14.11.2023;
- della nota del responsabile del procedimento prot. n. 28366 dell'11.12.2023;
- del decreto del direttore generale n. 1574 prot. n. 27904 del 6.12.2023 e relazioni e proposte del responsabile del procedimento ivi citate;
- del decreto del direttore generale n. 5, prot. n. 177 dell'8.01.2024 di affidamento del servizio alla società (...);

nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con subentro della ricorrente;

per l'annullamento

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- del decreto n. 129 del 5.02.2024.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2024 il dott. Arturo Levato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Per mezzo di ricorso principale (...) ha chiesto l'annullamento dell'avviso pubblico del 14.11.2023, del decreto n. 5 prot. n. 177 dell'8.01.2024 di affidamento alla società (...) del servizio di assistenza tecnica ed informatica a supporto del corso di specializzazione per il sostegno – (...), nonché degli ulteriori atti in epigrafe meglio indicati, agendo altresì per la declaratoria di inefficacia del contratto, con subentro.

Risultando affidataria dei due ultimi appalti del descritto servizio di assistenza tecnica ed informatica, la ricorrente espone che il 17.10.2023 è stata invitata, insieme ad altri operatori economici, a presentare un

preventivo per un affidamento in via diretta dello stesso servizio ex art. 50, comma 1, lett. b) D. Lgs. n. 36/2023, per un valore dell'appalto di euro 137.310,30 oltre i.v.a.

Il 14.11.2023 (...) ha tuttavia pubblicato, senza revocare il precedente bando, un nuovo avviso pubblico di indagine esplorativa di mercato, sempre per la stessa commessa e senza limitazioni alla partecipazione. In particolare, nelle "modalità di selezione" è stato previsto l'invito in favore di chi avesse manifestato interesse e, quindi, una successiva fase di "confronto tra preventivi su Mepa", con la previsione dell'affidamento diretto del servizio all'operatore economico "in possesso dei requisiti e di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, che presenterà l'offerta più congrua e conveniente, in quanto in grado di garantire un rispondente alle esigenze dell'amministrazione ad un costo allineato con i valori di mercato".

L'esponente ha quindi manifestato, anche con riferimento alla seconda procedura, il proprio interesse conformemente alle indicazioni dell'Università.

Con nota prot. n. 28366 dell'11.12.2023 la resistente amministrazione, richiamando il decreto n. 1574 prot. n. 7904 del 6.12.2023, ha però comunicato alla società ricorrente, ai sensi dell'art. 90 comma 1 lett. a) D. Lgs. n. 36/2023, che nei suoi confronti sussisteva un veto derivante dal principio di rotazione, per cui, nonostante l'invito e la presentazione del preventivo per il primo avviso, non le sarebbe stato affidato il servizio, né sarebbe stata invitata a presentare un preventivo per la prosecuzione della procedura con riferimento al secondo avviso. Il decreto n. 1574/2023 ha inoltre precisato che per il primo avviso pubblico del 17.10.20123 solo la ricorrente aveva presentato un preventivo.

È seguita pertanto la procedura selettiva relativa al secondo avviso pubblico, con aggiudicazione del servizio per il periodo compreso tra gennaio e giugno 2024 a (...), unica partecipante, la quale ha indicato un ribasso di appena l'1%, minore rispetto al preventivo che la ricorrente aveva prodotto con riferimento al primo avviso pubblico per lo stesso identico servizio e pari al 4%.

La ricorrente lamenta quindi l'illegittimità degli atti avversati per violazione del principio di legittimo affidamento e di rotazione.

1.1. Si è costituita (...), la quale ha confutato le avverse censure e concluso per il rigetto del ricorso.

1.2. Con ordinanza n. 58/2024 è stata ritenuta suscettibile di favorevole scrutinio la doglianza relativa all'illegittima esclusione della ricorrente dal secondo avviso pubblico del 14.11.2023.

2. Con motivi aggiunti (...) ha impugnato il decreto n. 129 del 5.02.2024, lamentando l'omessa attuazione dell'ordinanza cautelare n. 58/2024 e la perdurante esecuzione del servizio da parte dell'aggiudicataria, insistendo sulla richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto, con subentro.

2.1. Resiste (...).

2.2. L'ordinanza cautelare n. 109/2024 ha disposto l'accoglimento della richiesta di tutela interinale avanzata dall'esponente, con prescrizione all'intimata (...) di rideterminarsi entro breve termine -attesa la conclusione del servizio fissata al 30.06.2024- sulla procedura selettiva, mantenendo nelle more l'attività di assistenza informatica.

3. Il 3.05.2024 la ricorrente ha quindi presentato una memoria, deducendo che in esito all'emanazione dell'ordinanza n. 109/2024 (...) ha rinnovato la procedura e, pertanto, ha indetto una manifestazione d'interesse con aggiudicazione del servizio in favore dell'operatore economico che avesse presentato il preventivo con il maggiore ribasso.

L'avviso ha riguardato le sole ore residue dopo l'esecuzione parziale di (...), cioè 1980 ore a fronte delle iniziali 5490, avendo nelle more (...) svolto il servizio per 3510 ore.

L'esponente precisa che la nuova gara è stata aggiudicata a (...) che, mentre in precedenza aveva goduto dell'aggiudicazione con un ribasso minimo in assenza di altri partecipanti, nel momento in cui ha dovuto fronteggiare la concorrenza di (...) ha presentato un elevato ribasso. La ricorrente è quindi giunta in seconda posizione, sulla scorta dello stesso ribasso del 4% già indicato nella prima procedura.

Rileva quindi (...) che a fronte della sostanziale esecuzione dell'appalto non residuerebbe spazio per la declaratoria di inefficacia del contratto, permanendo tuttavia l'interesse al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 124 c.p.a.

4. All'udienza pubblica del 22 maggio 2024 la causa, previo avviso ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. di possibili profili di inammissibilità della domanda risarcitoria, è stata trattenuta in decisione.

5. In conformità agli assunti espressi in sede cautelare, la richiesta di annullamento è accolta nei limiti di quanto di seguito indicato.

5.1. Con la prima censura la deducente lamenta l'illegittimità del mancato affidamento del servizio previsto nel primo avviso pubblico del 17.10.2023, stante l'omessa partecipazione alla selezione di altri operatori economici invitati, così da escludere la lesione del principio di rotazione.

La doglianza va disattesa.

Invero, la stazione appaltante rispetto all'avviso per l'affidamento diretto del 17.10.2024 ha correttamente applicato il principio di rotazione ex art. 49 D. Lgs. n. 36/2023, che non consente un terzo affidamento consecutivo, principio vigente per le commesse pubbliche di importo inferiore alle soglie europee, pari a 140.000,00 euro per gli appalti di servizi come nella fattispecie.

Né, ancora, ricorrono le ipotesi derogatorie evincibili dal combinato disposto degli artt. 49, commi 5, 6, 50, comma 1, D. Lgs. n. 36/2023, individuate nell'importo dell'appalto inferiore a 5.000,00 euro, nelle condizioni di mercato che impongano di reinvitare il contraente uscente e nella previsione di procedure negoziate di cui alle lett. c), d), e) del richiamato art. 50, comma 1.

5.2. Con la seconda censura l'esponente sostiene che la stazione appaltante avrebbe in modo illegittimo impedito la sua partecipazione alla procedura selettiva indetta con il secondo avviso pubblico del 14.11.2023, in quanto aperta a tutti gli interessati.

Il motivo è fondato.

Occorre premettere che il principio di rotazione non si applica, come precisato nelle Linee Guida A.n.a.c., qualora il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non disponga alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 31 marzo 2023, n. 5555).

Applicando il richiamato principio ermeneutico alla vicenda in esame, emerge come l'avviso pubblico del 14.11.2023 non abbia integrato un affidamento diretto, essendo in esso prevista una selezione aperta a tutti e basata sul criterio dell'offerta più congrua e conveniente, così da escludere una potenziale lesione del principio di rotazione.

6. La domanda è pertanto fondata secondo quanto chiarito, con conseguente annullamento dell'avviso pubblico del 14.11.2023, nella parte in cui ha precluso alla ricorrente la partecipazione alla procedura selettiva, nonché delle successive determinazioni attuative.

7. Si impone pertanto il vaglio della domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Sul punto rileva il Collegio che la richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto e subentro, quale tutela in forma specifica (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 luglio 2022, n. 9785), consenta di ritenere in essa compresa la domanda di ristoro per equivalente -non formalmente avanzata dalla deducente- per come prevista dalla seconda parte dell'art. 124 c.p.a., a mente del quale "Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato" (Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2021, n. 3458).

7.1. Ciò chiarito, deduce l'esponente che se non fosse stata illegittimamente esclusa dalla partecipazione alla procedura bandita con l'avviso pubblico del 14.11.2023, aperto a tutti gli interessati, si sarebbe aggiudicata l'appalto grazie al ribasso, già manifestato nella selezione del 17.10.2023, del 4% sul prezzo di gara, superiore e più conveniente rispetto a quello prodotto da (...). In tal caso, avrebbe conseguito un utile pari ad euro 14.603,40, così determinato: offerta economica euro 23,50 per ora; costo manodopera, fisso e non soggetto a ribasso, euro 20,84 per ora; utile per ora euro 2,66; 2,66 x 5490 ore = euro 14.603,40.

Sostiene quindi la ricorrente che il risarcimento debba ricomprendere l'intero monte orario, perché senza l'errore originario avrebbe svolto tutto il servizio.

Ove, invece, si volesse limitare il risarcimento alle sole ore svolte prima del rinnovo della procedura, l'utile sarebbe di euro 9.336,60, cioè ore 3510 ore x 2,66 euro.

7.2. Ritiene il Collegio, in via preliminare, che la richiesta di ristoro vada esaminata non con riguardo all'intero monte orario ma in riferimento all'attività eseguita dall'avvio del servizio, disciplinato dall'avviso pubblico del 14.11.2023, fino al riesercizio del potere amministrativo con l'assegnazione, a seguito di nuova procedura selettiva, del restante monte ore di 1980 alla stessa (...).

Ciò in quanto il riesercizio del potere amministrativo, derivante dall'accoglimento della domanda cautelare, integra in concreto una forma di risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente, al netto dell'esito della gara espletata sul restante monte ore.

7.3. Delineato il perimetro di esame della domanda, può passarsi allo scrutinio della stessa.

Utile una ricognizione dei principi ermeneutici in materia di ristoro.

In termini generali, secondo consolidati indirizzi giurisprudenziali, i presupposti per l'integrazione di un fatto illecito ex art. 2043 c.c. derivante dall'attività amministrativa sono: "a) l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo che ha cagionato la lesione dell'interesse legittimo (il c.d. danno ingiusto o danno evento); b) il danno, patrimoniale o non patrimoniale, prodotto nella sfera giuridica del privato (c.d. danno conseguenza); c) il nesso causale tra la condotta dell'amministrazione e il danno; d) la colpa dell'amministrazione" (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 9 luglio 2018, n. 4191), cosicché "il risarcimento del danno non è una conseguenza diretta e costante dell'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo" (Consiglio di Stato, Sez. II, 24 luglio 2020, n. 4732).

Sotto il profilo probatorio, "spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il cd. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise; ..." (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739).

Con specifico riferimento agli appalti, poi, l'art. 124 c.p.a., rubricato "tutela in forma specifica e per equivalente", al comma 1 stabilisce che "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato".

Come noto, in tema di responsabilità della pubblica amministrazione in materia di commesse pubbliche, la Corte di Giustizia Europea -chiamata a stabilire se una norma interna che subordini il ristoro per violazione della disciplina degli appalti al carattere colpevole della violazione fosse o meno contrastante con le direttive ricorsi 89/665/CEE e 2007/66/CE- ha statuito, con la sentenza Stadt Graz del 30.09.2010, causa C-314/09, che in caso di violazione di tale disciplina vi è una responsabilità oggettiva della stazione appaltante, sottratta ad ogni possibile esimente sotto il profilo della scusabilità dell'errore, perché altrimenti la tutela offerta al privato non sarebbe rapida.

A tali principi ermeneutici si è conformata la giurisprudenza amministrativa, la quale ha a più riprese statuito che "la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata -secondo le previsioni contenute nelle direttive europee- a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio" (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912; Sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429; Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; 25 febbraio 2019, n. 1257; 19 luglio 2018, n. 4381; 25 febbraio 2016, n. 772).

7.4. In aderenza ai riportati canoni interpretativi, nella fattispecie, l'accertata illegittimità dell'esclusione della ricorrente e dell'aggiudicazione disposta in favore della società controinteressata sono fonte sul piano eziologico ex art. 1223 c.c. dei pregiudizi lamentati dalla deducente.

7.5. Circa la quantificazione dei danni, il pregiudizio prospettato dalla ricorrente non può essere qualificato come danno da mancata aggiudicazione ma come danno da illegittima esclusione.

Invero, non avendo l'esponente partecipato alla procedura selettiva, la prognosi che la stessa avrebbe con certezza conseguito l'appalto con la presentazione di un'offerta con ribasso del 4%, superiore a quello proposto da (...) pari all'1%, è una mera prospettazione ipotetica, risultando invece plausibile e che la deducente avrebbe avuto serie possibilità di ottenere la commessa pubblica.

Tanto chiarito, si è quindi in presenza di un pregiudizio da perdita di chance, consistente "in un danno patrimoniale relativo alla perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo secondo una valutazione ex ante collegata al momento in cui il comportamento illegittimo ha inciso su tale possibilità. La perdita di chance si configura quindi come danno attuale e risarcibile, sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni. Ne consegue, altresì,

che alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. diretta a fronteggiare l'impossibilità di provare non l'esistenza del danno risarcibile, bensì del suo esatto ammontare" (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697).

7.6. Sotto il profilo della quantificazione, la perdita di chance va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara ed esecuzione dell'appalto, utile che, secondo un consolidato criterio, va presuntivamente stimato nel 10% dell'importo posto a base d'asta, ribassato dall'offerta presentata (Consiglio di Stato., Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115).

Dalla quantificazione dell'importo nel senso sopra descritto, dovrà essere decurtato l'eventuale aliunde perceptum vel percipiendum conseguito dall'impresa ricorrente nell'esecuzione di altri lavori durante il tempo di svolgimento del contratto d'appalto e, a tal fine, l'esponente produrrà alla resistente Università i dati relativi alle forniture assunte nel periodo di durata del contratto.

La somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'I.s.t.a.t., che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria, e degli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

8. In ragione di quanto precisato ed in applicazione dell'art. 34, comma 4, c.p.a., (...) dovrà quindi formulare una proposta -contenente la somma liquidata a titolo di risarcimento sulla scorta dei criteri sopra indicati- entro sessanta giorni dalla notificazione ad opera della ricorrente della presente sentenza all'intimata amministrazione.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato da motivi aggiunti, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei limiti di cui in motivazione e condanna (...) al risarcimento del danno in favore della ricorrente secondo le modalità e i termini indicati in parte motiva.

Condanna la resistente amministrazione al pagamento alla ricorrente delle spese di giudizio nella misura di euro 4.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario, Estensore

Domenico Gaglioti, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Arturo Levato

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO