



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 il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1067 del 2011, proposto da Manifatture Sannino S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Macri, con domicilio eletto presso l'avv. Domenico De Stefano Donzelli c/ Studio Legale DGDF Legal, in Roma, via A. Roboty, 1;

***contro***

Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per il risarcimento del danno derivante dall'illegittima esclusione dalla procedura ad evidenza indetta dal ministero dell'interno il 16.6.2006, avente ad oggetto la fornitura di 30.000 paia di guanti, per un valore complessivo pari a euro 360.000,00 iva inclusa.***

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio, la parte ricorrente ha rappresentato di essere una ditta specializzata nella produzione di guanti di tessuto e di pelle di ogni tipo, iscritta nell'Albo dei fornitori del Ministero dell'Interno, e di aver provveduto nel corso degli anni ad effettuare numerose forniture dei suoi prodotti, con piena soddisfazione della citata Amministrazione.

Ciò posto, la Manifatture Sannino Srl ha evidenziato di essere venuta a conoscenza, nel settembre 2006, dell'indizione da parte del Ministero dell'Interno di una procedura accelerata informale per la fornitura di guanti, alla quale ha chiesto di partecipare senza, peraltro, ottenere alcuna risposta. Tale procedura, avendo ad oggetto la fornitura di circa 30.000 paia di guanti, per un importo di oltre 360.000,00 euro, rientrava, secondo le normative nazionali e comunitarie, nell'ambito dell'evidenza pubblica.

Con diffida del 9.11.2006, la Manifatture Sannino Srl ha intimato all'Amministrazione di non procedere all'aggiudicazione senza preventiva pubblicazione di un bando nel rispetto delle regole di evidenza pubblica. L'Amministrazione, tuttavia, ha deciso di non tenere alcun conto dei legittimi rilievi della ricorrente ed ha aggiudicato la fornitura alla Vega Holster S.r.l.

A questo punto, la Manifatture Sannino Srl ha contestato la propria esclusione dalla procedura, proponendo ricorso dinanzi al TAR del Lazio, il quale, con sentenza n. 2020/2007, ha affermato l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante.

Il Consiglio di Stato, adito dal Ministero soccombente, con sentenza n. 5023/2008

ha confermato le statuizioni del giudice di primo grado, osservando che il procedimento sfociato nell'atto di aggiudicazione impugnato configurava una palese ed illegittima restrizione del confronto concorrenziale in aperta violazione della normativa nazionale e comunitaria.

Alla luce di quanto sopra, la ricorrente ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendo il risarcimento dei danni patiti consistenti, in particolare: - nella perdita di chance di conseguimento dell'utile d'impresa; - nei danni all'immagine e curriculare.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha sostenuto l'infondatezza del ricorso chiedendone il rigetto.

All'udienza del 14 luglio 2011 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## DIRITTO

1. La parte ricorrente ha sostenuto di aver subito un danno per essere stata pretermessa dalla partecipazione alla procedura di affidamento descritta in fatto.

A parere della ricorrente, il danno andrebbe quantificato tenendo conto dell'utile conseguibile e, quindi, del danno emergente risarcibile, applicando il criterio presuntivo - forfettario ed automatico - che quantifica nel 10% del valore dell'offerta il guadagno presunto dell'appaltatore, in considerazione di quanto stabilito dall'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006. La ricorrente ritiene che il danno subito debba essere commisurato tenendo conto della percentuale indicata, rapportata al numero di partecipanti alla procedura. E poiché una sola offerta è stata ammessa a detta procedura, sempre secondo la ricorrente, il danno andrebbe quantificato nel 50% dell'utile presunto.

A tale voce di danno, sempre a parere della ricorrente, andrebbe aggiunto il danno c.d. curriculare, commisurato alla perdita dell'accrescimento della propria capacità di competere sul mercato e di maggiori chances nell'aggiudicazione di ulteriori e

futuri appalti. Alla mancata esecuzione dell'appalto, infatti, si ricollegerebbero indiretti nocuenti all'immagine della Società, al suo radicamento sul mercato, al depotenziamento rispetto ad imprese concorrenti che operano sul medesimo target di mercato. Pertanto, alla voce di danno relativa al mancato utile, andrebbe aggiunta quella consistente nel lucro cessante, rappresentata dalla perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale.

In considerazione delle voci di danno indicate, la ricorrente ha chiesto la condanna dell'Amministrazione a corrispondergli una somma a titolo di risarcimento pari a complessivi euro 40.000,00.

2. L'Amministrazione resistente si è difesa in giudizio depositando note e documenti relativi alla vicenda, contestando le pretese avanzate dalla parte ricorrente, affermando l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

In particolare, la difesa erariale ha affermato l'infondatezza delle domande avanzate dalla ricorrente, in quanto: - la Manifatture Sannino S.r.l. non ha fornito prova, neanche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di almeno elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile; - in ogni caso, il danno non può essere quantificato tenendo conto del valore della fornitura e del "decimo" previsto dall'art. 134, del d.lgs. n. 163/006, rapportandolo al numero dei partecipanti alla procedura, perché tale criterio è utilizzabile solo allorché vi sia stata effettivamente una gara pubblica, mentre, nel caso in cui la gara non si è svolta (come nella fattispecie) il danno può essere risarcito solo in via equitativa ex art. 1226 c.c., tenendo conto anche dell'*aliunde perceptum* - in tale ipotesi, nulla spetterebbe a titolo di danno c.d. curriculare, perché l'eventuale pregiudizio sarebbe sanato mediante il risarcimento della chance perduta.

3. Il Collegio osserva che con sentenza del TAR Lazio n. 2020/2007, il TAR del Lazio ha statuito che: "... *si rileva come – nel caso di specie – non vi fossero assolutamente i*

*presupposti per poter seguire (per l'aggiudicazione di una fornitura di importo pari a ben 360.000 euro, I.V.A. esclusa) la procedura di cui all'art. 56, comma 2, lett. c, del d.lg. 163/06: che – com'è noto – consente di far luogo a trattativa privata solo in caso di estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili e (soprattutto) non imputabili alle stazioni appaltanti. Tale era, del resto, l'opinione espressa dal relatore in seno all'interpellato Comitato Tecnico-consultivo di cui all'art. 22 del D.P.R. n. 417/92.*

*Alle perplessità manifestate – al riguardo – dal cennato esperto (mostratosi recisamente contrario all'esperimento di una trattativa privata) si replicava con argomentazioni che non consentono, tuttora, di individuare quali fossero le ragioni di urgenza che avrebbero dovuto impedire alla p.a. di espletare in tempo utile le ordinarie procedure concorsuali. ... Per superare le perplessità emerse in seno al competente organo consultivo, si è allora posto l'accento (ad avviso del Collegio: incongruamente e contraddittoriamente) sulla circostanza in base alla quale l'acquisizione di forniture del genere considerate richiede(rebbe) una complessa attività di verifica della qualità del materiale offerto. ... Ma, ..., quel che preme soprattutto ribadire è che – nella circostanza – mancavano (effettivamente) entrambi i requisiti (lo si ripete: urgenza incompatibile con la procedura ristretta accelerata e inimputabilità di tale urgenza all'Amministrazione) per il ricorso alla trattativa privata. ... Per le suesposte (assorbenti) considerazioni, il ricorso in esame deve ritenersi – appunto – fondato: ed, in quanto tale, meritevole di accoglimento.”.*

A seguito dell'appello proposto dall'Amministrazione avverso la citata sentenza del TAR del Lazio, il Consiglio di Stato, con decisione n. 5023/2008, ha affermato che “...l'opzione di procedere mediante trattativa privata non era, nella specie, l'unica a disposizione dell'amministrazione. Quest'ultima infatti poteva anche, come suggerito dall'appellata, procedere con procedura ristretta accelerata (art. 70 D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Ritiene il collegio che la fattispecie evidenzii elementi tali da imporre la giustificazione della scelta di utilizzare il procedimento di cui all'art. 57, lett. c), che palesemente restringe la concorrenza, in luogo di quello di cui all'art. 70. Invero, l'importo del contratto è tale da imporre una particolare cautela nella spendita delle risorse pubbliche. In tale quadro, la stazione

*appaltante ha l'onere di giustificare la scelta potenzialmente più gravosa per l'erario. ..., il contratto da affidare preveda un corrispettivo, e quindi una spesa, di tutto rilievo. ... la Sezione che la stazione appaltante non ha adeguatamente giustificato la decisione di affidare la fornitura di cui si tratta, dell'importo, giova ripeterlo, di € 430.680,00, IVA esclusa, ai sensi dell'art. 57, lett. c, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Tale conclusione è avvalorata dal fatto che la stazione appaltante ha avuto notizia della possibilità di estendere il confronto concorrenziale ad altre imprese, e specialmente all'odierna appellata, che aveva specificamente chiesto di essere invitata a presentare offerta. La sua richiesta è stata respinta sostanzialmente senza motivazione, in tal modo rifiutando espressamente una possibilità di aprire la competizione ad un'altra impresa, la serietà del cui interesse era dimostrata dalla contemporanea partecipazione alla gara, di analogo oggetto, contemporaneamente condotta dall'amministrazione, gara che l'appellata si è poi aggiudicata.”.*

Va ricordato che con il ricorso introduttivo del contenzioso segnato dalle citate decisioni del TAR Lazio n.2020/2007 e del Consiglio di Stato n. 5023/2008, la Manifatture Sannino S.r.l. aveva chiesto l'annullamento del provvedimento direttoriale con il quale – in data 27.10.06 – era stato approvato il contratto con la “Vega Holster” s.r.l. per la fornitura di un rilevante quantitativo di guanti da destinare al personale di polizia, ed aveva contestato la procedura seguita dall'Amministrazione per giungere alla stipula di tale contratto.

Ciò posto, a parere del Collegio, è sufficiente richiamare le motivazioni delle due decisioni citate per ritenere che l'Amministrazione abbia agito, nel caso di specie, quanto meno in modo imprudente e negligente, ponendo in essere una procedura negoziata di cui non ricorrevano i presupposti, omettendo di seguire altre strade che avrebbero garantito una maggiore partecipazione e concorrenza, e, soprattutto, disattendendo l'istanza della ricorrente che aveva manifestato la propria disponibilità a presentare un'offerta e ad eseguire le prestazioni contrattuali.

Tenuto conto dell'illegittimità della procedura seguita e degli atti posti in essere dall'Amministrazione nel corso della stessa (cristallizzata dalle due pronunce giurisdizionali sopra citate) il Collegio ritiene che la natura e l'entità dei vizi che hanno caratterizzato la procedura seguita dall'Amministrazione impediscono di riconoscere, nell'attività della Stazione appaltante, un errore scusabile o una colpa lieve, idonei a fondare un convincimento negativo in ordine alla sussistenza dell'elemento psicologico dell'illecito aquiliano, per l'evidente contrasto con le regole di buona amministrazione, trasparenza e concorrenza.

Considerato, quindi, sussistente l'elemento soggettivo della colpa, che ha caratterizzato l'azione amministrativa nella fattispecie, occorre considerare se la ricorrente abbia o meno subito i danni di cui chiede il risarcimento e se tali eventuali danni siano o meno dipesi dall'operato della Stazione appaltante.

A tale riguardo, il Collegio rileva che la perdita di chance – intesa quale concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene - non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, che l'interessato ha l'onere di provare pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità (Corte di Cassazione, sez. unite civili - 26/1/2009 n. 1850). Nella fattispecie, la ricorrente ha dimostrato la ricorrenza di tali elementi, perché l'Amministrazione non ha contestato il fatto che la Manifatture Sannino S.r.l. operasse all'epoca dei fatti nel settore oggetto dell'appalto contestato e che avesse in precedenza intrattenuto, con reciproca soddisfazione di entrambe le parti, rapporti negoziali con lo stesso Ministero dell'Interno. Ciò induce a ritenere che, nel caso di specie, la ricorrente aveva la chance di aggiudicarsi l'appalto, ove l'Amministrazione avesse preso in considerazione la sua disponibilità a presentare un'offerta.

Risulta, quindi, raggiunta anche la prova in ordine all'an dell'ingiusto danno subito - malgrado manchi la sua concreta quantificazione - ed agli altri elementi

costitutivi dell'illecito aquiliano, perché, sotto il profilo del nesso di causalità, non ci sono dubbi sul fatto che la perdita di chance sia dipesa dalle erronee scelte dell'Amministrazione ed, in particolare, dall'aver impedito all'interessata di partecipare alla procedura.

Passando a considerare il danno patito dalla Manifatture Sannino S.r.l., va premesso che questo va risarcito per equivalente, tenuto conto che – malgrado il tenore delle sentenze n. 2020/2007 del TAR del Lazio e n. 5023/2008 del Consiglio di Stato – la procedura non è stata rinnovata in considerazione dello stato di esecuzione del rapporto contrattuale instaurato dall'Amministrazione, nel frattempo, con la Vega Holster S.r.l.

Occorre, comunque, distinguere la fattispecie in cui il ricorrente riesce a dimostrare che, in mancanza dell'adozione dei atti illegittimi, avrebbe vinto la gara (ad esempio perché, se non fosse stato indebitamente escluso, sarebbe stata selezionata la sua offerta) dai casi in cui non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata. La dimostrazione della spettanza dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fonda su parametri vincolati e matematici (come, ad esempio, nel caso del massimo ribasso in un pubblico incanto in cui l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa), mentre si rivela impossibile là dove la selezione del contraente viene operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta (come nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Nella prima ipotesi spetta, evidentemente, all'impresa danneggiata un risarcimento che, generalmente, si commisura nel 10% del valore dell'appalto (come eventualmente ribassato dalla sua offerta).

Viceversa, quando il ricorrente allega solo la perdita di una chance a sostegno della pretesa risarcitoria (e cioè quando non riesce a provare che l'aggiudicazione

dell'appalto spettava proprio a lui, secondo le regole di gara), la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura (Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008 n. 490).

Al fine di operare tale decurtazione vanno valorizzati tutti gli indici significativi delle potenzialità di successo del ricorrente, quali, ad esempio, il numero di concorrenti, la configurazione della graduatoria eventualmente stilata ed il contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata (Cons. St. Sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012).

Nella specie, non potendosi ragionare in termini di concreta possibilità di aggiudicazione, atteso che l'annullamento della procedura è stato disposto proprio per la mancanza di una vera e propria procedura selettiva, è impossibile stimare con precisione l'entità del pregiudizio e non è consentita l'applicazione del criterio dell'utile di impresa.

Quindi, il Collegio ritiene di dover liquidare il danno con valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile (cfr. Consiglio di Stato, Sezione, VI, 25 luglio 2006, n. 4634; Sezione IV, 19 dicembre 2003, n. 8364).

Ai fini della quantificazione va tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto sopra evidenziate, e si stima equo liquidare il danno nella somma di euro 10.000 (apri al 25% della richiesta avanzata dalla ricorrente facendo perno sul criterio di liquidazione del danno che nella fattispecie non è consentito applicare), comprensivo del pregiudizio c.d. curriculare, legato all'impossibilità di far valere, nelle future procedure concorsuali, l'affidamento dell'appalto illegittimamente affidato ad altri dalla stazione appaltante.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la pretesa risarcitoria deve essere accolta nei limiti di cui sopra, con conseguente condanna dell'intimata Amministrazione al pagamento del risarcimento dei danni pari a complessivi euro 10.000,00.

Sulle somme liquidate che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte del soggetto che è rimasto illegittimamente vincitore e fino alla data 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).

4. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto nei limiti sopra indicati.

5. Sussistono validi motivi – legati alla particolarità della vicenda e delle questioni trattate - per disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e, per l'effetto, condanna l'Amministrazione al pagamento del risarcimento dei danni patiti dalla parte ricorrente pari a complessivi euro 10.000,00, oltre rivalutazione monetaria, come in motivazione;
- condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), compresi gli onorari di causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2011

IL SEGRETARIO

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