



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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5881 del 2010, proposto da:
Mondoviaggi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Grazia Di
Gennaro, con domicilio legale presso T.A.R. Campania - Napoli
Segreteria in Napoli, piazza Municipio, 64;

contro

- Comune di Giugliano in Campania, rappresentato e difeso dall'avv.
Giuseppe Russo, con domicilio eletto presso Giuseppe Russo in
Napoli, via Cesario Console, n. 3;
- Responsabile unico del procedimento di gara, non costituito;
- Dirigente del settore Welfare, non costituito;

nei confronti di

Travel Please S.r.l., non costituita;

per l'annullamento

della determina dirigenziale n. 961 del 24/09/2010 relativa all'aggiudicazione in favore dell'impresa Travel Please s.r.l. del servizio di soggiorno climatico per anziani per l'anno 2010; dei verbali di gara (in data 13 e 14/9/2010); nonché degli atti connessi; e per la condanna della amministrazione al risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Giugliano in Campania;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

Con ricorso notificato il 27/10/2010, la società Mondoviaggi – seconda classificata (con punteggio complessivo di 73,25) nella procedura negoziata mediante cottimo fiduciario, indetta dal Comune di Giugliano in Campania, per l'affidamento dell'appalto relativo al servizio di soggiorno climatico per anziani da effettuare tra il 18/9 ed il 3/10/2010, per un numero stimato di 172 unità, elevabile fino ad un massimo di 380, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – contestava gli atti in

epigrafe relativi all'aggiudicazione alla società Travel Please (classificata con un punteggio complessivo di 75,99), comunicata alla ricorrente in data 1/10/2010. Il servizio climatico in questione si è concluso in data 3/10/2010.

Il Comune si costituiva in giudizio resistendo alle pretese avverse.

DIRITTO

1. Nel merito la società ricorrente deduce che:

- l'aggiudicataria non avrebbe prodotto la dichiarazione richiesta a pena di esclusione di cui all'art. 7 del capitolato di appalto, contenente il tipo di autorizzazione all'esercizio dell'attività di cui all'art. 9 della legge n. 217 del 1983 (lett. b), la regolarità in materia di norme disciplinanti il diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge n. 68 del 1999 (lett. d – ovvero recte: l), l'impegno a praticare lo stesso prezzo unitario offerto anche in caso di aumento o riduzione del numero di partecipanti al soggiorno (lett. k);
- l'aggiudicataria non avrebbe corredato la propria offerta tecnica della dichiarazione impegnativa in merito alla disponibilità recettiva della struttura individuata;
- l'assegnazione dei punteggi per la valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla Travel Please (TP) e dalla Mondoviaggi (MV) non sarebbe rispondente ai criteri e sub-criteri previsti dal capitolato di appalto, in particolare per quanto riguarda l'elemento A6 "organizzazione del servizio di bus navetta" (massimo 5 punti, TP 2 punti, MV 5 punti), l'elemento A8 "migliorie al servizio

spiaggia” (max 3, TP 2, MV 1), l’elemento A10 “eventuale escursione” (max 5, TP 5, MV 2), l’elemento B1 “possesso autorizzazione di cat. A illimitata” (max 10, TP e MV 10), l’elemento B2 “modello organizzativo dell’impresa” (max 5, TP 1, MV 0,5), l’elemento B3 “radicamento dell’impresa nel territorio” (max 5, TP 1, MV 0);

- la Commissione di gara avrebbe riformulato alcuni sub-criteri mediante una graduazione ponderale non prevista dalle disposizioni di gara; ciò avrebbe comportato una modificazione dei parametri di valutazione e l’introduzione di nuovi, arbitrari e indeterminati criteri, in particolare per quanto riguarda gli elementi A6, A8, A10, B1, B2 e B3;

- il criterio B “pregio tecnico dell’impresa” ed in particolare il sub-criterio B2 riguarderebbero la selezione del concorrente piuttosto che la valutazione dell’offerta tecnica;

- l’attribuzione di punteggi numerici per la valutazione dell’offerta tecnica non sarebbe sorretta da una congrua motivazione, in particolare per quanto riguarda gli elementi A6, A8, A10, B2 e B3;

- l’aggiudicazione non sarebbe stata preceduta da una verifica dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati in sede di gara, nonché degli elementi di valutazione relativi al pregio tecnico dell’impresa ponderati unicamente in base alle dichiarazioni degli interessati.

1.1. Al riguardo giova rilevare in primo luogo che l’art. 7 del

capitolato d'oneri, concernente la documentazione da presentare per la partecipazione alla procedura, richiede al punto 2, lett. k), una dichiarazione con la quale “il titolare o legale rappresentante dell'impresa o suo procuratore, assumendosene la piena responsabilità dichiarò testualmente, a pena di esclusione ... di considerare il prezzo offerto giudicandolo, nel suo complesso, remunerativo e di impegnarsi a praticare lo stesso prezzo offerto pro-capite, nell'ipotesi in cui l'amministrazione consenta la partecipazione al massimo di ulteriori 208 unità o si trovi nella situazione di avere unità in meno rispetto al numero stimato”.

Tale formula è riportata testualmente nell'allegato B al capitolato d'oneri, recante il modello di dichiarazione da produrre.

Senonché la Travel Please ha invece reso la seguente dichiarazione: “dichiara ... di considerare il prezzo offerto giudicandolo, nel suo complesso, remunerativo”.

E' agevole osservare che manca alcuna dichiarazione impegnativa “a praticare lo stesso prezzo offerto pro-capite, nell'ipotesi in cui l'amministrazione consenta la partecipazione al massimo di ulteriori 208 unità o si trovi nella situazione di avere unità in meno rispetto al numero stimato”.

Ne consegue che la determinazione di ammissione in gara dell'aggiudicataria è quindi viziata dalla presentazione da parte della medesima di una dichiarazione difforme dalle prescrizioni dettate dalla disposizione di gara a pena di esclusione, in un punto peraltro

rilevante da un punto di vista sostanziale, oltre che formale, relativo agli impegni assunti dall'operatore turistico, che influiscono in modo rilevante sulla stessa determinazione del prezzo offerto.

1.2. La fondatezza della esaminata doglianza è assorbente rispetto alla contestazione di ulteriori vizi ravvisati nell'ammissione dell'impresa aggiudicataria.

2. La società ricorrente chiede il risarcimento dei danni all'uopo rappresentando che la dinamica degli avvenimenti dimostrerebbe l'impossibilità per la ricorrente stessa di attivare i rimedi giurisdizionali o di autotutela prima della conclusione del servizio oggetto dell'appalto in questione ed escluderebbe altresì un errore scusabile per la stazione appaltante. Il danno lamentato dalla ricorrente consisterebbe:

- nel lucro cessante, pari al 10% dell'offerta economica formulata in sede di gara (euro 278,05) moltiplicato per il numero dei partecipanti al soggiorno (263 unità, ovvero nel minore o maggior numero effettivamente risultante), spettante per intero (euro 7.312,72) atteso l'inutilizzo di mezzi e personale nel periodo di impegno per l'appalto in questione;
- nel danno curriculare, derivante dalla perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale di una ulteriore esperienza da far valere in altre gare, quantificato nella misura del 3% del mancato fatturato (euro 2.193,81);
- l'importo complessivo di euro 9.606,53 (recte: 9.506,53) andrebbe

inoltre maggiorato di rivalutazione monetaria ed interessi legali dal 27/10/2010 (data della domanda) al deposito della sentenza e degli interessi legali dalla data della sentenza al soddisfo.

2.1. In base all'art. 124 del CPA, se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato, fatta salva la valutazione ai sensi dell'art. 1227 c.c. della condotta processuale della parte ricorrente.

Nella specie, atteso l'esaurimento del servizio in questione in epoca anteriore alla tempestiva proposizione del ricorso, l'annullamento dell'aggiudicazione non può determinare alcun risarcimento in forma specifica, potendo trovare applicazione unicamente un risarcimento per equivalente, posto che la ricorrente, seconda classificata nella gara di cui trattasi, sarebbe risultata aggiudicataria in caso di corretta applicazione delle disposizioni di gara.

Al riguardo va in primo luogo rilevato che la pretesa risarcitoria della società ricorrente non può subire limitazioni nel caso in esame, posto che nessun addebito emerge per fatto colposo o difetto di diligenza del creditore, tenendo anche conto del comportamento processuale della parte interessata.

2.2. Non è risarcibile un danno emergente consistente nelle spese per la partecipazione alla gara, posto che tali spese comunque restano normalmente a carico del concorrente a prescindere dall'aggiudicazione. Il pregiudizio derivante dalla illegittima perdita dell'occasione (cd. perdita di chance) per la mancata aggiudicazione

consiste invece essenzialmente nel lucro cessante, che va rapportato all'utile che l'impresa avrebbe conseguito per effetto dell'aggiudicazione illegittimamente negata.

Tale guadagno, da valutare tenendo conto di una ragionevole valutazione delle probabilità di successo dell'impresa pretermessa e delle regole del mercato nel quale è inserita, è quantificato dalla prevalente giurisprudenza nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, in mancanza di concludenti elementi tali da indurre ad una diversa determinazione.

Orbene, nella specie, la società ricorrente ha prodotto un preventivo di spesa ed una giustificazione del prezzo che sorreggono una stima dell'utile atteso dall'espletamento del servizio in questione nella misura complessiva del 10% del fatturato.

2.3. Rispetto a tale somma è da escludere che, considerata l'attività particolare oggetto del servizio di una agenzia di viaggi, vada operata una decurtazione per il c.d. aliunde perceptum, cioè per l'utile alternativo che l'impresa presumibilmente può aver acquisito grazie allo svolgimento di una prestazione incompatibile con quella che avrebbe dovuto eseguire ove si fosse aggiudicato l'appalto.

Questa evenienza, che si verificherebbe solo nell'ipotesi in cui il medesimo pacchetto turistico individuato dall'offerta, fosse stato venduto ad altro acquirente, non risulta verificata, per cui può essere ragionevolmente presunto, anche per i tempi ed termini molto ristretti del soggiorno in questione, che l'occasione prospettata dalla

società ricorrente sia svanita senza lasciare alla medesima possibilità lucrative alternative.

2.4. Altro elemento che concorre a determinare il mancato guadagno è il cosiddetto "danno curriculare", ovvero il pregiudizio derivante a causa della mancata inclusione dell'appalto ad arricchimento del proprio curriculum professionale e quindi nel mancato accrescimento della capacità di competere sul mercato. Tale componente del danno è principalmente un aspetto della perdita di chance ad aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti, ma può manifestarsi anche nella forma di un nocumento all'immagine dell'impresa ed al suo radicamento nel mercato.

Senonché in ordine a tale danno, che non si sottrae ai principi generali in tema di onere della prova, non risultano adeguati elementi probatori a dimostrazione di una effettiva potenzialità lesiva degli atti illegittimi annullati sull'attività aziendale della società ricorrente e, tanto meno, sulla sua immagine commerciale.

Per cui è da ritenere che la liquidazione del lucro cessante per il mancato guadagno nella misura del 10%, senza riduzioni e limitazioni, comprenda, in una valutazione equitativa del danno complessivo, anche il danno curriculare genericamente lamentato dalla società ricorrente (cfr. Cons. St., sez. VI, 9.6.2008, n. 2751).

2.5. Tanto premesso, si stabilisce, in base all'art. 34, co. 4, del CPA, come criterio per la quantificazione del danno, a cura della stessa stazione appaltante debitrice, la determinazione di una somma pari al

10% del prezzo unitario offerto in gara dalla società ricorrente (al netto di IVA), moltiplicato per il numero di utenti del servizio che hanno partecipato al soggiorno in questione.

2.6. Sulla somma da corrispondere a titolo di risarcimento del danno deve essere computata la rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat (FOI), dalla data della domanda fino a quella di deposito della presente decisione, data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta e produce interessi nella misura legale fino al soddisfo.

Giova precisare che alla rivalutazione monetaria non vanno cumulati per il medesimo periodo anche gli interessi, atteso che altrimenti si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto (cfr. Cons. St., sez. V, 30/7/2008, n. 3806).

3. Non emergono i presupposti previsti dall'art. 121 del CPA, trattandosi nella specie di procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 125 del d. lgs. n. 163 del 2006 riferita a servizi rientranti nell'allegato II B del d. lgs. n. 163 del 2006, per i quali l'art. 20 dello stesso d. lgs. indica le disposizioni applicabili.

4. Le spese di giudizio vanno poste a carico, come di norma, della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione

Prima), in accoglimento del ricorso in epigrafe, annulla gli atti impugnati e condanna il Comune al risarcimento dei danni nella misura indicata in motivazione.

Condanna il Comune di Giugliano il Campania al pagamento, in favore della Mondoviaggi s.r.l. e per essa al difensore per dichiarato anticipo, delle spese di giudizio liquidate in euro 1.500,00 (millecinquecento) oltre IVA e CPA, fermo restando il rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2011

IL SEGRETARIO

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