

SONO FONDAMENTALI LA NATURA DELL'OPERA O DEL SERVIZIO E LA RAZIONALITÀ DELLE SCELTE IN RELAZIONE ALLE FINALITÀ PER LA COMPOSIZIONE DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE IN UN APPALTO - CONCORSO: EVENTUALE CULPA IN CONTRAHENDO !!!!

DEVE ESSERCI LA POSSIBILITÀ DEL CONTROLLO PUBBLICO NELLE SEDUTE SULLA VERIFICA DELLA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA E L'APERTURA DEI PLICHI CONTENENTI LE OFFERTE ECONOMICHE..

Sintesi di T.A.R. Lombardia - Sezione III di Milano - Sentenza 11 marzo 2003, n. 436

Parole chiave:

Appalti di servizi/appalti di opere – appalto concorso – offerta economicamente più vantaggiosa - componenti la commissione di gara – mancanza di adeguata professionalità tecnica – necessità di analisi delle competenze soggettive specifiche sulla base della tipologia dell'appalto – giudizio specialistico sull'offerta tecnica

Obbligo di pubblicità di cui all'art.89 del R.D. n.827/24 – applicabile a tutte le procedure pubbliche, compreso l'appalto concorso – esclusione per sole sedute della commissione dedicate alla valutazione tecnica e qualitativa dell'offerta – presenza dei partecipanti all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica

Divieto di introduzione di criteri innovativi rispetto alla lex specialis di gara – predeterminazione degli elementi di valutazione dell'offerta - modesto potere integrativo di sottovoci nell'ambito delle categorie principali già definite -

Dimostrazione della capacità tecnica – perfetta similitudine fra l'art.14 del D.L.gs. n.157/95 e l'art.33 della dir. CEE 92/50 - indicazione dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni - esecuzione diretta quale indice e misura di un'effettiva professionalità tecnica.

Risarcimento del danno – né mancato guadagno né aggiudicazione della gara – piena reintegrazione nella rinnovazione delle operazioni di gara – riconoscimento del danno conseguente alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara -

Responsabilità dell'amministrazione per culpa in contrahendo - eventuale trasmissione della decisione alla Corte dei Conti- in presenza di dolo o colpa grave, imputabilità al responsabile "fisico" – esigenza della copertura assicurativa per la responsabilità amministrativa – pagamento del premio a totale carico del singolo

Riferimenti di legge:

Regio decreto 23 maggio 1924, n. 827

Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato

(...) Art 89

1. Si procede alla licitazione privata:

- a) invitando per mezzo di avvisi particolari persone o ditte ritenute idonee per l'oggetto della licitazione, a comparire in luogo, giorno ed ora determinata, per presentare le loro offerte;
- b) mediante l'invio, alle persone che si presumono idonee per l'oggetto della licitazione, di uno schema di atto in cui sia descritto l'oggetto dell'appalto e le condizioni generali e speciali, con invito di restituirlo munito della propria firma e colla offerta del prezzo pel quale sarebbero disposte ad eseguire l'appalto o con la indicazione del miglioramento sul prezzo base, se questo sia stato stabilito dall'amministrazione.

2. Nel primo caso gli invitati presentano le loro offerte a voce se la licitazione dev'essere verbale, o per iscritto se ad offerte segrete.

3. Se altrimenti non sia stato indicato negli avvisi, l'autorità delegata, dopo invitati ancora i concorrenti a fare una nuova offerta a miglioramento di quella più vantaggiosa presentata, aggiudica l'impresa, seduta stante, al migliore offerente.
4. Nel secondo caso l'autorità che deve aggiudicare l'appalto, in un giorno ed ora da indicarsi alle persone state invitate a concorrere, procede in pubblica seduta all'apertura delle obbligazioni ricevute, e delibera la provvista od il lavoro al migliore offerente, stendendo verbale di deliberamento dal quale risultino le ditte invitate a concorrere, le offerte ricevute e l'esito della licitazione.
5. Tale verbale deve essere corredato anche di copia delle obbligazioni ricevute dalle ditte concorrenti e non rimaste deliberatarie.
6. Sono applicabili alle licitazioni private le norme sancite dagli artt. 67, 68, 69, 72, 75, 76, 77 e 83.
7. Se la licitazione privata é fatta col metodo delle offerte segrete di cui all'art. 73, lettera b), ciò deve essere dichiarato nell'invito.
8. Sono ammesse le offerte per procura, ma non quelle per persona da nominare.

Collegamenti giurisprudenziali:

Sulla pubblicità: CdS 3.9.01 n.4586; 27.2.01 n.1067; 7.5.2000 n.2884; 30.5.97 n.576

Sulle caratteristiche della commissione: T.A.R. Campania sez. III, Napoli, 30 gennaio 2002, n. 499; T.A.R. Abruzzo sez. Pescara, 19 luglio 1997, n. 519; CdS sez. VI, 25 luglio 1994, n. 1261

Risarcimento sole spese i partecipazione: TAR Campania Na., 6.9.99.n.2267; TAR Lombardia, BS 23.6.2000 n.557).

Esito del giudizio:

Accoglimento del ricorso.

Condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno per le spese e i costi sostenuti per l'infruttuosa partecipazione alla gara nonché al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio

Conseguenze operative:

Poiché non può riconoscersi valore alla comunicazione affissa all'albo dell'istituto, non trattandosi dell'avviso "in un giorno ed ora da indicarsi alle persone invitate a concorrere" di cui all'art.89 del R.D. n.827/24., ma di mera comunicazione interna diretta "ai membri della giunta esecutiva" per informarli della convocazione della giunta e dell'ordine del giorno della relativa seduta., la commissione ha violato il principio di pubblicità della gara, che non ammette deroghe per quanto concerne le fasi di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica.

Tale illegittimo comportamento si riflette sull'intera procedura e comporta l'invalidità di tutti gli atti di gara.

Di Sonia LAZZINI

T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 11 marzo 2003, n. 436

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3a ha pronunciato la seguente SENTENZA

*sul ricorso n. 2434/02 , proposto da

***** s.r.l.

contro

LICEO CLASSICO e SCIENTIFICO STATALE “Giulio Casiraghi” di Cinisello Balsamo e nei confronti di

RISTORAZIONE ***** s.a.s

per l'annullamento

della delibera di aggiudicazione adottata in data 26.6.2002 in esito alla procedura di appalto concorso bandita in data 21.5.2002 dal Liceo statale “Giulio Casiraghi” di Cinisello Balsamo;

del verbale di valutazione delle offerte, del bando di gara del 21.5.2002 e del relativo capitolato, nonché di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e connesso;

*e sul ricorso n. 3243/02, proposto da

***** SERVIZI di RISTORAZIONE s.r.l.

contro

LICEO CLASSICO e SCIENTIFICO STATALE “Giulio Casiraghi” di Cinisello Balsamo, e nei confronti di

RISTORAZIONE *** s.a.s

per l'accertamento

del diritto al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi in forma specifica o per equivalente, scaturenti dagli atti della gara pubblica indetta dal Liceo classico e scientifico statale “Giulio Casiraghi” di Cinisello Balsamo;

e per la condanna

del Liceo statale al relativo pagamento in favore della ricorrente;

visti i ricorsi con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

viste le memorie difensive delle parti;

uditi alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2003, relatore il cons. Domenico Giordano, i procuratori delle parti presenti come da verbale;

visti gli atti tutti della causa;

ritenuto quanto segue in:

F A T T O e D I R I T T O

1) La società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara da espletare mediante appalto concorso per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica e bar per il periodo dal 1° settembre 2002 al 31 agosto 2005, presso gli istituti del Centro Scolastico provinciale Parco Nord di Cinisello Balsamo. In esito alle operazioni di gara è risultata aggiudicataria l'offerta della “Ristorazione ***** s.a.s.”. con un punteggio complessivo di 97,54/100, mentre l'offerta della società ricorrente ha conseguito il punteggio di 85,89/100 che ne ha determinato il collocamento al secondo posto della graduatoria finale.

Con il primo dei ricorsi in epigrafe, la società ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e gli atti della procedura, chiedendone l'annullamento. A sostegno del gravame sono state dedotte le censure seguenti:

con l'inserimento tra gli “indicatori” della qualifica del personale addetto al servizio, la commissione di gara ha introdotto un nuovo criterio di valutazione dell'offerta tecnica non previsto tra quelli indicati nella lex specialis, con conseguente violazione della par condicio tra i concorrenti;

le valutazioni delle offerte sono state effettuate dalla “Giunta esecutiva”, organo composto da soggetti palesemente privi delle competenze tecniche necessarie a valutare un progetto di gestione di un servizio complesso, con conseguente violazione del principio di buon andamento della P.A.;

la legge di gara non ha previsto la possibilità per i concorrenti di partecipare in seduta pubblica all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, né la commissione di gara ha adottato modalità procedurali idonee a consentire la pubblicità delle sedute; la commissione ha proceduto all'aggiudicazione senza disporre alcuna verifica sulle dichiarazioni dei concorrenti, con il risultato che alla gara è stato ammesso un concorrente privo delle competenze tecnico – organizzative richieste per la gestione del servizio, che ha presentato dichiarazioni relative a pregresse esperienze, rivelatesi non veritiere.

Con il secondo dei ricorsi in epigrafe, la società ha chiesto il risarcimento in forma specifica attraverso l'affidamento della gestione del servizio appaltato, nonché il risarcimento per equivalente in relazione al periodo di gestione svolto dalla società controinteressata.

Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e la società aggiudicataria per dedurre l'infondatezza di entrambi i gravami.

Tutte le parti hanno depositato memorie difensive.

All'udienza i ricorsi sono stati spediti in decisione.

2) Ragioni di connessione consigliano la riunione dei ricorsi, al fine di deciderli con unica sentenza.

3) La controversia in esame investe gli atti della procedura di gara che è stata indetta per l'assegnazione, mediante appalto concorso, della gestione, per la durata di tre anni, del servizio di ristorazione e bar presso gli istituti compresi nel centro scolastico provinciale "Parco Nord" di Cinisello Balsamo, e che si è conclusa con l'aggiudicazione del servizio in favore della società odierna controinteressata.

In particolare la società ricorrente, nella sua qualità di partecipante invitata alla gara e seconda classificata nella graduatoria finale, contesta la legittimità dell'operato della commissione di gara e conseguentemente, della delibera di aggiudicazione adottata in esito alla procedura selettiva.

I motivi di gravame relativi alla violazione di alcuni generali principi in materia di gare, i quali meritano un esame preliminare in considerazione del fatto che un eventuale accoglimento comporterebbe un'evidente ricaduta sulle operazioni successivamente adottate dalla commissione e dall'amministrazione appaltante, riguardano in particolare la violazione del principio di pubblicità delle gare e l'ulteriore violazione del principio di buon andamento, per il profilo che la valutazione del progetto tecnico è stata eseguita da un organo composto da persone sprovviste delle competenze tecniche necessarie.

Entrambi i rilievi sono fondati.

4) L'art.89 del R.D. n.827/24, con il quale è stato approvato il regolamento di contabilità generale dello Stato, stabilisce, al suo quarto comma, che nel procedimento di selezione per licitazione privata debba darsi avviso ai concorrenti dell'ora e del giorno della seduta di gara, che deve essere tenuta in forma pubblica.

Detto principio di pubblicità, espressamente stabilito per la licitazione privata, è stato ritenuto -dalla giurisprudenza- applicabile a tutte le procedure pubbliche di gara e, quindi, anche all'ipotesi dell'appalto concorso, con esclusione delle sole sedute della commissione dedicate alla valutazione tecnica e qualitativa dell'offerta (cfr. CdS 3.9.01 n.4586; 27.2.01 n.1067; 7.5.2000 n.2884; 30.5.97 n.576).

Pertanto, mentre è legittimo effettuare in seduta riservata le operazioni di esame delle offerte tecniche implicanti valutazioni di ordine tecnico - discrezionale di competenza della commissione, (ciò

al fine di evitare influenze esterne sui giudizi della commissione), è invece inderogabile il rispetto del principio di pubblicità con riferimento alle fasi della procedura nelle quali si compiono la verifica della documentazione e l'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche. In tale fasi, caratterizzate da riscontri oggettivi, non ricorrono esigenze di riservatezza e occorre quindi tutelare l'interesse alla trasparenza e alla corretta applicazione delle regole di gara, attraverso il controllo pubblico dell'operato della commissione.

Nel caso di specie, trattandosi di una procedura di appalto concorso da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seppure è giustificato che alcune fasi della procedura e alcune attività della commissione fossero sottratti all'osservanza del principio di pubblicità, non è invece ammissibile che la (singola) seduta di gara sia stata interamente tenuta in forma non pubblica anche nelle parti di essa dedicate all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, senza che di detta seduta fosse dato avviso alle imprese partecipanti.

Al riguardo non può riconoscersi valore alla comunicazione affissa all'albo dell'istituto in data 18 giugno 2002, non trattandosi dell'avviso "in un giorno ed ora da indicarsi alle persone invitate a concorrere" di cui all'art.89 cit., ma di mera comunicazione interna diretta "ai membri della giunta esecutiva" per informarli della convocazione della giunta e dell'ordine del giorno della relativa seduta.

Ne discende che la commissione ha violato il principio di pubblicità della gara, che non ammette deroghe per quanto concerne le fasi di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica; la violazione di tale principio si riflette sull'intera procedura e comporta l'invalidità di tutti gli atti di gara.

5) Il Collegio condivide anche il motivo con il quale si censura la composizione della commissione di gara.

Secondo un consolidato orientamento, la composizione della commissione giudicatrice in una procedura di appalto - concorso deve rispondere ai requisiti imposti dalla natura dell'opera o del servizio da affidare e dalla razionalità delle scelte da compiere in relazione alle finalità da perseguire, con la conseguenza che la commissione stessa deve essere formata prevalentemente da persone fornite di specifica competenza tecnica alla valutazione dei progetti presentati dai concorrenti o dotate, quantomeno, di una qualificazione professionale che tale competenza lasci presumere (cfr. CdS VI, 17.10.97 n. 1497).

Ciò al fine di garantire un'adeguata conoscibilità e un effettivo apprezzamento dei principali aspetti dell'offerta tecnica, a tutela non solo della par condicio tra i concorrenti, quanto soprattutto dell'imparzialità e logicità delle operazioni di gara, che possono risultare compromesse in caso di valutazioni condotte da soggetti privi degli strumenti necessari alla formulazione di un giudizio specialistico.

Ne discende che la composizione della commissione nella quale non figurino componenti dotati di specifica competenza è illegittima, attesa la natura di organo tecnico della commissione stessa e la conseguente necessità che sia garantita se non l'esclusività almeno la prevalenza di componenti forniti di una competenza tecnica congruente con l'oggetto delle valutazioni demandate a detto organo (cfr. T.A.R. Campania sez. III, Napoli, 30 gennaio 2002, n. 499; T.A.R. Abruzzo sez. Pescara, 19 luglio 1997, n. 519; CdS sez. VI, 25 luglio 1994, n. 1261).

Nel caso di specie le funzioni di commissione di gara sono state espletate dai componenti della "giunta esecutiva".

La composizione e le attribuzioni di detto organo sono stabilite nel D. Lgs. n.297/94, con il quale è stato approvato il testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado. In particolare l'art.8 del decreto stabilisce che la giunta esecutiva è "composta di un docente, di un impiegato amministrativo o tecnico o ausiliario e di due genitori. Della giunta fanno parte di diritto il direttore didattico o il preside, che la presiede ed ha la rappresentanza del circolo o dell'istituto, ed il capo dei servizi di segreteria che svolge anche funzioni di segretario della giunta stessa". L'art.10 del decreto enumera le attribuzioni della giunta esecutiva cui competono, oltre a funzioni ausiliarie del Consiglio di Istituto, la predisposizione dei bilanci e l'adozione dei provvedimenti disciplinari a carico degli alunni.

Si tratta quindi di un organo la cui composizione rivela la specifica competenza in materia di organizzazione scolastica, ma che non presenta professionalità idonee ad apprezzare gli elementi di valutazione che concorrono a qualificare il valore tecnico delle offerte presentate nella procedura in esame.

Il Collegio ritiene che all'interno della Commissione fosse invece indispensabile la presenza di componenti in possesso di specifiche competenze per valutare l'osservanza "degli standard igienici", le modalità di "protezione delle derrate", "le caratteristiche merceologiche delle derrate", nonché la "provenienza da coltivazioni biologiche" e il rispetto delle grammature prescritte; tutti aspetti che, in base all'art. 29 del capitolato speciale, dovevano costituire oggetto di specifica valutazione da parte dell'organo giudicante.

Al riguardo giova infatti considerare che la commissione di gara era chiamata ad analizzare il valore tecnico delle proposte, con riguardo alle caratteristiche qualitative analiticamente definite al citato art.29. Tale norma ha precisato le specifiche tecniche richieste per i singoli prodotti, le modalità di conservazione, manipolazione e cottura degli alimenti, i caratteri merceologici delle derrate utilizzate nella preparazione dei pasti e l'obbligo di impiego di prodotti provenienti da coltivazioni biologiche, ciò, in particolare, al fine di dare attuazione della previsione normativa contenuta nell'art.59, quarto comma, l.n.488/99, recante l'obbligo per le istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche di introdurre nelle diete giornaliere prodotti biologici, tipici, tradizionali e a denominazione d'origine protetta.

Il bando, quindi, ha definito gli elementi tecnici da reputare rilevanti in sede di esame comparativo delle offerte e la loro incidenza rispetto agli altri termini di raffronto, venendo in tal modo a configurare un criterio adeguato a rappresentare la peculiarità delle singole offerte e a consentirne la selezione, nonché a vincolare a specifici parametri valutativi il giudizio che la commissione giudicatrice era chiamata ad esprimere sul merito tecnico delle offerte.

Ma, ciò postula la presenza, tra i componenti la commissione giudicatrice, di soggetti muniti di qualificazione professionale nel settore delle tecnologie alimentari o comunque di competenza adeguata alla specifica materia oggetto dell'appalto concorso.

La composizione della Commissione esaminatrice, che è formata dal dirigente scolastico, un docente, un funzionario amministrativo e un genitore, e quindi almeno in prevalenza da elementi privi di qualificazioni tecniche specifiche, non appare in definitiva coerente con i principi d'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, i quali richiedono che tra i componenti della stessa figurino soggetti dotati di competenze che consentano di apprezzare, con riguardo ai singoli elementi tecnici delle offerte, la qualità delle proposte e di orientare correttamente la discrezionalità della commissione nell'attribuzione del punteggio.

Ne discende l'illegittimità della composizione della commissione e, per invalidità derivata, di tutte le operazioni dalla stessa compiute.

5) E' fondato anche il primo motivo di censura con il quale si lamenta l'introduzione di un nuovo criterio di valutazione, rispetto a quelli indicati nel bando di gara.

Al riguardo si osserva che la disciplina per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art.23, primo comma lett.b, D.Lgs. n.157/95 (richiamato nel bando di gara) si caratterizza per l'individuazione di precise limitazioni al potere discrezionale dell'amministrazione in ordine alla valutazione delle offerte. La disposizione, infatti, richiede che la stazione appaltante indichi nel capitolato o nel bando, in ordine di importanza, gli elementi dei quali si terrà conto in sede di attribuzione dei punteggi e definisca i parametri di valutazione e di ponderazione di detti elementi.

Ne discende, secondo detta normativa, che i criteri per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa devono essere precisati nella lex specialis di gara, che deve indicare ai concorrenti gli elementi di valutazione dell'offerta, con la conseguenza che la commissione giudicatrice può esercitare, purché vi provveda prima dell'apertura dei plichi, soltanto un modesto potere integrativo di sottovoci nell'ambito delle categorie principali già definite, ove ciò occorra per una più precisa valutazione delle peculiarità delle singole offerte (cfr. CdS 31.10.01 n.5691).

Nel caso di specie, la commissione ha ritenuto di dover specificare il criterio relativo al "progetto tecnico organizzativo di gestione. Funzionalità del servizio" (di cui all'art.4 del bando di gara), nel senso della valorizzazione non solo del "numero" (come previsto dal bando), ma anche della "qualifica" del personale impiegato nel servizio. Detta precisazione, per quanto razionale, non sembra tuttavia rientrare nel novero delle specificazioni consentite, essa traducendosi nell'introduzione di un criterio innovativo, rispetto agli elementi considerati rilevanti dalla normativa di gara; come tale, detto parametro valutativo avrebbe dovuto essere inserito nel bando per consentire a tutti i partecipanti di tenere conto, nella predisposizione del progetto tecnico, dell'esigenza di garantire anche l'offerta di personale maggiormente qualificato.

L'introduzione di detto criterio valutativo ha penalizzato l'offerta della ricorrente che, pur presentando un numero di operatori (10) superiore rispetto a quello (8) proposto dalla società controinteressata, si è vista riconoscere per la voce considerata un punteggio (18) inferiore a quello massimo (20) che è stato invece accreditato alla società risultata aggiudicataria.

Si deve quindi concludere che, con la previsione del criterio in questione, la commissione giudicatrice ha introdotto, in fase applicativa, modalità di assegnazione del punteggio non conformi a quelle prefigurate nel bando, con ciò incorrendo nella violazione del divieto di immissione postuma di criteri correttivi.

6) Deve giudicarsi fondata anche la censura finale, con cui si lamenta che la commissione ha attribuito il punteggio riferito alle esperienze pregresse, senza procedere alla verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicataria.

In proposito il Collegio osserva quanto segue.

Nelle procedure per la scelta del contraente riveste rilievo fondamentale il principio dell'affidamento dell'amministrazione nella capacità tecnica dell'impresa aggiudicataria ad assolvere le obbligazioni nascenti dal contratto d'appalto (cfr. CdS VI 1 aprile 1996 n.521).

Per questa ragione l'art.14 del D.Lgs. n.157/95 e l'art.33 della dir. CEE 92/50 stabiliscono che la capacità tecnica delle imprese concorrenti nelle procedure per l'affidamento di servizi deve essere dimostrata attraverso l'indicazione dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni. La funzione di tali

previsioni è, all'evidenza, quella di garantire l'affidabilità delle imprese che prendono parte alla gara, le quali devono dimostrare di aver maturato, con l'espletamento di servizi analoghi, un'esperienza specifica e come tale rappresentativa della capacità di adempiere direttamente alle prestazioni oggetto del servizio da appaltare.

E' intuitivo che, per essere ascritte alla capacità tecnica dei concorrenti, e dare luogo all'attribuzione del relativo punteggio, le referenze devono attestare l'esecuzione diretta di interventi aventi i caratteri suindicati, posto che solo quest'ultima può rappresentare l'indice e la misura del conseguimento di un'effettiva professionalità tecnica.

Ad integrare la qualificazione professionale non può, quindi, valere la titolarità di un servizio, le cui prestazioni essenziali e qualificanti non siano state direttamente eseguite dall'impresa, ma siano state concretamente espletate da altro soggetto con propria organizzazione.

Nella situazione in esame, le risultanze documentali acquisite al giudizio non consentono di ritenere che il servizio di refezione scolastica presso il comune di Asti sia stato eseguito direttamente dalla società aggiudicataria, il che evidenzia come le dichiarazioni rese dalla società odierna controinteressata non possano considerarsi sufficienti ad accreditare detta referenza in favore della società medesima.

7) In conclusione il primo ricorso è fondato in tutti i suoi motivi e deve quindi essere accolto, con conseguente annullamento dell'intera procedura, a partire dagli adempimenti successivi al bando di gara.

8) Con il secondo gravame la società ricorrente, sul presupposto della sussistenza del proprio diritto ad ottenere l'aggiudicazione del servizio, ha avanzato pretese risarcitorie in forma specifica, da attuare mediante l'affidamento del servizio per il residuo periodo di gestione, e ha chiesto, in via subordinata, il risarcimento in forma equivalente per perdita di chance.

Il ricorso è fondato nei limiti che si passa ad esporre.

8.1) L'accoglimento del primo ricorso non comporta senz'altro l'aggiudicazione del servizio alla ricorrente, perché sono risultati fondati motivi incidenti sulla regolarità formale delle operazioni di gara, sicché l'intera procedura viene travolta. Ne consegue che non è ragionevolmente sostenibile e prevedibile che, qualora la gara si fosse svolta correttamente, del servizio in questione sarebbe risultata assegnataria senz'altro la ricorrente, con la ulteriore conseguenza che il danno da questa asseritamente subito non può identificarsi con "il mancato guadagno", né essere rapportato in misura percentuale al valore dell'offerta economica complessiva.

Neppure può trovare accoglimento la domanda risarcitoria volta ad ottenere l'aggiudicazione della gara a mezzo della pronuncia di questo Tribunale, posto che il procedimento di gara ha evidenziato irregolarità che ne compromettono in radice la validità e che impediscono di ravvisare in esso il presupposto per qualsivoglia aggiudicazione. Risulta, quindi, vano il tentativo della ricorrente di prospettare circostanze che si assumono idonee ad accreditare l'esito favorevole della procedura.

La ricorrente trova invece la piena reintegrazione della propria situazione soggettiva, lesa dalla condotta illegittima dell'amministrazione, nelle opportunità che le derivano dalla rinnovazione delle operazioni di gara, potendo nuovamente concorrere ed aspirare all'aggiudicazione del servizio per la durata considerata nel bando.

8.2) Con riguardo alla domanda subordinata di risarcimento per equivalente, occorre osservare che, essendo stata annullata (non la sola aggiudicazione per vizi propri di questa, ma) l'intera procedura di gara in quanto risultata affetta da vizi genetici, la responsabilità dell'amministrazione può essere ascritta unicamente a culpa in contrahendo.

Ciò posto, va ricordato che, in tema di responsabilità precontrattuale, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (c.d. interesse negativo).

Nel caso di specie, la possibilità di aggiudicarsi il contratto di cui trattasi, come già annotato, non risulta affatto perduta dalla ricorrente, che può nuovamente concorrere per l'aggiudicazione del servizio.

Deve essere esclusa anche la possibilità di configurare un danno risarcibile per perdita di ulteriori chances, atteso che la ricorrente non ha orientato in questa direzione le proprie richieste e comunque non ha offerto alcun elemento idoneo a dimostrare la stessa sussistenza di siffatto danno patrimoniale e la riferibilità, sotto il profilo causale, dell'evento dannoso al procedimento illegittimo.

Va diversamente considerata la lesione all'integrità patrimoniale della ricorrente con riguardo alle spese sopportate per la partecipazione alla gara, viziata nei termini sopra precisati.

Per tale aspetto non può negarsi che la pretesa risarcitoria avanzata dalla ricorrente si palesi fondata avendo la medesima affrontato spese per la predisposizione dell'offerta che debbono essere rimate, sussistendo il nesso causale tra l'evento e la sua causazione ad opera dell'amministrazione che, violando palesemente i principi di buon andamento e legalità dell'azione amministrativa, ha determinato con colpa il danno lamentato.

Deve quindi giudicarsi risarcibile il danno conseguente alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara oggetto di contestazione (cfr. TAR Campania Na., 6.9.99.n.2267; TAR Lombardia, BS 23.6.2000 n.557).

In proposito la ricorrente espone di aver sostenuto costi per l'ammontare complessivo di € 1080, che corrisponde al costo del personale impiegato nell'elaborazione del progetto e per la formalizzazione dell'offerta, nonché alle spese sopportate per il materiale utilizzato ai medesimi fini.

La misura richiesta appare congrua, in relazione alla relativa complessità degli adempimenti previsti nel bando di gara, che ha imposto ai concorrenti la presentazione di un progetto tecnico – organizzativo di gestione del servizio, alla cui stesura ha atteso personale che è stato inutilmente distolto da altre occupazioni.

La stazione appaltante deve quindi essere condannata al completo ristoro delle spese sopportate dalla ricorrente per la partecipazione alla gara, maggiorate di interessi e rivalutazione con decorrenza dalla data del fatto illecito (26.6.02).

Entro tali limiti la domanda risarcitoria può quindi trovare accoglimento.

Le spese per entrambi i ricorsi, come di regola, seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia definitivamente pronunciando sui ricorsi n.2434/02 e n.3243/02 così dispone:

riunisce i ricorsi in epigrafe;

accoglie il ricorso n.2434/02 e per l'effetto annulla la delibera di aggiudicazione e le operazioni di gara;

accoglie in parte il ricorso n.3243/02 e per l'effetto condanna la stazione appaltante al pagamento del risarcimento del danno per le spese e i costi sostenuti per l'infruttuosa partecipazione alla gara, nella misura di € 1080, oltre interessi e rivalutazione monetaria, da eseguire entro il termine di giorni 60 dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notifica, se anteriore;

-condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata, in solido, al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in euro 3000, oltre IVA e CPA, come per legge.

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

Così deciso in Milano l'11 febbraio 2003 in camera di consiglio