

N. 00490/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02298/2004 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2298 del 2004, proposto da:

Soc. Coopsette s.c.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Pellegrino, Gianluigi Pellegrino e Alberto Bianchi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Firenze, via Palestro 3;

contro

l'Autorità Portuale di Marina di Carrara in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso la quale é domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Soc. Cgx-Costruzioni Generali Xodo s.r.l. e Soc. Edilizia Tirrena s.p.a. in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, in proprio e quali componenti del raggruppamento temporaneo tra loro costituito, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della delibera 23 luglio 2004, n. 33 con cui il Comitato Portuale

dell'Autorità Portuale di Marina di Carrara ha aggiudicato all'associazione temporanea costituita dalla Compagnia Generale Xodo s.r.l. e dalla Società Edilizia Tirrena s.p.a una licitazione privata per l'affidamento dei lavori di ampliamento del piazzale portuale denominato "Città di Massa", previo giudizio di attendibilità dell'offerta presentata dalla stessa ed il rigetto delle osservazioni presentate dalla ricorrente e di tutti gli atti presupposti, in particolare della valutazione di ammissibilità e attendibilità dell'offerta e di quelli conseguenti, nonché per la dichiarazione di nullità, annullamento o caducazione del contratto e infine per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Marina di Carrara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2012 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Autorità Portuale di Marina di Carrara, con bando pubblicato il 4 gennaio 2001 nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, ha indetto una licitazione privata per affidare i lavori di ampliamento di un piazzale portuale. Gli inviti alle imprese prequalificate sono stati diramati con lettera dell'8 febbraio 2001. All'esito della gara sono risultate sospette di anomalia le offerte presentate dal raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario costituito dalla Costruzioni Generali Xodo s.r.l. e dalla Società Edilizia Tirrena s.p.a., nonché dalla società ricorrente e da un'altra impresa.

Il Comitato Portuale ha aggiudicato i lavori al raggruppamento temporaneo suddetto.

L'aggiudicazione è stata impugnata dall'impresa ricorrente innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale che, con sentenza 4 marzo 2003, n. 853, ha dichiarato il ricorso in parte inammissibile e in parte improcedibile. La sentenza è stata appellata e il Consiglio di Stato, con sentenza 8 marzo 2004, n. 1080, ha accolto l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, ha annullato l'aggiudicazione per difetto di motivazione del giudizio di non anomalia espresso dalla stazione appaltante in ordine all'offerta vincitrice. E' invece stata dichiarata inammissibile la domanda risarcitoria poiché presentata solo in secondo grado.

A seguito della pronuncia giudiziale la stazione appaltante ha effettuato una nuova verifica di congruità sui prezzi offerti dal raggruppamento vincitore della gara, esprimendo giudizio di attendibilità dell'offerta il 31 maggio 2004. La gara quindi è stata aggiudicata nuovamente al raggruppamento controinteressato con deliberazione del Comitato Portuale 23 luglio 2004, n. 33 che è stata allora impugnata con il presente ricorso, notificato il 15 novembre 2004 e depositato il 30 novembre 2004.

La ricorrente, con primo motivo, lamenta violazione della lettera di invito che imponeva, a pena di esclusione, di inserire in apposita busta le giustificazioni idonee a consentire la ricostruzione analitica dei prezzi relativi ad alcune lavorazioni.

Con secondo motivo deduce che la stazione appaltante non avrebbe richiesto, in sede di contraddittorio per la verifica dell'anomalia, la presentazione di giustificativi, ma avrebbe semplicemente invitato i rappresentanti legali dell'aggiudicataria presso la propria sede per acquisire verbalmente le informazioni necessarie. Inoltre la verbalizzazione sarebbe stata irregolare poiché le dichiarazioni dei rappresentanti legali del raggruppamento d'impresе vincitore non sono virgolettate.

Con terzo motivo si duole che la Commissione di gara, invece di verificare l'effettiva sussistenza dell'incongruità dell'offerta vincitrice, abbia autonomamente individuato insussistenti sovrastime nell'offerta per opporle in compensazione alle sottostime che sarebbe stata costretta a riconoscere. Avrebbe inoltre ommesso di rilevare alcune sottostime dell'offerta medesima.

La ricorrente chiede anche il risarcimento dei danni essendo ormai stati conclusi i lavori, nella misura rappresentata dal danno emergente consistente nei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta e la partecipazione alla gara, e dal lucro cessante costituito dal mancato utile che avrebbe potuto conseguire, dal danno per immobilizzazione di mezzi e risorse umane e per l'impossibilità di fare valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori. In via subordinata chiede il risarcimento dei costi connessi allo studio e alla documentazione processuale resasi necessaria all'esito dell'originaria vicenda conclusa con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1080/2004.

Si è costituita l'Autorità Portuale di Marina di Carrara eccependo l'inammissibilità del ricorso perché anche l'offerta dell'impresa ricorrente era anomala ed essa non ha fornito prove in ordine alla sua giustificazione. La relativa documentazione è stata conservata sigillata presso l'Autorità intimata, e pertanto ne chiede l'acquisizione per effettuare la verifica di anomalia in via istruttoria.

Inoltre sottolinea che la domanda cautelare nel processo originario è stata rinunciata e avrebbe potuto evitare il prodursi di danni.

Infine eccepisce che la domanda risarcitoria è stata dichiarata inammissibile dal Consiglio di Stato con sentenza passata in giudicato.

Nel merito replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente e, quanto in specifico alla richiesta risarcitoria, deduce che non viene fornita prova dell'elemento soggettivo dell'asserito illecito; contesta comunque la

quantificazione operata dalla ricorrente. Chiede infine l'acquisizione del fascicolo d'ufficio del processo concluso con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1080/2004.

2. Con ordinanza di questo Tribunale n. 84/2010 è stata disposta una consulenza tecnica per valutare la congruità dei prezzi offerti dal raggruppamento aggiudicatario, la quale ha evidenziato che lo stesso non avrebbe raggiunto il minimo di utile previsto dalla legge di gara. Il compenso del consulente è stato liquidato con decreto presidenziale n. 10/2011 e posto provvisoriamente a carico della ricorrente.

Con successiva ordinanza n. 38/2011 è stata disposta un'ulteriore consulenza tecnica per valutare le giustificazioni presentate dalla ricorrente, la cui offerta a sua volta risultava anomala. Questa ha evidenziato la mancanza, nella busta offerta della ricorrente, di una ricostruzione analitica dei prezzi delle singole lavorazioni come richiesto dalla *lex specialis*; carenza di documentazione tecnica idonea a dimostrare la capacità operativa dei mezzi da impiegare nell'esecuzione dei lavori e l'utilizzo di prezzari non corrispondenti a quanto richiesto nella lettera invito.

E' stata rilevata inoltre l'assenza di mezzi navali a disposizione della ricorrente. Quest'ultima circostanza é dimostrata dalla dichiarazione della Capitaneria di porto di Marina di Carrara, secondo la quale nel periodo di interesse non risultano arrivate o partite dal porto navi della società ricorrente, e da quella della Provincia di Cremona la quale ha comunicato che la draga "Annetta" di cui la ricorrente aveva previsto l'utilizzo non era abilitata ad operare in mare.

Il consulente ha tuttavia proseguito nell'esame dell'offerta rimettendo a questo Tribunale il giudizio sulla sua ammissibilità, e concluso che nemmeno essa era idonea a raggiungere la quota minima di utile prevista dalla legge di gara.

La difesa erariale ritiene che le carenze nell'offerta della ricorrente ne

avrebbero determinato l'esclusione.

La ricorrente contesta le conclusioni della consulenza tecnica e chiede che, anche nell'ipotesi in cui si ritenga che la sua posizione non sarebbe stata quella di aggiudicataria, le venga riconosciuta una somma a titolo di risarcimento per la perdita di chances. In ogni caso l'esito del procedimento originario era illegittimo, il che a suo dire l'avrebbe costretta ad assumere i costi per la difesa in giudizio e perciò, in ipotesi ulteriormente subordinata, ne chiede il risarcimento in misura non inferiore a € 100.000,00.

All'udienza del 15 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. In via preliminare, al fine del decidere, occorre qualificare correttamente l'azione dispiegata dalla ricorrente.

La vicenda fattuale mostra che i lavori sono ormai eseguiti sicché può ritenersi che essa, con il presente gravame, proponga un'azione volta al risarcimento dei danni che assume di avere subito a seguito dell'illegittimo operato dell'intimata Autorità Portuale nell'aggiudicare il contratto pubblico di cui è causa. In tali termini deve essere qualificata l'azione poiché la richiesta di annullamento è strumentale al conseguimento del risarcimento danni per equivalente, non essendo più materialmente possibile soddisfare la pretesa della ricorrente con l'immissione nel bene della vita in discussione. La domanda è stata formulata nei termini suddetti poiché, all'epoca in cui il ricorso è stato proposto, vigeva la regola della pregiudizialità amministrativa per cui il risarcimento conseguente al danneggiamento del bene della vita correlato all'interesse legittimo leso dall'azione amministrativa non poteva essere conseguito, se non con la demolizione del provvedimento che tale lesione avesse cagionato.

L'azione di condanna in via autonoma è stata successivamente ammessa dal codice del processo amministrativo.

4. Il diritto al risarcimento del danno, nel caso di specie in cui si controverte della lesione ad un interesse legittimo pretensivo, può essere

riconosciuto solo laddove il ricorrente fornisca dimostrazione della spettanza del bene della vita correlato all'interesse lesso.

Ove fornisca dimostrazione della sola probabilità di conseguire detto bene, potrà essere risarcito per la lesione inferta non ad esso, ma ad un altro bene della vita costituito dalle chances di conseguire il primo. La chance è infatti un bene della vita a sé stante ed autonomo rispetto al bene finale e viene lesso laddove, a causa di un illecito, risulti annullata ogni probabilità di conseguire il secondo.

Nell'ipotesi in cui, infine, il processo verifichi che il ricorrente giammai avrebbe potuto ottenere il bene finale, nemmeno in termini probabilistici, la richiesta risarcitoria dovrà essere respinta.

Per sciogliere il nodo occorre quindi effettuare un giudizio prognostico a posteriori.

Non si tratta di ingerirsi in poteri discrezionali della pubblica amministrazione perché questo divieto, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., vige con riferimento a quei poteri pubblicistici che non siano ancora stati esercitati. Nel caso di specie, invece, il Collegio, con l'istruttoria disposta, ha inteso verificare a posteriori ed unicamente al fine della pronuncia risarcitoria la legittimità dell'azione dispiegata dall'intimata Autorità Portuale. Con le consulenze tecniche espletate questo Tribunale non ha cioè voluto sostituirsi all'Amministrazione nello svolgimento di poteri suoi propri, ma ne ha controllato il corretto svolgimento al fine di stabilire se un titolo risarcitorio spetti alla ricorrente.

5. Ebbene, la domanda di quest'ultima deve essere respinta poiché se la prima consulenza tecnica ha dimostrato che malamente era stato aggiudicato il contratto pubblico in questione al raggruppamento di imprese controinteressato, in quanto la sua offerta non raggiungeva il minimo di utile previsto dalla legge di gara, tuttavia la seconda consulenza ha verificato che nemmeno la ricorrente avrebbe potuto legittimamente

conseguire l'aggiudicazione. In disparte le questioni sull'ammissibilità della sua offerta, è infatti dimostrato che anch'essa non avrebbe raggiunto quel minimo di utile suddetto.

La consulenza ha rilevato sia sovrastime che sottostime, in particolare una forte sottostima del costo connesso alla bonifica bellica.

Se ne può quindi concludere che l'offerta della ricorrente non garantiva il margine di utile richiesto dalla legge di gara. È vero che la conclusione della perizia riconosce che esiste un margine di approssimazione, ma ciò è determinato dalla carenza di giustificativi che la stessa ricorrente avrebbe originariamente dovuto produrre in uno con la sua offerta. L'istruttoria ha quindi dimostrato che la ricorrente non avrebbe potuto legittimamente conseguire l'aggiudicazione, ossia il bene della vita che nella specie viene in rilievo, e pertanto la sua richiesta risarcitoria deve essere respinta.

Detta domanda non è accoglibile nemmeno nella forma e misura della richiesta di ristoro per perdita di chance poiché a tal fine il danneggiato deve dimostrare l'esistenza dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato. La perdita di "chance" infatti (diversamente dal danno futuro) riguarda un pregiudizio di là da venire che deve essere altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto. Essa costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, tali da poter ritenere con giudizio prognostico *ex ante* e sulla base di elementi di fatto, che devono essere forniti dal danneggiato, che esisteva una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento (C.d.S. V, 15 settembre 2010 n. 6797, Sez. VI, 3 novembre 2010 n. 7744). Nulla di tutto questo avviene nel caso di specie, anzi l'istruttoria ha dimostrato che la ricorrente non aveva alcuna probabilità di ottenere legittimamente l'aggiudicazione.

Non può nemmeno essere accolta la richiesta subordinata di risarcimento delle spese connesse alla proposizione del presente giudizio, che nella suggestiva rappresentazione della ricorrente sarebbero state cagionate dall'illegittimità del procedimento amministrativo posto in essere dall'Amministrazione intimata. In tal modo infatti si finirebbe surrettiziamente con l'accollare il costo delle spese processuali alla parte vincitrice.

5. In conclusione, il ricorso deve essere respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura di € 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge, a favore dell'Autorità Portuale di Marina di Carrara; nulla spese per le controparti non costituite.

Restano definitivamente a carico della ricorrente le spese per la prima consulenza tecnica d'ufficio già liquidate con decreto presidenziale 10/2011; la ricorrente è inoltre condannata al pagamento delle spese per la seconda consulenza tecnica le quali, vista l'istanza di liquidazione del consulente tecnico d'ufficio depositata il 30 novembre 2011 e ritenuta congrua ai sensi del d.P.R. 115/2002, vengono liquidate in € 9.884,80 (novemilaottocentottantaquattro/80) comprensive di oneri fiscali e previdenziali.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali a favore dell'Autorità Portuale di Marina di Carrara nella misura di € 6.000,00 (seimila/00) oltre accessori di legge; nulla spese per le controparti non costituite.

Condanna inoltre la ricorrente al pagamento delle spese per l'espletamento delle consulenze tecniche d'ufficio, come da motivazione.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2012

con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2012

IL SEGRETARIO

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