



**REPUBBLICA ITALIANA**

**Sent. N. 213/2004**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Ric. n. 1259/2003**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 1259/03 proposto da Alberghina Verde Ambiente s.a.s.,  
rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Mariani, presso lo studio del  
quale in Cagliari, via Scano n. 27, è elettivamente domiciliata;

contro

il Comune di Santa Teresa di Gallura, in persona del sindaco in carica,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Corda, con elezione di domicilio  
in Cagliari, via Tola n. 7, presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Del Rio;  
il Responsabile in carica del Settore Appalti e OO.PP del citato Comune,  
non costituito in giudizio;

e nei confronti

della Ditta Segasidda s.n.c., non costituita;

per l'annullamento

del provvedimento di cui alla nota prot. n. 13941 del 22 agosto 2003 con il  
quale il Comune di Santa Teresa di Gallura ha annullato la gara d'appalto in  
cui la società ricorrente era risultata aggiudicataria; della determinazione del  
responsabile del Settore appalti n. 236 del 22 agosto 2003 che ha bandito un  
nuovo incanto, nonché del nuovo bando di gara;

nonché per

il risarcimento del danno ingiusto patito;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 3 dicembre 2003 il consigliere Silvio Ignazio Silvestri ;

Uditi l'avv. Mariani per la ricorrente e l'avvocato Corda per il Comune resistente,

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### **F A T T O**

La società Alberghina Verde Ambiente s.a.s. ha partecipato alla gara bandita dal Comune di Santa Teresa di Gallura per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle aree destinate a verde pubblico del centro urbano per l'importo complessivo di € 45.486,44, utilizzando il sistema del pubblico incanto ai sensi dell'articolo 31, comma 1, lettera d, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, da determinarsi mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara.

In data 9 luglio 2003 si procedeva all'apertura ed all'analisi delle offerte, al cui esito la ricorrente é risultata aggiudicataria.

Senonché, successivamente il Comune ravvisava la illegittimità della procedura in quanto il rappresentante di una ditta che aveva presentato l'offerta, la Segasidda s.n.c., non aveva potuto assistere alla seduta perché, presentatosi agli uffici comunali all'ora prevista dal bando (ore 10,30) era

stato erroneamente informato dal personale dell'ufficio circa l'ora in cui la seduta si sarebbe svolta.

In conseguenza di ciò il Comune ha annullato la gara e bandito un nuovo incanto.

Avverso questi atti la società Alberghina propone ricorso deducendo il seguente articolato motivo.

Violazione dell'articolo 3 della legge 241/90 ed eccesso di potere per mancanza di motivazione, istruttoria insufficiente e superficiale, travisamento della realtà e difetto assoluto dei presupposti.

Rileva la ricorrente che il bando di gara non prevede, in caso di mancata partecipazione delle ditte all'apertura delle offerte, la nullità della gara; pertanto la mancata partecipazione di una ditta che aveva presentato l'offerta integrerebbe una mera irregolarità formale e, come tale, non potrebbe incidere sulla validità della procedura.

In ogni caso, l'atto sarebbe viziato perché non avrebbe adempiuto all'onere di una congrua motivazione in quanto non avrebbe indicato le concrete ragioni di pubblico interesse che conducevano alla necessità dell'annullamento e non sarebbe stato preceduto da una adeguata istruttoria.

Nell'ipotesi in cui non venga accolta la domanda di annullamento degli atti impugnati, la ricorrente chiede il risarcimento del danno ingiusto subito, quantificandolo con riferimento alle spese sostenute per la partecipazione alla gara, la perdita di occasioni favorevoli coeve all'attività ed alle risorse impiegate per partecipare alla gara, nonché il lucro cessante per la perdita del previsto utile d'impresa.

L'amministrazione comunale si è costituita in giudizio controdeducendo alla

richiesta di annullamento e chiedendo una pronuncia di rigetto.

All'udienza pubblica del 3 dicembre 2003 il ricorso è stato spedito in decisione.

### **DIRITTO**

La società Alberghina s.a.s. impugna il provvedimento con il quale l'amministrazione Comunale di Santa Teresa di Gallura ha annullato la gara d'appalto relativa ai lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle aree destinate a verde pubblico, che era stata aggiudicata in via provvisoria alla ricorrente; impugna altresì la determinazione con la quale è stato indetto un nuovo pubblico incanto per gli stessi lavori nonché il correlativo bando di gara.

Il Comune ha ritenuto di dover annullare la gara in quanto era risultato che il legale rappresentante di una ditta partecipante (la Segasidda s.n.c.), presentatosi per assistere alla seduta all'orario stabilito nel bando di gara (ore 10,30) era stato erroneamente informato dal personale dell'ufficio preposto circa il rinvio della seduta alle ore 16 e, ripresentatosi in tale orario, apprendeva dell'avvenuto esperimento della gara alle ore 12.

Secondo la ricorrente, l'annullamento sarebbe illegittimo perché la circostanza indicata dal Comune concreterebbe tutt'al più una mera irregolarità formale che non potrebbe incidere sulla validità della procedura, posto che il bando di gara non prevedeva la mancata partecipazione delle ditte all'apertura delle offerte quale causa di nullità della gara stessa.

Occorre innanzitutto rilevare che la gara in questione era senz'altro soggetta al principio della pubblicità delle gare pubbliche, che potrebbe essere derogato da parte della Commissione nella sola fase della valutazione

tecnica delle offerte, ferma restando la sua rigorosa osservanza nella fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche (tra tante, Consiglio Stato sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1726).

D'altronde tale modalità era prevista dall'articolo 8 del bando ove si disponeva espressamente che i legali rappresentanti dei concorrenti erano ammessi a presenziare all'apertura delle offerte; a tal proposito, il bando indicava il luogo e l'orario della prima seduta pubblica, prevista per il giorno 9 luglio 2003 alle ore 10,30 presso l'Ufficio tecnico del Servizio opere pubbliche del Comune.

Perciò, non è in dubbio che tutti i concorrenti che avevano inviato offerte avessero diritto di partecipare alla seduta, presentandosi nella sede e nell'ora previste dal bando.

Invece, come si è visto, il rappresentante della ditta Segasidda, presentandosi puntualmente all'ora prevista dal bando presso l'ufficio tecnico comunale fu rimandato da due dipendenti dello stesso ufficio (uno dei quali era anche segretario della commissione) alle ore 16 dello stesso giorno e tale rinvio fu giustificato con il fatto che i commissari di gara erano impegnati presso la ex pretura di La Maddalena. Ciononostante, la seduta fu tenuta alle ore 12 e ciò comportò l'impossibilità per il rappresentante della Segasidda di presenziare.

Tale circostanza - confermata anche da una espressa dichiarazione dei due dipendenti depositata in atti e non contestata dalla ricorrente - non può non riflettersi sulla legittimità della procedura di gara in quanto si è impedito ad un soggetto di essere presente all'apertura delle buste contenenti le offerte,

in evidente violazione del principio di pubblicità delle gare pubbliche e della norma espressa contenuta nel bando.

Perciò va rigettata la censura con cui si sostiene che il fatto sopra ricordato comporti esclusivamente una mera irregolarità, trattandosi invece di una sicura causa di illegittimità della procedura.

La ricorrente sostiene poi che il provvedimento impugnato sarebbe viziato perché carente di una adeguata istruttoria e comunque non avrebbe individuato le ragioni di pubblico interesse specifico all'annullamento.

Il Comune, prima di adottare l'atto impugnato, ha preso in considerazione le circostanze di fatto e le questioni di diritto necessarie per decidere, perciò non può parlarsi di carenza di istruttoria tant'è vero che la stessa società ricorrente non indica quali dovrebbero essere gli ulteriori atti istruttori necessari, se non la valutazione degli interessi coinvolti.

Su quest'ultimo punto va rilevato che il Comune, prima di giungere alla determinazione impugnata, aveva anche comunicato alla società ricorrente, con due note del 23 e 29 luglio, l'avvio del procedimento per l'annullamento della gara con ciò dimostrando di aver preso in considerazione le ragioni dei soggetti coinvolti.

Quanto alla mancata individuazione delle ragioni che inducevano all'annullamento della gara, al di là della mera esigenza di ripristino della legalità, è sufficiente rilevare che la procedura non si era ancora conclusa con una aggiudicazione definitiva ma si era ancora nella fase dell'aggiudicazione provvisoria, pertanto la ricorrente non poteva vantare una posizione qualificata ma solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento (Cons. St., sez. quarta, 29 ottobre 2002, n. 5903). Perciò non

occorreva alcuna particolare motivazione sull'interesse specifico all'annullamento, in mancanza di situazioni consolidate rilevanti.

In definitiva tutte le censure sono infondate e deve perciò essere respinta la richiesta di annullamento degli atti impugnati.

Nell'atto introduttivo del gravame la società ricorrente ha sostenuto che, nel caso non venga accolta la sua domanda di annullamento degli atti impugnati, la revoca dell'aggiudicazione comporterebbe comunque un danno ingiusto la cui responsabilità sarebbe da ricondurre esclusivamente all'amministrazione comunale. Ha chiesto pertanto il risarcimento dei danni, individuati negli oneri e spese per la partecipazione alla gara in euro 826,35, oltre al danno da perdita di occasioni favorevoli coeve, quantificati in euro 2.000,00, nonché il lucro cessante per la perdita dei lavori previsti, quantificato nella misura percentuale del 20% del valore della gara in euro 8942,35.

In una successiva memoria la ricorrente conferma la richiesta di risarcimento facendola però derivare direttamente dalla dedotta illegittimità degli atti impugnati, senza riproporre la questione del risarcimento anche nell'ipotesi in cui l'atto di revoca fosse giudicato dal Tar non illegittimo; tuttavia il Collegio ritiene che la memoria non possa considerarsi come una parziale rinuncia al risarcimento in mancanza di una espressa dichiarazione in tal senso, perciò la richiesta deve essere esaminata anche alla luce dell'originaria prospettazione.

In sostanza dunque la richiesta risarcitoria della ricorrente deve essere scissa in due pretese (la seconda in via subordinata) correlate a presupposti diversi: a) danno conseguente ad un atto amministrativo illegittimo; b)

danno conseguente ad un atto amministrativo legittimo.

Va detto preliminarmente che la questione rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di materia devoluta a questo giudice dall'articolo 33 del DLgs 31 marzo 1998, n. 80, in relazione a quanto previsto dall'articolo 35 dello stesso decreto.

Per quanto riguarda la pretesa sub a), l'accertata infondatezza delle censure dedotte avverso l'atto di annullamento della gara d'appalto comporta senz'altro il rigetto della correlata richiesta di risarcimento.

Per quanto riguarda la pretesa sub b), il ragionamento sottostante è il seguente: ammesso che la gara sia stata annullata perché si è svolta con una procedura illegittima, di tale illegittimità è responsabile l'amministrazione, perciò essa è tenuta a risarcire il danno subito dalla ricorrente che, senza sua colpa, ha perso i benefici che sarebbero scaturiti dall'aggiudicazione definitiva e dall'esecuzione del servizio.

Può essere utile individuare, per quanto qui rileva, la natura dell'interesse in capo ai soggetti che partecipano ad una gara pubblica: essi hanno un interesse pretensivo ad ottenere la aggiudicazione della gara e, quando siano risultati aggiudicatari, hanno un interesse oppositivo nei confronti di un possibile atto di annullamento della aggiudicazione a loro favore.

Sia l'interesse pretensivo che quello oppositivo sopra ricordati hanno in comune l'aspirazione dei soggetti che partecipino ad una gara pubblica a svolgere una determinata attività (lavori o servizi) per ottenere un'utilità economica.

Entrambe le posizioni corrispondono alla figura di interesse legittimo, che trova ormai tutela, come si è già visto, anche sotto l'aspetto risarcitorio; a



prescindere dalla qualificazione giuridica che si voglia attribuire a tale figura - sostanziale o processuale - si deve senz'altro riconoscere che essa deve essere comunque correlata alla pretesa di una attività legittima della pubblica amministrazione. In caso contrario non si avrebbe un interesse legittimo ma, come è stato acutamente descritto, un interesse illegittimo e, in quanto tale, non meritevole di tutela nel nostro ordinamento.

L'interesse pretensivo di chi presenta domanda di partecipazione ad una gara pubblica si manifesta innanzitutto nella stessa pretesa di essere ammessi alla gara (e perciò di non essere illegittimamente esclusi) e successivamente nella richiesta che la procedura si svolga in maniera regolare e legittima, affinché risulti aggiudicatario chi, in base alle regole previste nel bando e nelle disposizioni generali, aveva maggiori titoli.

In questa fase, il soggetto che venga escluso o che comunque non risulti aggiudicatario può chiedere in sede giurisdizionale l'annullamento degli atti relativi nonché, eventualmente, il risarcimento del danno; tuttavia, qualora il giudice non riscontri vizi di legittimità riferibili alla esclusione o alla aggiudicazione a terzi, il ricorrente non potrà, ovviamente, ottenere l'aggiudicazione e neppure il ristoro del danno subito (in termini di spese e mancato guadagno), trattandosi, non di danno causato da un'attività antigiuridica, ma di un mero danno connesso al normale rischio di (partecipazione alla gara di una) impresa.

Anche la posizione dell'aggiudicatario (provvisorio) deve essere esaminata alla luce di quanto sopra detto. Infatti la riconosciuta risarcibilità, in via generale, dell'interesse legittimo ha tolto rilievo (almeno per l'aspetto che qui interessa) alla differenza tra due situazioni, che era stata utilizzata dalla

giurisprudenza per negare il risarcimento a colui che veniva lesa da un illegittimo diniego, ad esempio diniego di concessione edilizia, e per riconoscerla invece a chi veniva lesa da un illegittimo annullamento dell'atto che rilasciava la concessione edilizia.

Pertanto, anche l'aggiudicatario che invoca la tutela del proprio interesse potrà ottenere l'annullamento dell'atto lesivo, ed eventualmente il risarcimento del danno da questo dipendente, soltanto se tale atto sarà risultato illegittimo. In caso contrario, la posizione dell'aggiudicatario non è diversa da quella del semplice partecipante alla gara e perciò non potrà essere tutelata, in via risarcitoria, perché la mancata (garanzia della) aggiudicazione deriva anch'essa dalla normale alea di chi partecipa ad una gara pubblica e che, in termini di tutela, può venire in rilievo solo nei confronti di una attività illegittima della pubblica amministrazione.

In definitiva non può riconoscersi il risarcimento ad un soggetto che veda annullata l'aggiudicazione a proprio favore di una gara pubblica sulla base di un atto che, essendo legittimo, non può essere configurato come antiggiuridico, mancando perciò uno dei presupposti necessari per ottenere il ristoro di un danno subito.

Per queste considerazioni, anche la richiesta risarcitoria presentata dalla ricorrente deve essere rigettata.

Sussistono motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

**P.Q.M.**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA**

rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nelle camere di consiglio dei giorni 3 dicembre 2003 e 2 febbraio 2004, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l' intervento dei signori:

Paolo Turco,	Presidente,
Manredo Atzeni,	Consigliere ,
Silvio Ignazio Silvestri,	Consigliere – estensore.

Depositata in segreteria oggi 17/02/2004

Il Segretario generale f.f.