



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 4251 del 2011, proposto da:
Grafica Fonsor S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Catello Miranda, con
domicilio eletto in Napoli, via F. Caracciolo N. 15;

contro

Comune di Gragnano in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli
avv. Vincenzo Cirillo, Michele Di Martino, con domicilio eletto presso Elena
Inserra in Napoli, piazza G. Bovio, n. 33;

nei confronti di

Tipografia De Riso, Tipolitografia Mercurio, Tipografia Gaeta, n.c.;

per l'annullamento

- della determina n. 47/sf del 16/02/2009 e n.199 r.g. del 26/02/2009, avente ad
oggetto l'affidamento in economia della rilegatura atti di segreteria affari generali
anno 2008;

- della determina n. 71/sf del 16/03/2009 e n. 266 r.g. del 16/03/2009, avente ad
oggetto l'affidamento in economia della rilegatura atti di Stato civile anno 2008;

- della determina n. 234/sf del 30/11/2009 e n. 1083 r.g. del 3/12/2009, avente ad oggetto la fornitura in economia di manifesti, volantini, depliant, locandine ed inviti per gli uffici e servizi comunali per gli anni 2012-2011 nonché di indizione di gara, del bando di gara, del verbale di gara e delle lettere di invito;
 - della determina n. 247/sf del 10/12/2009 e n. 1667 r.g. del 15/12/2009, avente ad oggetto l'affidamento della fornitura della gara di cui determina n. 234/sf del 30/11/2009;
 - determina n. 52/sf dell'8/3/2010 e n. 230 r.g. del 15/3/2010 avente ad oggetto la richiesta di fornitura in economia per la rilegatura atti di Stato civile, Segreteria Affari Generali anno 2009;
 - di ogni altro atto connesso e conseguente;
- nonché per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Gragnano;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2012 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, iscritta all'Albo delle ditte di fiducia, censura gli affidamenti disposti in economia dal Comune di Gragnano negli anni 2008 e 2009 relativamente ai servizi per le tipologie di cui alle lettere "f) legatori" e "g) stampa", per violazione dei principi di trasparenza e rotazione, evidenziando che la stessa non è stata neanche invitata a presentare un preventivo per le forniture affidate più volte alla Tipografia De Riso.

Resiste in giudizio l'amministrazione comunale, che conclude per la inammissibilità e comunque per la reiezione del ricorso.

A seguito del rinvio del 21 marzo 2012 per astensione degli avvocati, all'udienza del 20 giugno 2012 la causa è trattenuta per la decisione.

DIRITTO

L'eccezione di rito sollevata dal Comune resistente è infondata.

La società ricorrente, in qualità di azienda operante nel settore cui si riferisce la fornitura per i servizi di legatoria e stampa, vanta un interesse a partecipare alle procedure in economia che, secondo il disposto dell'art. 125, comma 11, codice dei contratti pubblici, devono essere svolte nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

Rientrando pertanto la società tra i soggetti idonei è evidente che la stessa ha un interesse a verificare che i criteri di cui al citato comma 11 dell'art. 125 codice appalti siano stati osservati (cfr. T.A.R. Milano Lombardia, sez. IV, 21 settembre 2011, n. 2264).

Trattandosi di sindacare non una singola procedura di gara, ma l'azione amministrativa nel suo complesso in un determinato arco di tempo, occorre considerare il momento in cui il ricorrente ha preso cognizione competente degli atti da cui emerge la lesione evocata in ricorso, vale a dire a seguito dell'accoglimento dell'istanza di accesso avvenuta con nota del maggio 2011, rispetto alla quale il ricorso si rivela tempestivo.

È appena il caso di soggiungere che, in ogni caso, è onere della parte che eccepisce la tardività di provare in modo rigoroso i fatti costitutivi alla base della stessa,

L'eccezione di difetto di interesse per l'affidamento, nel 2011, di una fornitura di grattini, è impertinente, poiché l'oggetto del giudizio è la violazione del principio di

rotazione con riferimento a specifiche – e temporalmente definite- procedure di affidamento.

Nel merito, il ricorso è meritevole di positivo apprezzamento.

Vale in punto di diritto osservare che i principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, e adeguata pubblicità costituiscono assi portanti del sistema dell'evidenza pubblica, onde la loro applicazione trascende le singole tipologie di evidenza pubblica e si impone in forza dei valori comunitari e nazionali di riferimento (cfr. art. 2, 27, 30 e 125 del codice dei contratti pubblici).

In particolare i principi di rotazione, di non discriminazione e di parità di trattamento non impediscono la formazione di un elenco di potenziali affidatari fra cui effettuare gli affidamenti senza gara, in quanto sotto soglia, siano essi diretti che negoziati, ma esigono che vengano chiariti con precisione i criteri di attribuzione delle singole commesse, e specificamente l'ordine nella chiamata e il numero massimo di affidamenti per singola impresa.

Nel caso di specie, avente ad oggetto gli affidamenti diretti dei servizi di legatoria e stampa, a fronte di prestazioni standardizzate e con un prezzo uniforme occorre applicare il principio della rotazione (che è un corollario della non discriminazione ed ha carattere oggettivo, in quanto è diretto a garantire una concorrenza effettiva - consideranda n. 2-40-41 della direttiva n. 2004/18/CE), al fine di evitare situazioni di esclusiva o di monopolio nell'esecuzione dell'appalto. Anche se le modalità con cui viene applicata la rotazione tra i soggetti inseriti nell'albo fornitori non sono oggetto di una disciplina esplicitata preventivamente, cionondimeno l'affidamento del medesimo servizio nell'arco di più annualità alla medesima ditta costituisce di per sé violazione del quadro normativo delineato.

In particolare non è contestato in fatto che il Comune di Gragnano abbia affidato tre commesse alla Tipografia De Riso nell'arco del biennio 2008-2009, circostanza

che si giustificerebbe, a dire della difesa dell'ente locale, con una esigenza di continuità ed uniformità del servizio di rilegature degli atti degli organi comunali.

Ma in senso contrario va evidenziato che la ampia fungibilità del servizio consente di richiedere a qualsiasi ditta sul mercato un servizio di rilegatura che abbia le medesime caratteristiche tecniche ed estetiche di quelli effettuati negli anni pregressi.

In conclusione, sulla base delle esposte considerazioni risulta pertanto violato il principio di rotazione degli affidamenti e dunque il ricorso va accolto, con annullamento delle procedure gravate.

Tuttavia poiché i servizi oggetto delle procedure illegittime sono stati interamente eseguiti, non sussistono le condizioni per dichiarare l'inefficacia dei relativi contratti, tenuto anche conto del tipo di affidamento e della censura alla base del ricorso, dovendo l'interesse della ricorrente essere ristorato mediante il rimedio risarcitorio.

In ordine al risarcimento per equivalente la domanda va accolta, sussistendo la ingiustizia del danno ed il nesso eziologico derivante dalla preclusione della ricorrente a partecipare all'affidamento diretto dei servizi di tipografica e stampa. Tali elementi sono oramai sufficienti a fondare una responsabilità risarcitoria in capo alla stazione appaltante, non venendo più in rilievo l'addebitabilità soggettiva della condotta.

La Corte di Giustizia CE, con sentenza sez. III - 30/9/2010 (causa C-314/2009), ha, infatti, ritenuto che gli Stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice. Ha statuito la Corte che "il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al

risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità". Tale conclusione è suffragata da un duplice rilievo: da un lato gli Stati membri possono prevedere per questo tipo di ricorsi termini ragionevoli da osservarsi a pena di decadenza, e ciò per evitare che i candidati e gli offerenti possano in qualsiasi momento allegare violazioni della normativa suddetta (esigenza di certezza), e dall'altro gli stessi hanno la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento.

In questo quadro complessivo il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività perseguito dalla direttiva soltanto a condizione che la possibilità di riconoscerlo "... non sia subordinata ... alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice". Ciò posto, anche l'inversione dell'onere della prova a carico dell'amministrazione aggiudicatrice non è accettabile, poiché genera "il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante".

Ciò posto, in punto di quantificazione del danno, data l'assenza di prova in ordine ad una qualificata possibilità per la ricorrente di contrarre con il Comune di Gragnano all'esito di una ipotetica rinnovazione delle procedure illegittime, la liquidazione del danno non può che avvenire in via equitativa applicando l'articolo 1226 c.c., con le seguenti precisazioni.

Il cd. danno curriculare è il danno conseguente alla impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto in discorso nell'ambito di futuri ed eventuali procedimenti di gara ai quali la società ricorrente potrebbe partecipare; ossia il danno derivante dal mancato incremento del fatturato derivante dalle commesse eseguite che l'aggiudicazione dell'appalto avrebbe comportato.

Ed infatti l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso; alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocimenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 4 giugno 2010, n. 2069).

In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; analogamente, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1180; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594; TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3); tale danno viene generalmente rapportato, in via equitativa, a valori percentuali compresi fra l'1% e il 5% dell'importo globale dell'appalto da aggiudicare, depurato del ribasso offerto.

Al riguardo si rileva che, in sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, è onere dell'interessato richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento del c.d. danno curriculare, in astratto risarcibile, e fornirne adeguatamente la relativa prova (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004); pertanto l'onere di fornire la prova del danno ricade integralmente sull'interessato.

Ed infatti, sotto il profilo probatorio, ai sensi degli articoli 2697 c.c. e 115 c.p.c., applicabili anche al processo amministrativo (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118), incombe sul danneggiato l'onere di fornire la prova del danno, del nesso di causalità, e dell'attribuibilità psicologica al soggetto agente (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cass. civile, Sez. I, 15 febbraio 2008, n. 3794).

La voce di danno in questione, pertanto, sebbene suscettibile di apprezzamento in via equitativa, esige, in ogni caso, l'allegazione, da parte del soggetto interessato, di tutti gli elementi atti a concretizzarla, onde evitare che la relativa quantificazione giudiziaria si risolva nel riconoscimento di un ristoro eccedente quello necessario alla compensazione patrimoniale del pregiudizio effettivamente subito: elementi relativi, ad esempio, al peso delle referenze correlate all'esecuzione dell'appalto in questione nell'ambito di quelle complessivamente maturate dalle società interessate, onde apprezzare la misura in cui l'impossibilità di allegare le prime incida, in futuro, sulle chances di aggiudicazione di ulteriori appalti (T.A.R. Campania, Salerno, n. 203/2008).

Si ritiene che, invece, nella fattispecie all'esame sia mancata proprio l'allegazione dei detti fatti, avendo, peraltro, dato atto la difesa della ricorrente che, atteso anche il breve termine di espletamento del servizio messo a gara, nel detto periodo non sono venuti in essere altri bandi aventi il medesimo od analogo oggetto da parte di altre amministrazioni pubbliche.

Ne consegue che non si ritiene di potere dare seguito a questa specifica voce risarcitoria.

Per il resto, considerato che l'importo complessivo dei tre affidamenti contestati si attesta intorno ai seimila euro e che la lesione concerne la mancata rotazione, che avrebbe consentito alla ricorrente di eseguire non più di una commessa, il Collegio che alla ricorrente possa essere riconosciuta in via equitativa la somma di euro

settecentocinquanta a ristoro del danno patito a causa della violazione del principio di concorrenza per mancanza di rotazione negli affidamenti. Su tale somma sono dovuti gli interessi legali a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza.

La soccombenza regola le spese di lite, da liquidarsi come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Gragnano al risarcimento dei danni subiti dalla società Grafica Fonsor s.r.l. nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, nonché alla refusione delle spese processuali da questa sostenute, che si liquidano in complessivi euro 1.500 (millecinquecento) e del contributo unificato come per legge. Compensa le spese di giudizio fra le altre parti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Michele Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2012

IL SEGRETARIO

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