

N. 02306/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00235/2012 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 235 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
National Cleanness s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Carmelo Tafuri, con domicilio eletto in Milano, Via Dante, 16

contro

Provincia di Varese, rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Albertini, con domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del TAR

per il risarcimento

dei danni derivanti dalla sentenza di questo Tribunale n. 5953 del 19 dicembre 2008, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5498 dell'8 ottobre 2011.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Varese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2015 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con ricorso ritualmente proposto la società National Cleanness s.r.l. ha chiesto il risarcimento dei danni derivanti dalla sentenza di questo Tribunale n. 5953 del 19 dicembre 2008, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5498 dell'8 ottobre 2011 (a seguito della reiezione dell'appello proposto dalla società Palmar S.p.A.).

Segnatamente, la ricorrente ha esposto che con la prima pronuncia è stata annullata l'aggiudicazione del servizio di pulizia degli uffici della Provincia di Varese, statuendosi, in particolare, che la stazione appaltante non avrebbe correttamente condotto le procedure di verifica dell'anomalia delle offerte, oltre a non aver effettuato un riscontro sull'utile di impresa riportato dall'aggiudicataria (limitato a una percentuale dello 0,1%).

Tale sentenza – ha soggiunto la società National Cleanness – è stata confermata in secondo grado, in linea di continuità con la reiezione della domanda cautelare, con ordinanza n. 826 del 10.2.2009, proposta dalla società Palmar S.p.A. (aggiudicataria dell'appalto nella gara oggetto del contendere).

Nel presente giudizio, invece, la ricorrente ha dedotto di vantare un interesse a *“ottenere il risarcimento dei danni subiti, per equivalente monetario, considerate la negligenza e la colpa gravissime della P.A. in tale frangente, per non aver mai ottemperato al giudicato”* (cfr. 4), specificati nell'equivalente monetario, nella perdita di *chance* e nel danno curriculare, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Varese (14.3.2012).

In vista dell'udienza di discussione nel merito, fissata per il 14.1.2014, le parti hanno depositato le rispettive memorie e repliche.

In particolare:

a) nella memoria dell'11.12.2014 l'Amministrazione ha fatto presente che nell'annullata procedura di affidamento la ricorrente si era classificata all'ottavo posto; che dopo l'emissione della sentenza di questo Tribunale *“con nota fax del 19 gennaio 2009 la Provincia di Varese informava tutte le società partecipanti alla gara”* del proposito di procedere *“al riesame delle offerte ricevute al fine di pervenire a una nuova aggiudicazione”* (cfr. pag. 3); che la rinnovazione del procedimento di gara si è conclusa con l'aggiudicazione provvisoria alla stessa società Palmar S.p.A. in data 8.4.2009, cui è seguita l'aggiudicazione definitiva in data 20.4.2009 e la sottoscrizione del contratto in data 11.8.2009; che, dunque, *“l'aggiudicazione del servizio è stata (...) la conseguenza diretta di una nuova valutazione dei giustificativi offerti da Palmar S.p.A.”* e che, in ogni caso, la ricorrente *“non ha impugnato la nuova aggiudicazione definitiva, (...) depositata agli atti della presente causa sin dal 14 marzo 2012”* (cfr. pag. 5);

b) nella memoria del 22.12.2014 la ricorrente ha replicato *“che di questa, nuova, aggiudicazione definitiva la Provincia non ha mai dato comunicazione alla ricorrente, dovuta, quantomeno, in base al disposto dell'art. 79, comma 5 del D.lgs. 163/2006, l'unica, come noto, a possedere rilevanza giuridica”*, chiedendo un rinvio dell'udienza pubblica del 14.1.2015 al fine di proporre motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 335 del 30.1.2015 la Sezione ha verificato che la tipica comunicazione relativa all'aggiudicazione non fosse stata trasmessa alla società ricorrente, avendo, infatti, opposto la stazione appaltante che la conoscenza sia del provvedimento di aggiudicazione che della sottoscrizione del contratto d'appalto fosse avvenuta unicamente per effetto del deposito della documentazione processuale in data 14.4.2012; conseguentemente la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 13 maggio 2015.

La società National Cleanness ha quindi proposto ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 27.3.2015, chiedendo il risarcimento dei danni, per equivalente monetario, subiti per effetto del giudicato definito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 5498 dell'8.10.2011, e ciò anche alla luce dei nuovi profili di censura proposti con tale ricorso, nonché per l'annullamento della successiva aggiudicazione definitiva in favore della società Palmar S.p.A., disposta con determinazione dirigenziale n. 1648 del 20.4.2009.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Varese (7.5.2015), la quale ha eccepito l'inammissibilità della domanda risarcitoria sull'assunto che *“il termine di cui all'art. 30 c.p.a. sia ormai irrimediabilmente spirato, con conseguente inammissibilità della domanda risarcitoria. Ragioni sistematiche inducono infatti a ritenere che nel nostro caso il termine di centoventi giorni sia iniziato a decorrere passati sei mesi dalla stipulazione del contratto (11 agosto 2009)”* (cfr. pag. 4); che, in ogni caso, nella sentenza di questo Tribunale n. 5953/2008 si sarebbe espressamente profilata l'anomalia anche dell'offerta della ricorrente, il che escluderebbe, nella specie, la configurazione di un diritto al risarcimento per perdita di *chance* (cfr. pag. 6); che parimenti inammissibile sarebbe l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva nuovamente emesso dalla stazione appaltante.

L'udienza pubblica del 13 maggio 2015 è stata, però, rinviata al 21 ottobre 2015 in quanto il Collegio ha rilevato, ai sensi dell'art. 71 del codice del processo amministrativo, l'assenza dei termini dalla notifica dei motivi aggiunti e la conseguente necessità di assicurare i termini a difesa delle parti.

In vista di tale udienza, le parti hanno depositato le rispettive memorie.

In particolare:

- nella memoria del 18.9.2015 la Provincia di Varese ha ribadito le argomentazioni precedentemente sviluppate, opponendo che la consistenza della posizione giuridica fatta valere in giudizio fosse, al più, correlabile a una mera aspettativa (cfr. pag. 6);

- nella memoria del 30.9.2015 la ricorrente ha replicato all'eccezione di inammissibilità opposta dall'Amministrazione opponendo che il termine di prescrizione della domanda risarcitoria sarebbe quinquennale, non potendo farsi, nella specie, applicazione della disciplina introdotta dall'art. 30 del codice del processo amministrativo, e nel merito riportandosi alle deduzioni già proposte con i motivi aggiunti.

All'udienza del 21 ottobre 2015 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

Con riguardo alla domanda di annullamento del nuovo provvedimento di aggiudicazione definitiva alla società Palmar S.p.A. (determinazione dirigenziale n. 1648 del 20.4.2009), occorre rilevare, in disparte dalla dirimente considerazione che l'esecuzione dell'appalto si è conclusa in data 31.5.2011 (circostanza che determina l'improcedibilità di tale domanda per sopravvenuta carenza d'interesse), che la società ricorrente non ha provato che la sua offerta – ove esaminata – avrebbe condotto all'aggiudicazione, nonché – rilievo ancor più decisivo – l'anomalia delle offerte di tutti i concorrenti classificatisi in posizione migliore (è stata, infatti, disposta la *“rinnovazione della gara a partire dalla verifica di anomalia, attraverso un'accurata e motivata disamina delle giustificazioni e dei chiarimenti richiesti alle prime sette concorrenti”*).

Senza contare, inoltre, che l'offerta della ricorrente, secondo quanto statuito nella sentenza n. 5953/2008 della Sezione, avrebbe evidenziato *“dubbi più che fondati sull'affidabilità”*, che nel presente giudizio la società National Cleanness non ha, peraltro, ritenuto di motivatamente confutare al fine di sostanziare il fondamento delle sue domande.

Non sussistono, quindi, i presupposti per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno emergente connesso alla mancata aggiudicazione della gara.

Quanto, poi, alle censure relative all'esiguo utile offerto dalla società Palmar S.p.A., il Collegio richiama l'indirizzo della giurisprudenza secondo cui *“ai fini della valutazione di anomalia delle offerte presentate nelle gare di appalto, non può essere fissata una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere non solo dalla prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, ma anche dalla qualificazione, dalla pubblicità e dal curriculum discendenti per un'impresa dall'essersi aggiudicata e dall'aver poi portato a termine un appalto pubblico”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206, nonché id., sez. V, 17 luglio 2014, n. 3785).

L'affidabilità di tale linea ermeneutica, del resto, è provata dalla circostanza che l'appalto è stato regolarmente portato a conclusione dalla società Palmar S.p.A.

La società ricorrente ha inoltre dedotto che *“la Provincia di Varese ha, vi è più, colpevolmente e negligenzemente ommesso di sviluppare un'attività imposta per legge, posto che: a) l'art. 79, comma 5, lett. a), del D.lgs. 163/2006 (...) dispone la comunicazione d'ufficio del (nuovo) provvedimento di aggiudicazione a tutti i concorrenti ammessi alla gara; b) con l'aggiunta e l'aggravante che, ai sensi del precedente art. 11, comma 10, essa risultava altresì propedeutica e funzionale alla stipula del contratto”* (cfr. pag. 5).

La stazione appaltante, in altri termini, avrebbe leso l'interesse procedimentale della ricorrente, *“nascondendo (sia concesso), o non vorremmo blindando, la nuova aggiudicazione in favore sempre della stessa impresa, omettendone le obbligatorie comunicazioni di legge”* ed *“estraniando la ricorrente, precludendole ed impedendole di esercitare i propri diritti, cioè, casualmente, proprio quell'unica impresa, già parte attrice, ancora in termini per impugnare i nuovi atti, rendendone vano anche il ricorso iniziale”* (cfr. pag. 6).

Tali censure non colgono nel segno, tenuto conto:

a) che la stazione appaltante ha provato di aver trasmesso alla ricorrente la comunicazione relativa alla convocazione per la seduta pubblica dell'8.4.2009 (ore 10) nella quale si sarebbe proceduto a disporre l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto a seguito della disposta rinnovazione delle operazioni di gara (cfr. fax del 6.4.2009, con prova di avvenuta ricezione);

b) che, dunque, alla ricorrente non era affatto preclusa la partecipazione a tale seduta, nel corso della quale avrebbe potuto opporre – per mezzo di propri rappresentanti autorizzati – eventuali rilievi alla commissione giudicatrice;

c) che la ricorrente avrebbe, inoltre, potuto esercitare lo speciale e tipico diritto di accesso agli atti di gara, disciplinato dall'art. 13 del D.lgs. 163/2006, che avrebbe a questa consentito di estrarre copia ed esaminare l'offerta tecnica della società Palmar S.p.A., positivamente riesaminata dalla Provincia;

d) che tale prerogativa sarebbe, infatti, spettata alla ricorrente in ragione del fatto che la Provincia di Varese, ancora prima della convocazione fissata per l'8.4.2009, aveva comunicato alla società National Cleanness, con nota del 19.1.2009, che in ottemperanza alla sentenza di questo Tribunale n. 5953/2008 si sarebbe proceduto "*al riesame delle offerte ricevute al fine di pervenire ad una nuova aggiudicazione*"; la ricorrente, quindi, vantava una posizione di concorrente in astratto assoggettabile a verifica di anomalia e, quindi, titolare di un'aspettativa giuridica, sia pure remota e condizionata, a un'eventuale aggiudicazione (è noto, di contro, che tale prerogativa non è riconoscibile ai concorrenti che siano stati esclusi da una procedura di evidenza pubblica con provvedimento divenuto definitivo, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079);

e) che la ricorrente, tuttavia, ha ritenuto di non valersi di tali rimedi (il cui esercizio avrebbe a questa consentito, ove stimato utile alle proprie ragioni, di impugnare l'aggiudicazione definitiva, disposta in data 20.4.2009 a seguito della rinnovazione delle operazioni di gara), preferendo costituirsi nel giudizio di appello proposto dalla società Palmar S.p.A. avverso la pronuncia di primo grado, definito dalla V Sezione con la sentenza n. 5498 dell'8.10.2011, pubblicata, però, in un momento in cui l'esecuzione dell'appalto si era già conclusa (31.5.2011).

Invero, la stazione appaltante ha tenuto, nel corso del procedimento, una condotta legittima, ottemperando alle statuizioni del giudice di prime cure (la cui legittimità è stata pienamente confermata dal Consiglio di Stato).

Quanto all'omessa trasmissione della comunicazione prevista dall'art. 79 del D.lgs. 163/2006, occorre rilevare che tale adempimento non incide sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma semplicemente sulla decorrenza del termine per l'impugnazione (giurisprudenza consolidata: cfr. TAR Campania – Napoli, 10 marzo 2011, n. 1441; TAR Abruzzo - L'Aquila, 18 ottobre 2010, n. 705; TAR Lazio - Latina, 19 aprile 2010, n. 539; TAR Campania - Napoli, 2 aprile 2008, n. 1800).

In applicazione di tale principio la Sezione ha emesso l'ordinanza collegiale n. 335 del 30.1.2015, con cui si è consentito alla ricorrente di proporre le domande oggetto del presente giudizio.

In conclusione: la legittimità della disposta rinnovazione delle operazioni di gara; le considerazioni, più sopra illustrate, circa la scelta della ricorrente di non assolvere a un onere di informazione e partecipazione attiva che le avrebbe consentito di impugnare l'aggiudicazione dell'appalto prima che la sua esecuzione si concludesse; il difetto assoluto di prova, da parte della stessa ricorrente, circa l'anomalia delle offerte dei concorrenti più utilmente collocati in graduatoria; il difetto assoluto di prova, infine, che l'offerta della National Cleanness, se fosse stata esaminata, sarebbe risultata congrua e, addirittura, suscettibile di aggiudicazione, determinano, a giudizio del Collegio, la reiezione di tutte le proposte domande di risarcimento (danno emergente, lucro cessante, perdita di *chance*, danno curriculare).

Pertanto, il ricorso è improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, in relazione alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta in data 20.4.2009 in favore della società Palmar S.p.A., mentre va respinto con riguardo alle proposte domande di risarcimento.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono quantificate, ai sensi del D.M. 55/2014, in €. 3.500,00, oltre accessori, che la società ricorrente dovrà corrispondere alla Provincia di Varese.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte improcedibile e in parte lo respinge, nei sensi espressi in motivazione.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida in €. 3.500,00, oltre accessori, in favore della Provincia di Varese.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Silvia Cattaneo, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 03/11/2015

IL SEGRETARIO

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