

Pubblicato il 11/07/2023

N. 00708/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00717/2022 REG.RIC.



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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 717 del 2022, proposto da Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. S.a.s. (T.F.C. S.a.s.), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Ceci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sanremo, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Nuvoloni e Giuseppe Luppino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Riviera Trasporti S.p.A. e Regione Liguria, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

delle seguenti determinazioni dirigenziali del Comune di Sanremo:

- n. 3771 del 10.10.2022;
- n. 3779 del 10.10.2022,

nonché di ogni atto presupposto, connesso o conseguente;

Nonché per la condanna

del Comune di Sanremo al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in forma specifica ovvero per equivalente monetario, anche mediante pronuncia di “condanna generica”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sanremo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2023 il dott. Marcello Bolognesi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) La ricorrente in qualità di operatore attivo nel settore del servizio del trasporto pubblico e, in particolare, di quello scolastico, ha partecipato alla gara centralizzata indetta dalla Regione Liguria, mediante Stazione Unica Appaltante Regionale (SUAR), per la stipula di un Accordo quadro relativo al servizio di trasporto scolastico per il triennio 2022-2024 a favore di vari Comuni liguri suddivisi in nove Lotti.

2) Il Capitolato speciale d'appalto ha stabilito che:

- *“l'adesione all'accordo quadro è obbligatoria per gli enti/ amministrazioni che hanno aderito alla procedura di gara ...”* e il Comune di Sanremo ha aderito alla gara con determina n. 621 del 22.2.2022;

- gli aggiudicatari si impegnano a stipulare con la Regione Liguria l'Accordo quadro e a stipulare con le Amministrazioni contraenti gli appositi contratti esecutivi *“in ragione delle specifiche esigenze delle Amministrazioni medesime”* (art. 1);

- l'Accordo quadro ha una durata di 36 mesi, prorogabili di ulteriori 12 mesi e prevede un importo stimato di spesa per il periodo di efficacia (art.3);

- i Comuni possono stipulare i Contratti attuativi e *“hanno facoltà di aderire all'Accordo quadro per uno o più servizi tra quelli previsti dalla procedura di appalto. Pertanto, l'importo complessivo indicato a base di gara costituisce il massimale stimato dell'Accordo quadro e non rappresenta in alcun modo un impegno per le Amministrazioni a stipulare i contratti attuativi per gli importi presunti derivanti dalla raccolta dei fabbisogni”* (art. 4);

- *“prima dell'inizio di ciascun anno scolastico, è prevista l'adozione del Piano di trasporto annuale. Il Piano di trasporto annuale è redatto da ciascun Comune ... e viene trasmesso all'appaltatore ...”* (art. 5);

- per il Comune di Sanremo sono stati stimati 150.000 km annui di percorrenza degli automezzi del servizio di scuolabus (art. 20).

3) Il Disciplinare di gara ha fissato il costo chilometrico per il Comune di Sanremo a 3,34 euro/Km da porre a base d'asta (pagina 13), con un compenso base di euro 501.000 annui (euro 3,34 x Km 150.000).

4) Dagli atti del giudizio (non contestati dal Comune resistente) la ricorrente ha presentato un'offerta per il servizio con percorrenza di 150.000 Km annui offrendo un costo chilometrico di 3,24 euro/Km. (3% di ribasso), per un importo complessivo annuo di euro 486.000 (euro 3,24 x Km 150.000).

5) Con decreto n. 4851 del 2.8.2022 la SUAR ha approvato la graduatoria per il Lotto 1 relativo all'Accordo quadro per il servizio in favore dei Comuni di Sanremo e di Ventimiglia, ponendo:

- al primo posto la ricorrente, con un'offerta di svolgimento del servizio di euro 486.000 (euro 3,24 x Km 150.000).

- al secondo posto la controinteressata soc. Riviera Trasporti con l'offerta di svolgere il servizio verso un compenso annuo di 496.500 (euro 3,31 x Km 150.000).

6) Per quanto riguarda il Comune di Ventimiglia (l'altra amministrazione compresa nel Lotto 1) la ricorrente ha regolarmente iniziato ad effettuare il servizio.

7) Decisamente più problematico è stato il rapporto con il Comune di Sanremo.

8) La ricorrente, in vista dell'imminente inizio dell'anno scolastico ha tempestivamente inviato al Comune di Sanremo la Pec del 13.8.2022 chiedendo la comunicazione:

- dell'elenco del personale precedentemente impiegato dall'operatore uscente (Riviera Trasporti) ai fini dell'esercizio della clausola sociale;
- del Piano di trasporto annuale di cui all'art. 5 del Capitolato speciale.

9) Nel frattempo la SUAR, con verbale dell'8.9.2022 ha dichiarato efficace l'aggiudicazione dandone comunicazione al Comune.

10) Il Comune di Sanremo con nota del 13.9.2022 ha dato riscontro alla richiesta di informazioni della ricorrente (del 13.8.2022) e ha precisato:

- che avrebbe dato esecuzione all'Accordo quadro non appena lo stesso fosse stipulato (formalizzazione avvenuta il 23.9.2022).
- che l'appaltatore uscente Riviera Trasporti S.p.a. non aveva indicato alcun dipendente interessato alla clausola sociale;
- che il Piano di trasporto era ancora in corso di approvazione;
- la data "indicativa" di avvio del servizio era fissata per il 26.9.2022.

11) Con nota del 19.9.2022 il Comune ha quindi trasmesso il programma di esercizio (così denominando il Piano del trasporto previsto dal Capitolato speciale) per l'anno scolastico 2022/23, intimando alla ricorrente di confermare l'avvio del servizio per il giorno 26.9.22.

12) In ragione del termine esiguo assegnato, la ricorrente con istanza del 20.9.2022 ha inizialmente chiesto di differire l'avvio del servizio all'inizio dell'anno 2023 per potersi organizzare in ragione del concorso di tre obiettive ragioni:

- la procedura di gara, per ragioni non imputabili alla ricorrente, si è protratta molto oltre le previsioni;
- il Comune ha comunicato il Piano d'esercizio solo 6 giorni prima dall'inizio del servizio;
- nessun dipendente dell'appaltatore uscente Riviera Trasporti ha aderito alla clausola sociale, con conseguente necessità di reperire *aliunde* nuovi autisti.

13) Il Comune, senza riscontrare l'istanza di differimento, per mezzo dell'assessore competente, lo stesso giorno 20.9.2022 ha rilasciato dichiarazioni agli organi di informazioni locale (con articoli pubblicati il giorno successivo, e prodotti in atti) in cui lamentava che la ricorrente non avrebbe assicurato l'esecuzione del servizio, annunciando di avere già inviato alla SUAR la richiesta di revoca dell'affidamento, con scorrimento della graduatoria in favore della seconda classificata, Riviera Trasporti.

14) La ricorrente, con nota del 22.9.2022, ha rinunciato alla richiesta di differimento e si è resa disponibile a iniziare il servizio il 4.10.2022, preannunciando comunque la presentazione di osservazioni al Piano del trasporto/Piano d'esercizio entro il termine di 15 giorni previsto dal Capitolato speciale.

In effetti il Piano d'esercizio comunicato non esplicitava neppure il numero di chilometri richiesto ma solo i percorsi, cosicché la ricorrente ha impiegato qualche giorno per calcolare il chilometraggio annuo richiesto dal Comune.

Da tale verifica (depositata in giudizio e non contestata dal Comune) risulta che percorrenza giornaliera è di Km 227,8 che moltiplicata per i 180 giorni annui di servizio sviluppa un totale di Km 41.004, molto inferiore al Km 150.000 annui posti a base di gara.

15) La SUAR, in risposta alla richiesta del Comune, con nota del 23.9.2022 ha ritenuto non sussistenti i presupposti per la revoca dell'affidamento ed anzi ha

comunicato di avere stipulato con quello stesso giorno con la ricorrente l'Accordo quadro.

16) Tale Accordo quadro stabilisce che *“L’ammontare del corrispettivo del lotto, trattandosi, nel caso di specie, di importo determinato sulla scorta dei servizi stimati e presunti e sulla base di una programmazione di medio periodo, è presunto e, pertanto, non impegna gli Enti aderenti a stipulare contratti derivati fino a quella concorrenza e non costituisce, per il Fornitore, minimo garantito, non potendo le eventuali variazioni in diminuzione costituire, per l’operatore economico aggiudicatario, motivo di rivalsa e/o di opposizione alcuna”*.

17) Il Comune in data 26.9.22 ha diffidato ad adempiere la ricorrente intimandole di iniziare il servizio non oltre il 4.10.2022, con l’avvertimento che, in difetto, avrebbe provveduto ad affidare il servizio ad altro operatore.

18) La ricorrente con nota 29/9/2022 ha presentato le proprie osservazioni relative al Piano dei trasporti comunicato dal Comune rilevando che esso implicava condizioni macroscopicamente diverse e deteriori rispetto all’offerta economica parametrata sulla procedura di affidamento dell’Accordo quadro in quanto prevedeva un percorso complessivo annuo (base di calcolo del compenso) pari a circa un quarto del valore posto a gara per l’Accordo quadro (41 mila chilometri rispetto a 150 mila).

In tale situazione la ricorrente ha affermato motivatamente che il contratto derivato proposto, oltre a porsi in contrasto con l’Accordo quadro, non era neppure remunerativo.

In particolare l’offerta della ricorrente era parametrata alla percorrenza annua di 150.000 Km. generando ricavi per euro 486.000, soglia che rendeva remunerativo il servizio pur a fronte delle prescrizioni della *lex specialis* che prevedeva l’impiego di 15 automezzi con relativi conducenti ed assistenti, determinando così un alto costo del personale che la stessa S.U.A.R. aveva stimato tra il 57% ed il 68% del valore dell’appalto.

In tale situazione la drastica diminuzione dei ricavi ad euro 132.840 (3,24 x 41.000) disposta dal Piano del trasporto comunale, anche per il fatto di avere lasciato invariate le voci di costo per automezzi e personale (ammontanti come si è detto ad almeno il 57% dei ricavi), ha reso il servizio non più remunerativo.

La ricorrente ha quindi comunicato che *“in difetto dell'adeguamento alle previsioni di gara, ovvero rimodulazione del servizio o del corrispettivo, la scrivente non potrà sottoscrivere alcun contratto con il Comune di Sanremo”*.

19) La SUAR, su richiesta della ricorrente, ha precisato che la percorrenza dei 150.000 Km annui è stata posta a base di gara in quanto comunicata dal Comune con nota n. 110221 del 17.12.2021 mai revocata o corretta.

20) Il Comune, ritenendo di non essere vincolato al dato comunicato e posto a base della gara per l'Accordo quadro e di poterlo disattendere pressoché integralmente, con nota n. 86377 del 30/9/2022 ha eccepito alla ricorrente l'inadempimento dell'Accordo quadro in ragione della sua indisponibilità a stipulare il contratto derivato, ritenendosi così *“svincolato dalla procedura di gara”*, anche perché l'art. 3, comma 3, dell'Accordo quadro dispone che *“L'ammontare del corrispettivo del lotto, trattandosi, nel caso di specie, di importo determinato sulla scorta dei servizi stimati e presunti e sulla base di una programmazione di medio periodo, è solo presunto e, pertanto, non impegna gli Enti aderenti a stipulare contratti derivati fino a quella concorrenza e non costituisce, per il Fornitore, minimo garantito, non potendo le eventuali variazioni in diminuzione costituire, per l'operatore economico aggiudicatario, motivo di rivalsa e/o di opposizione alcuna”*.

21) Con successiva determina n. 3771 del 10/10/2022 il Comune ha dato atto dell'impossibilità di aggiudicare il servizio alla ricorrente, contestandole formalmente l'inadempimento e affermando di essere *“svincolato dalla procedura di gara”* e di potere affidare il servizio ad altro operatore.

22) Con parallela determina n. 3779 dello stesso 10.10.2022 il Comune ha quindi affidato il servizio a Riviera trasporti.

Tuttavia il Comune, non ha disposto – come logica conseguenza dei propri atti - lo scorrimento della graduatoria dell'Accordo quadro (in cui la citata Riviera Trasporti era classificata al secondo posto offrendo di eseguire il servizio al costo di 3,31 euro/Km), ma ha affidato in via diretta il servizio a tale operatore applicando le condizioni previste dalla gara da ultimo espletata, con un corrispettivo di 446.432,55 oltre iva (circa 12 euro/Km).

23) La ricorrente pertanto ha presentato il ricorso di cui in epigrafe ed ha chiesto:

- l'annullamento delle due citate delibere comunali n. 3771/22 e n. 3779/22;
- il risarcimento del danno in forma specifica mediante “affidamento del servizio”;
- in subordine il risarcimento del danno per equivalente.

Si è costituito in giudizio il Comune chiedendo il rigetto del ricorso.

DIRITTO

24) Preliminarmente, in punto di giurisdizione, si rileva che sulle questioni attinenti alla fase intercorrente tra la stipulazione dell'Accordo quadro e la sottoscrizione delle convenzioni attuative sussiste la giurisdizione amministrativa perché:

- la “decisione motivata” in ordine alla individuazione degli affidatari dei singoli contratti attuativi comporta la spendita di poteri autoritativi, a fronte dei quali la posizione degli operatori economici, parti dell'accordo quadro, è di interesse legittimo (Cons. Stato, Sez. III, 15/12/2022, n.10989; cfr. anche: Cass civ. Sez. Un. 30.11.2022 n. 35335);

- *“quando si adotta il modulo dell'Accordo quadro, l'aggiudicatario - scelto con la procedura di evidenza pubblica che ha portato alla sua stipulazione - ottiene gli appalti basati sull'accordo quadro in virtù di affidamenti diretti. E' noto d'altro canto che gli affidamenti diretti sono consentiti "entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso" (D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 54, comma 3), sicché allorquando, come nel caso che ne occupa ... si assume che l'affidamento sia avvenuto in deroga alle norme previste dall'Accordo quadro, si è presenza di un affidamento illegittimo. Tale illegittimità può essere fatta valere esclusivamente dinanzi al giudice*

amministrativo” ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), cod. proc. amm. (Cass, Sez. Un. 30.11.2022, n. 35337, punto 9; cfr. anche: Cons. Stato, Sez. IV, 12/12/2011, n. 6492).

25) Nel merito il ricorso è fondato.

26) Con il PRIMO MOTIVO la ricorrente lamenta l’illegittimità sotto vari profili della determina dirigenziale n. 3771/2022.

Il motivo merita accoglimento.

26.1) L’impugnato atto è, innanzitutto, viziato da errore di fatto per avere ritenuto sussistente un’ipotesi di inadempimento che, in realtà, non sussiste.

Alla ricorrente, infatti, non è addebitabile alcun inadempimento ai sensi dell’art.1218 cc. perché essa non può essere obbligata ad eseguire un servizio avente un oggetto ed un corrispettivo ridotti a circa il 27% del valore previsto nell’Accordo quadro.

Inoltre, ai sensi del combinato degli artt. 2 Cost. e 1173 c.c., non è “esigibile” la prestazione che, come si è detto, si presenta non remunerativa, come analiticamente dimostrato con la nota del 29.9.2022 (non contestata dal Comune).

Tale situazione, altresì, non è conseguenza né di un errore commesso dalla ricorrente, né di circostanze imprevedibili, ma è l’effetto diretto degli atti dello stesso Comune che ha stabilito in 150.000 chilometri annui di percorrenza, sicché la SUAR ha correttamente posto alla base della gara tale dato ed ha aggiudicato il Lotto 1 e stipulato il relativo Accordo quadro.

Ne consegue che la dichiarazione della ricorrente di non poter eseguire il ridotto servizio previsto dal Comune non costituisce inadempimento, ma evidenzia piuttosto il comportamento illegittimo del Comune che, da un lato, ha stabilito i parametri per la stipula dell’Accordo quadro e, dall’altro, ne ha stravolto le condizioni imponendo l’affidamento di un servizio per 41.000 Km annui a fronte dei 150.000 previsti.

26.2) Si deve precisare, inoltre, la corretta portata degli obblighi comunali derivanti dall'Accordo quadro in merito all'oggetto degli affidamenti dei servizi da parte dei contratti attuativi.

a) Preliminarmente deve essere effettuata la corretta esegesi dell'art. 3, comma 3, dell'Accordo quadro secondo cui *“L'ammontare del corrispettivo del lotto, trattandosi, nel caso di specie, di importo determinato sulla scorta dei servizi stimati e presunti e sulla base di una programmazione di medio periodo, è solo presunto e, pertanto, non impegna gli Enti aderenti a stipulare contratti derivati fino a quella concorrenza e non costituisce, per il Fornitore, minimo garantito, non potendo le eventuali variazioni in diminuzione costituire, per l'operatore economico aggiudicatario, motivo di rivalsa e/o di opposizione alcuna”*.

Tale disposizione, sulla base dei principi ermeneutici *“oggettivi”* e di *“buona fede”* di cui all'art. 1362 cc, riconosce effettivamente al Comune un margine di flessibilità sul chilometraggio annuale che può costituire oggetto del servizio ma tale elasticità non può tuttavia eccedere la soglia ragionevole del 20% (misura mutuata in via analogica dall'art. 106, comma 12, del D.lgs n. 50/2016 che la prevede per la fase esecutiva) perché, diversamente opinando, svanirebbe qualsiasi certezza per gli offerenti sulla reale entità dell'oggetto dell'appalto, con le intuibili conseguenze contrarie ai principi di economicità e attendibilità dell'offerta.

b) In secondo luogo si rileva che, nel caso di specie, è stato lo stesso Comune che, con plurime comunicazioni e diffide inviate alla ricorrente nel settembre 2022, ha manifestato la volontà di aggiudicare il servizio previsto dall'Accordo quadro e, pertanto, avrebbe dovuto coerentemente rispettarne gli elementi essenziali senza stravolgerne l'oggetto oltre la fisiologica riduzione sopra indicata.

c) Infine lo stesso Comune era perfettamente consapevole della non remuneratività dell'aggiudicazione del servizio proposto, tanto che, quando ha affidato in via diretta il servizio alla controinteressata Riviera Trasporti, ha applicato una remunerazione di euro 446.432,55, quasi tre volte superiore al compenso proposto alla ricorrente e

allineato con le condizioni proposte dalla ricorrente medesima in relazione all'Accordo quadro (euro 486.000 fino a 150.000 Km).

26.3) Ne consegue, pertanto, che la determina impugnata numero 3771 è illegittima per errore di fatto, per difetto di istruttoria e per violazione del principio di buona fede di cui all'art. 1, comma 2-bis L. n. 241/90.

27) Con il SECONDO MOTIVO la ricorrente lamenta l'illegittimità della determina n. 3779/2022 con cui è stato disposto l'affidamento diretto a favore della controinteressata Riviera Trasporti.

Il motivo è fondato.

Con tale determina il Comune ha affidato in via diretta alla controinteressata il servizio di scuolabus per l'anno scolastico 2022-2023.

Il provvedimento impugnato è illegittimo per violazione dell'art. 63 del Codice dei Contratti Pubblici atteso che la società Riviera trasporti era posizionata al secondo posto della graduatoria prevista dall'Accordo quadro e, pertanto, il Comune altro avrebbe dovuto scorrere la graduatoria ed affidare il servizio a tale soggetto e non affidare direttamente il servizio alla controinteressata in difetto di tutti i presupposti previsti dall'art. 63 citato, riconoscendo un compenso triplo rispetto a quello proposto alla ricorrente.

Ne consegue che tale affidamento risulta illegittimo per violazione dell'art. 63 citato.

28) La ricorrente ha presentato anche due gradate istanze RISARCITORIE.

29) Con la prima ha chiesto la condanna del Comune al risarcimento del danno in forma specifica mediante affidamento del servizio per anni pari a quelli oggetto del bando di gara per la stipula dell'Accordo quadro.

La domanda non può essere accolta perché, fuori dalle ipotesi previste dalla legge, non è ammissibile l'imposizione per via giudiziale alla PA dello svolgimento di un servizio non richiesto, sicché non si può imporre al Comune l'effettuazione di un servizio per un chilometraggio annuo non ritenuto necessario.

30) In subordine la ricorrente ha chiesto il risarcimento per equivalente che, invece, non imponendo al Comune l'effettuazione di un servizio (allo stato) non richiesto, può essere accolta nei limiti di seguito precisati.

a) Preliminarmente si rileva che sussiste l'illegittimità degli atti impugnati produttivi del danno nonché il nesso causale tra questi e il danno ingiusto.

b) Per quanto attiene al danno emergente la ricorrente ha elencato una pluralità di voci, di cui alcune sono inammissibili ed altre infondate.

b.1) Per la giurisprudenza maggioritaria - condivisa dal Collegio - in caso di mancata aggiudicazione non sono ammissibili le spese generali per la partecipazione alla gara *“posto che i costi per la partecipazione alla gara sono destinati, di regola, a restare a carico del concorrente (il quale, perciò, può pretenderne il ristoro solo allorché lamenti, in chiave di responsabilità precontrattuale, di averli inutilmente sostenuti per essere stato coinvolto, in violazione delle regole di correttezza e buona fede, in una trattativa inutile), onde il cumulo con l'utile prospetticamente derivante, in caso di mancata aggiudicazione, dalla esecuzione della commessa darebbe vita ad un ingiustificato arricchimento”* (Cons. Stato, Sez. V, 7/11/2022, n. 9785; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 23.8.2019, n. 5803; Id., sez. VI, 15.9. 2015, n. 4283; Id., sez. III, 25.6.2013, n. 3437; Id., sez. III, 14.12.2012, n. 6444).

b.2) Le spese per acquisto di nuovi automezzi non possono essere riconosciute perché non è stata fornita la prova che tali beni siano stati effettivamente acquistati, atteso che è stata allegata la sola “proposta” di acquisto senza alcuna prova dell'acquisto definitivo, né è stata prodotta alcuna dimostrazione (bancaria o contabile) dell'avvenuto pagamento.

In ogni caso, anche se si ritenesse che detti automezzi siano stati acquistati, non è stato comunque dimostrato che tale acquisto si sia dipeso dallo svolgimento del servizio presso il Comune di Sanremo, né che tali mezzi non siano stati utilizzati per altri servizi.

b.3) Non è risarcibile neppure la voce di danno relativa alla mancata economia di scala con il servizio svolto a favore del vicino Comune di Ventimiglia, attesa la mancanza anche di un principio di prova di tale asserito pregiudizio.

b.4) Non è risarcibile neppure il danno all'immagine connesso al fatto che l'assessore comunale competente abbia ha rilasciato una dichiarazione agli organi di informazione locale (con articoli usciti nell'edizione del giorno successivo) ove ha lamentato che la ricorrente non sarebbe stata in grado di assicurare il servizio e che, pertanto, il Comune avrebbe chiesto la revoca dell'affidamento per "*manifesta e dichiarata inadempienza*".

La richiesta risarcitoria non può trovare accoglimento perché la comunicazione (e il conseguente articolo di stampa) ha dato legittimamente conto di un fatto di pubblico interesse senza utilizzare ricostruzioni false o toni denigratori, tali da ingenerare una lesione ingiusta dell'immagine della ricorrente.

c) Per quanto riguarda il lucro cessante si osserva preliminarmente che la prova dell'esistenza di tale danno può derivare anche da indizi e presunzioni.

Nel caso di specie appare decisiva la circostanza notoria secondo cui l'esecuzione di un contratto di appalto costituisce normalmente occasione di guadagno per l'impresa appaltatrice, nei termini esplicitati nell'offerta risultata aggiudicataria (Cons. Stato, Sez. V, 4.4.2023 n. 3461).

Tale voce di danno si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curriculare costituito dal pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del *curriculum* professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto.

c.1) Secondo le richieste della ricorrente il mancato profitto dovrebbe determinarsi equitativamente nella forbice compresa tra il 5 e il 10% del compenso a base d'asta e per i tre anni di efficacia dell'Accordo quadro.

La domanda può essere accolta solo in parte.

c.1.1) Preliminarmente si ritiene equo limitare il risarcimento ad un solo anno di efficacia dell'Accordo quadro, atteso che il servizio della controinteressata cessa il 30.6.2023 e, per il prossimo anno scolastico, sulla base del citato contratto normativo il Comune potrebbe presentare un nuovo Piano del trasporto che risulti remunerativo per la società.

Ovviamente nel caso in cui ciò non si verifichi la ricorrente potrà presentare una nuova domanda per ottenere il ristoro dei pregiudizi eventualmente subiti.

c.1.2) In secondo luogo, siccome l'Accordo quadro prevede la stima del chilometraggio annuale di 150.000 Km e tale valore è stato pacificamente determinato secondo una logica cautelativa, nello schema della determinazione equitativa del danno appare corretto ridurlo del 20% portandolo a 120.000 Km annui (anche sulla base delle argomentazioni sopra menzionate al punto 26.2.a).

c.1.3) Su tale valore si deve calcolare il compenso applicando il costo chilometrico offerto dalla ricorrente (euro 3,24 x Km 120.000) ottenendo l'importo di euro 388.800.

Il Collegio ritiene equo riconoscere su tale compenso un utile (in difetto di documenti versati in giudizio che smentiscano tale valore) del 6% con un importo di euro 23.328.

c.1.4) Si rileva, tuttavia, che il *“mancato utile può essere integralmente ristorato solo laddove il danneggiato possa dimostrare di non aver potuto utilizzare i mezzi o le maestranze in altri lavori; e ciò perché, in assenza di suddetta prova, in virtù della presunzione per cui chi partecipa alle gare non tiene ferme le proprie risorse ma le impiega in altri appalti, lavori o servizi, l'utile così calcolato andrà decurtato in ragione dell'aliunde perceptum vel percipiendum, in una misura percentuale variabile”* (cfr. Cons. Stato, ad. plen. n. 2/2017.; Cons. giust. amm. 6.11.2019 n. 947) che tenga, in concreto, conto della natura del contratto, del

contesto operativo di riferimento, delle risorse nell'ordinaria disponibilità del concorrente.

Nel caso di specie è possibile sottrarre in via equitativa e forfetaria (Cons. Stato, Sez. Ad Plen. n. 2/2017; T.A.R. Lazio-Roma sez. I, 13/03/2023 n. 4338) la quota ritenuta corretta del 50% dell'utile determinando.

Pertanto l'importo di euro 23.328 dovrà essere ridotto del 50% ad euro 11.664.

c.2) Infine è stato richiesto il ristoro del danno curriculare derivante dalla mancata aggiudicazione e dai riflessi negativi che tale circostanza potrà avere in altre selezioni ad evidenza pubblica cui periodicamente partecipa.

Per tale tipologia di danno la giurisprudenza prevalente richiede una prova del nocumento patito per mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale, pur ammettendo la sua dimostrazione mediante presunzioni semplici ex art. 2727 cod. civ. (Cons. St., Ad. Plen., 12.5.2017, n. 2).

Nel caso in esame appare evidente che lo svolgimento del servizio in questione avrebbe rappresentato una referenza degna di nota, valutabile in future selezioni pubbliche.

Pertanto si può ritenere che l'affidamento in questione avrebbe arricchito l'immagine professionale della ricorrente accrescendone la potenzialità competitiva negli appalti pubblici nel settore del trasporto dei passeggeri, offrendo maggiori chances di aggiudicarsi future commesse.

Ciò posto, il pregiudizio per mancato conseguimento della referenza deve essere computato in via equitativa ai sensi degli artt. 1226 e 2056 cod. civ., non potendo per sua natura essere dimostrato nel suo preciso ammontare (Cons. St., sez. VI, 27.3.2019, n. 2036).

Nella specie, considerando come l'importo annuale dell'appalto di euro 388.800, si stima congruo liquidare tale voce di danno in euro 4.000,00.

31) Pertanto il ricorso è fondato e deve essere accolto con conseguente:

- annullamento degli atti impugnati di cui in epigrafe;
- condanna del Comune di Sanremo al risarcimento del danno per equivalente quantificato in euro 15.664 (11.664 per mancato guadagno + 4.000 per danno curriculare).

31) Su tali importi aventi natura di debito di valore dovrà essere calcolata la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, con decorrenza dal 10.10.2022 (data di adozione degli atti annullati) fino al 30.6.2023 data di cessazione del servizio di scuolabus per l'anno 2022-2023 affidato alla controinteressata, con applicazione degli interessi legali fino al soddisfo.

32) Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e pertanto:

- a) annulla gli atti impugnati di cui in epigrafe;
- b) condanna il Comune di Sanremo a risarcire il danno per equivalente alla ricorrente quantificato nella somma di euro 15.664, con rivalutazione monetaria ed interessi legali con le modalità e la decorrenza precisate in motivazione;
- c) condanna il Comune di Sanremo al pagamento in favore della ricorrente delle spese di lite liquidate in euro 6.000 (seimila), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso a Genova nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Liliana Felletti, Referendario

Marcello Bolognesi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Marcello Bolognesi

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO