

Pubblicato il 09/01/2018

N. 00026/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01438/2014 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1438 del 2014, proposto da:
Power One Italy S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Giussani, Adriano
Tortora, con domicilio ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

Comune di Rossano Veneto, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dagli avvocati Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro, con domicilio ex
art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R.;

nei confronti di

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Sacchetto, Antonio Liroi,
Marco Martinelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano
Sacchetto in Venezia-Mestre, via G. Carducci, 45;
Umpi Elettronica S.r.l. non costituito in giudizio;
per la condanna del Comune resistente alla rifusione di tutti i danni subiti
e subendi dalla parte ricorrente in conseguenza dell'illegittimità: della
delibera della Giunta Municipale del Comune resistente n. 60 del
29.6.2010; della delibera di incarico professionale; dell'avviso volontario
per la trasparenza ex ante del 24.5.2010; della nota del 23.7.2010, n. prot.
11479, recante la "comunicazione del provvedimento di aggiudicazione
definitiva"; della delibera del segretario comunale di Rossano Veneto n.
rep. gen. 299 - d.i.s. n. 38 del 2.7.2010, recante: l'adesione alla proposta
contrattuale prot. n. 7951 del 24.5.2010 della Telecom Italia s.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rossano Veneto e
di Telecom Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2017 il dott. Nicola
Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente società Power One Italy espone di essere impresa italiana leader mondiale nel mercato dei prodotti di elettronica di potenza, soprattutto nell'ambito dei sistemi in grado di assicurare il risparmio energetico e lo sfruttamento di energie alternative.

In particolare, la società istante evidenzia di aver elaborato un proprio prodotto, I-Illumination Smart Grid, costituito da un sistema di telecontrollo della pubblica illuminazione con trasmissione dei dati ad onde convogliate a banda larga.

Con la deliberazione n. 46 del 10 maggio 2010, la Giunta Comunale di Rossano Veneto incaricava la società Netbrain di individuare sul mercato i soggetti in grado di rendere il miglior servizio relativo al risparmio energetico del sistema di illuminazione pubblica con contestuale inserimento, nella rete di illuminazione, di una rete di trasporto multimediale al fine di realizzare un sistema definito "Città digitale". Nella propria relazione, Netbrain concludeva che: "in base all'indagine di mercato condotta, solamente le società Power One (con l'offerta EcoSmartGrid) e Telecom Italia (con l'offerta Smart Town) propongono una soluzione integrata in grado di soddisfare" gli obiettivi perseguiti dalla Giunta comunale.

Nella medesima relazione, peraltro, la società esprimeva l'opinione che l'offerta Smart Town fosse comunque in grado di offrire maggiori "garanzie di affidabilità e funzionalità", grazie ai brevetti europei ed alle strutture in possesso di Telecom Italia S.p.a. .

Per quanto sopra la Giunta Comunale di Rossano Veneto, con la deliberazione n. 60 del 29 giugno 2010, assumeva un atto di indirizzo, demandando al responsabile del procedimento la definizione degli atti necessari alla acquisizione diretta della predetta offerta Smart Town ed alla adesione al contratto di teleleasing proposto dalla società.

Seguiva, quindi, la determinazione dirigenziale n. 38 del 2 luglio 2010 con la quale il Segretario del Comune di Rossano Veneto, preso atto dell'indirizzo della Giunta, in applicazione dell'art. 57, comma 2, lett. b, del Codice dei Contratti Pubblici, affidava i servizi di cui trattasi a Telecom, aderendo alla proposta contrattuale di quest'ultima, formulata in collaborazione con UMPI Elettronica S.r.l.

Per ottenere l'annullamento di tutti i citati atti, la società Power One Italy proponeva il ricorso n. 1427 del 2010 dinnanzi al T.a.r. Veneto, deducendo, in estrema sintesi, l'incompetenza della Giunta comunale ad effettuare la scelta dell'aggiudicatario e l'insussistenza dei presupposti per l'affidamento diretto ai sensi del richiamato art. 57 del D.Lgs. 163 del 2006.

All'esito del giudizio, con la sentenza n. 971/2011, il Tribunale adito rigettava il ricorso.

Il Consiglio di Stato, sez. V, in sede di appello, con sentenza n. 3997 del 28 luglio 2014, riformava la predetta sentenza.

In particolare, il Consiglio di Stato, dopo aver respinto l'eccezione della difesa dell'Amministrazione d'improcedibilità del gravame (sollevata in quanto, nelle more del giudizio, il contratto concluso con Telecom era stato interamente eseguito), ritenendo sussistente l'interesse a fini risarcitori, giudicava nel merito fondato l'appello, in quanto non sussistevano i presupposti per il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando.

Osservava infatti il Consiglio di Stato che: “nella specie le risultanze dell’indagine di mercato svolta nell’interesse dell’Amministrazione comunale hanno confermato che alla gara, ove fosse stata indetta, ben avrebbe potuto partecipare anche la Società Power One... Né possono assumere valore dirimente, per escludere la necessità di indire una gara, le ulteriori ed inconferenti considerazioni svolte da Netbrain nella medesima relazione, circa una ipotizzabile maggior affidabilità e funzionalità della proposta di Telecom. Non v’è dubbio alcuno, infatti, che sarebbero state proprio tali caratteristiche della affidabilità e della funzionalità a dover essere comparativamente valutate dalla Commissione giudicatrice in sede di gara, al fine di selezionare l’aggiudicatario”.

Con il presente ricorso Power One chiede la condanna del Comune di Rossano al risarcimento dei danni che le sarebbero stati cagionati dall’affidamento in favore di Telecom del contratto di teleleasing in questione, disposto con gli atti successivamente annullati dal Consiglio di Stato.

In particolare, la ricorrente chiede che il Comune di Rossano venga condannato al pagamento di una somma pari al 50% dell’importo complessivo previsto nel contratto di teleleasing stipulato o, in via subordinata, al 50% dell’utile che la ricorrente avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione o in via equitativa, previo esperimento, se del caso, di consulenza tecnica.

Si sono costituiti il Comune di Rossano e la Telecom, argomentando, con successive memorie, in ordine all’infondatezza della domanda risarcitoria e chiedendone il rigetto.

All’udienza del 20 dicembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato, difettando la prova del nesso di causalità che dovrebbe collegare il danno lamentato alla condotta illegittima del Comune di Rossano.

Nel caso in esame, infatti, il Consiglio di Stato ha riconosciuto alla Power One la lesione del proprio interesse legittimo pretensivo a partecipare ad una gara per l’affidamento dei servizi di cui trattasi, che invece è illegittimamente avvenuto in via diretta.

La ricorrente chiede ora il risarcimento del danno da perdita delle chance di aggiudicazione del contratto.

A tal fine cita un precedente del Consiglio di Stato reso su un caso effettivamente per molti aspetti analogo (Cons. St., n. 5837/2011).

Osserva il Collegio che, tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è ormai differentemente ed univocamente orientata in ordine all’individuazione dei parametri alla cui stregua deve essere giudicata la spettanza del danno da perdita di chance per l’impresa che abbia denunciato l’illegittimità dell’affidamento diretto, ottenendone l’annullamento.

In particolare, il Consiglio di Stato (III, 9 febbraio 2016, n. 559) ha recentemente precisato che:

“La risarcibilità del danno da perdita di chance è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in cui l’illegittimità dell’atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest’ultima presenti un rilevante grado di probabilità (se non di certezza)

di ottenere l'utilità sperata". E' stato, inoltre, chiarito, che, nelle pubbliche gare, il predetto diritto risarcitorio spetta solo se l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione illegittima riesca a dimostrare, con il dovuto rigore, che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431). Il danneggiato risulta, perciò, gravato dell'onere di provare l'esistenza di un nesso causale tra l'adozione o l'esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo e la perdita dell'occasione concreta di conseguire un determinato bene della vita (Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115), con la conseguenza che il danno in questione può essere risarcito solo quando sia collegato alla dimostrazione della probabilità del conseguimento del vantaggio sperato, e non anche quando le chance di ottenere l'utilità perduta restano nel novero della mera possibilità (Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3147).

Mentre, infatti, nel primo caso (probabilità di conseguimento del bene della vita) appare ravvisabile un nesso causale, da valersi quale indefettibile elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, tra condotta antigiuridica e danno risarcibile, nella seconda ipotesi (mera possibilità di conseguimento del vantaggio perduto) risulta interrotta proprio la sequenza causale tra l'atto illegittimo e la perdita patrimoniale rivendicata dal danneggiato. Nel caso, in cui, quest'ultimo non riesca a dimostrare che, senza l'adozione dell'atto illegittimo, avrebbe certamente (o molto probabilmente) conseguito il vantaggio che, invece, l'attività provvedimentale lesiva gli ha impedito di ottenere, non appare ravvisabile alcuna perdita patrimoniale eziologicamente riconducibile all'atto invalido, nelle forme del lucro cessante e, cioè, nella perdita di un'occasione concreta e molto probabile di accrescimento del patrimonio del danneggiato.

Per cui, ha stabilito il Consiglio di Stato (v. III sez., 9 febbraio 2016, n. 559), quando viene giudicato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto (e, quindi, la gara non è stata proprio indetta), l'impresa che, come operatrice del settore, lo ha impugnato, lamentando la sottrazione al mercato di quel contratto, non riuscendo ad ottenere una tutela in forma specifica mediante l'espletamento della gara, si vedrà preclusa anche quella risarcitoria per equivalente da perdita di chance, e ciò per l'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può certo dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto illegittimamente sottratto al mercato, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri, termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe con elevata probabilità aggiudicato. Nella situazione appena descritta, infatti, le possibilità per l'impresa di aggiudicarsi l'appalto, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, sono pari a quelle di qualsiasi altro operatore del settore legittimato a partecipare alla procedura; sicchè resta preclusa qualsivoglia analisi delle concrete possibilità di esito favorevole della selezione per l'impresa asseritamente danneggiata, non potendo che fondarsi, tale analisi, sulla verifica della competitività della sua offerta, che, tuttavia, in tali situazioni non è stata proprio presentata, con la

conseguenza dell'impossibilità materiale dello scrutinio del grado di probabilità di successo della stessa.

In altri arresti il Consiglio di Stato (IV, 23 giugno 2015, n. 3147) ha precisato che “la perdita di chance, diversamente dal danno futuro, costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo. Tale possibilità, per configurare la risarcibilità del pregiudizio, deve essere statisticamente rilevante e, dunque, atteggiarsi in termini di rilevante probabilità di raggiungimento del risultato sperato. Occorre, infatti, distinguere fra probabilità di riuscita (chance risarcibile) e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata (chance irrisarcibile). Nella concreta individuazione del grado di probabilità configurante chance risarcibile, il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la concretezza delle probabilità deve essere statisticamente valutabile con un giudizio sintetico, che ammetta, con giudizio ex ante e sulla base dell' id quod plerumque accidit, che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al 50%”.

E', dunque, necessario che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50%.

Ebbene, esaminando il caso di specie alla luce di tali condivisibili decisioni, tale dimostrazione della probabilità di successo non è stata offerta dalla ricorrente, non solo in quanto non è possibile prevedere il numero di operatori che avrebbero preso parte alla gara, ove fosse stata indetta, né il contenuto delle loro offerte, ma innanzitutto perché la stessa non ha dimostrato di essere (o di essere stata) realmente attiva nel mercato di riferimento, circostanza che la difesa della Telecom ha invece fermamente contestato.

Infatti, Power One, al di là delle mere asserzioni circa il fatto di essere “un'impresa italiana leader mondiale nel mercato dei prodotti di elettronica di potenza” e di aver sviluppato “un sistema di telecontrollo e risparmio energetico” in “diretta concorrenza” con quello proposto da Telecom e dai propri partner, e nonostante siano oramai passati circa sette anni dall'affidamento dell'appalto da parte del Comune di Rossano, non ha offerto alcuna prova di tali circostanze, né, ad esempio, di aver poi installato presso altri Comuni il servizio di cui oggi si discute, o di averlo in altro modo sperimentato, o di aver partecipato nel frattempo con successo ad altre gare aventi il medesimo oggetto.

Se ne deve dedurre, quindi, che la ricorrente avrebbe comunque avuto scarse possibilità di successo ove fosse stata ammessa a partecipare all'ipotetica gara che il Comune di Rossano avrebbe dovuto indire, non avendo il Collegio a disposizione altre informazioni in ordine alla funzionalità del sistema dalla prima offerta, se non quelle che si possono trarre dallo studio di fattibilità della Netbrain commissionato dal Comune di Rossano, dal quale risulta che, mentre la soluzione “Smart Town” di Telecom presentava elevate garanzie di affidabilità e funzionalità, avendo registrato un'ampia diffusione a livello territoriale, quella della Power One “EcoSmartGrid ” si presentava ancora allo stadio embrionale della sperimentazione, avendo registrato un'unica installazione pilota presso il Comune di Fontanelice.

Per tali ragioni la domanda di risarcimento del danno proposta con il presente ricorso deve essere respinta.

Le spese di lite seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta;

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite nei confronti delle parti costituite, che si liquidano, per ciascuna di esse, in complessivi € 1.000,00, oltre oneri accessori.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Nicola Fenicia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE

Maurizio Nicolosi