

Come deve essere interpretata la dicitura <forniture identiche> per quanto concerne la richiesta (e quindi la dimostrazione del suo reale possesso) di un determinato fatturato quale prova della propria capacità tecnica? Nel caso in cui la dimostrazione non sia avvenuta, è legittima l'escussione della garanzia provvisoria?

La prova della capacità tecnica ed economica del partecipante è finalizzata all'accertamento della sua idoneità a fornire all'amministrazione il bene di cui abbisogna con le modalità stabilite dal contratto; per quanto ampiamente ed in bonis possa essere interpretata la dizione "forniture identiche" previste dal al capitolato speciale, non è possibile affermare che la prova dell'identità potesse essere raggiunta con fatturati riferibili a beni del tutto diversi e con materiali del tutto diversi; la richiesta del fatturato nel periodo di riferimento è infatti strumentale alla valutazione, da parte della stazione appaltante, dell'idoneità dei materiali forniti a soddisfare le sue specifiche esigenze sotto il profilo tecnico: sotto questo particolare aspetto va valutata l'identità e/o l'analogia del materiale da fornire, che deve essere in grado di dimostrare l'idoneità del soggetto alla lavorazione e del bene al particolare uso cui è destinato.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 6278 del 6 dicembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2007, emessa dal Consiglio di Stato (che ribalta la decisione di primo grado emessa dal Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 5032 del 31 maggio 2007)

< Oggetto dell'appalto è la fornitura di traverse ferroviarie e legami per scambi in "azobè", come descritti nell'allegato "E", nel quale si ripete la dizione "fornitura e traverse e legnami per scambi in azobè (privo di zona di transizione) per metropolitane.

5.2. La prova della capacità tecnica ed economica del partecipante è finalizzata all'accertamento della sua idoneità a fornire all'amministrazione il bene di cui abbisogna con le modalità stabilite dal contratto. Per quanto ampiamente ed in bonis possa essere interpretata la dizione "forniture identiche" previste dal punto III.2.2. - lett. b del capitolato speciale, non è possibile affermare che la prova dell'identità potesse essere raggiunta con fatturati riferibili a beni del tutto diversi (pali e assi di legno anziché traversine) e con materiali del tutto diversi dall'azobè anche se comunque compresi nell'essenza "legno".

5.3. La richiesta del fatturato nel periodo di riferimento è infatti strumentale alla valutazione, da parte della stazione appaltante, dell'idoneità dei materiali forniti a soddisfare le sue specifiche esigenze sotto il profilo tecnico, che nella specie si sostanziano nella fornitura delle traversine occorrenti per la circolazione delle vetture ferroviarie. Sotto questo particolare aspetto va valutata l'identità e/o l'analogia del materiale da fornire, che deve essere in grado di dimostrare l'idoneità del soggetto alla lavorazione e del bene al particolare uso cui è destinato.

5.4. Interpretando le clausole del bando le une per mezzo delle altre, è necessario concludere che la prova della capacità tecnica richiedesse la dimostrazione, da parte dell'aggiudicataria, di avere effettuato quantomeno forniture analoghe a quelle oggetto della gara, anche se non identiche.

5.5. Analogia che nel caso di specie correttamente la stazione appaltante non ha desunto dal fatturato esibito dall'aggiudicataria, riferito ad oggetti diversi (pali e assi di legno anziché traversine) ed a materiali diversi (varie essenze lignee ma non azobè).

5.6. L'operato della stazione appaltante trova perciò conforto nell'art. 1364 c.c.: per quanto ampia e generale possa essere il significato dell'espressione "forniture analoghe a quelle in argomento" nei tre

anni o nei tre esercizi precedenti, non è possibile affermare che l'oggetto delle forniture eseguite sia in grado di comprovare che la capacità tecnica fosse quella richiesta al fornitore e l'oggetto delle forniture eseguite fossero quelli su cui le parti si erano proposte di contrattare>

le conclusioni quindi a cui giunge il Supremo Giudice amministrativo sono quelle di dare ragione all'amministrazione per aver quindi annullato l'aggiudicazione e di conseguenza escussa la cauzione provvisoria

giusto a titolo di precisazione, si riporta la sentenza di primo grado (Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 5032 del 31 maggio 2007) che viene con l'emarginata decisione, del tutto annullata:

< In tema di risarcimento del danno spettante ad un'impresa la cui aggiudicazione provvisoria sia stata illegittimamente annullata: deve essere anche restituita la cauzione provvisoria indebitamente escussa

Nei casi in cui ad un soggetto è preclusa la partecipazione ad una gara o concorso (sicché non è possibile dimostrare, ex post, né la certezza della vittoria, né la certezza della non vittoria) la situazione soggettiva tutelabile è la chance, cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole : il risarcimento per perdita di chance può avvenire in forma specifica o per equivalente; il risarcimento per equivalente della perdita di chance deve essere quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara e dividendo l'utile di impresa (quantificato in via forfettaria in misura pari al 10% del prezzo base dell'appalto) per il numero di partecipanti.

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 5032 del 31 maggio 2007 in tema di risarcimento del danno in capo alla pa, ci insegna che:

< Alla responsabilità per danno da atto amministrativo illegittimo, tale non solo per vizi formali ma anche sostanziali, si applica infatti l'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la valutazione del danno risarcibile va effettuata ai sensi dell'art. 2056 c.c., e deve comprendere sia il danno emergente che il lucro cessante, a norma dell'art. 1223 c.c..>

ma non solo

< La maggior parte delle voci di danno richieste (quali ad es. il mancato utile derivante dall'esecuzione dell'appalto, ovvero il danno derivante dall'impossibilità di spendere in future gara la maggiore capacità tecnico - economica che sarebbe derivata

all'impresa dall'esecuzione dell'appalto ed i costi di immobilizzazione sia del personale che dei mezzi tecnici), implicano la certezza di vittoria della ricorrente, che, nel caso che occupa, è esclusa dalla circostanza stessa che alla stessa era stata aggiudicata solo provvisoriamente la gara de qua.

Principiando dal danno emergente, spettano quindi in primo luogo alla ricorrente le spese inutilmente sostenute per partecipare alla gara, nella misura che sarà provata mediante produzione di idonea certificazione.

L'unico danno che, allo stato, può dunque essere riconosciuto, oltre al danno emergente, costituito dalle spese affrontate per partecipare alla gara, è il danno da perdita di chance.>

In particolare, nella fattispecie sottoposta ai giudici romani:

< il risarcimento del danno dovuto alla ricorrente dovrà computarsi come segue:

1) quanto al danno emergente, consistente nelle spese sostenute per partecipare alla gara, dovrà essere liquidata una somma pari a quanto sarà provato mediante produzione di idonea documentazione da parte della ricorrente;

2) quanto al danno da perdita di chance dovrà anzitutto calcolarsi il 10% dell'importo a base di gara così come risultante dal ribasso offerto dalla ricorrente. Detta somma dovrà essere divisa per il numero delle imprese ammesse alla gara (pari a due).

3) sulle somme liquidate ai sensi dei numeri precedenti, 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 dell'inizio della fornitura de qua, 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) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca degli affidamenti, a decorrere dalla data degli affidamenti medesimi e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in

funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

5) Su tutte le somme dovute ai sensi dei precedenti numeri decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.>

Per la Stazione Appaltante, esiste un ulteriore obbligo:

< Quanto alla richiesta di emanazione di ordine alla parte resistente di restituzione della cauzione provvisoria di € 14.500,00 (quattordicimila/00), perché indebitamente escussa, il Collegio non può che aderire alla richiesta, essendo dimostrato che la circostanza, cui il punto 13.2.4 del disciplinare di gara (che tanto prevedeva in caso che i disposti accertamenti non avessero confermato quanto dichiarato in sede di presentazione dell'offerta) non si era nel caso che occupa in concreto verificata; inoltre essendo provato (all. n. 13 al deposito documentale effettuato da parte resistente il 30.1.2007) che la somma è stata effettivamente incamerata dalla Alfa s.p.a..>

a cura di Sonia LAzzini

riportiamo qui di seguito la decisione numero 6278 del 6 dicembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2007, emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 5514 del 2007, proposto da ALFA. - s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marina Di Luccio, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Tiburtina n. 770, presso l'Ufficio Legale della ALFA. s.p.a.;

contro

Beta s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Filippo Castaldi e Marcello Fortunato, con i quali è elettivamente domiciliato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13 presso la Segreteria Sezionale;

e nei confronti di

A. Assicurazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, II ter Sezione, n. 5032/2007, pubblicata il 31 maggio 2007, con la quale in accoglimento del ricorso di Beta s.r.l. è stata pronunciata condanna al risarcimento del danno, previo annullamento dei seguenti provvedimenti:

- delibera del C.d.A. della ALFA. s.p.a. n. 26 del 4.10.2006, di revoca della “aggiudica” provvisoria in favore della società ricorrente e di escussione della cauzione provvisoria;
- nota prot. n. 9366 del 6.11.2006, di comunicazione della adozione di detta delibera;
- nota prot. n. 7433 del 4.10.2006, di comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca della aggiudicazione provvisoria;
- nota prot. n. 4998 del 31.5.2006, di richiesta di integrazione documentale;
- nota prot. n. 4101 del 3.5.2006, di richiesta di integrazione documentale;
- nota prot. n. 10067 del 21.11.2006, di escussione della polizza;
- bando di gara e del connesso disciplinare, nella parte in cui fissano i requisiti di partecipazione alla gara;
- nuovo provvedimento di “aggiudica”, se adottato;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte sopra indicata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 26 della legge n. 1034/1971, come modificato dall'art. 9 della legge n. 205/2000;

Designato relatore, alla camera di consiglio dell'11 settembre 2007, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì gli avvocati M. Di Luccio, A. Di Lieto per delega di Castaldi, e M. Fortunato, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Beta s.r.l. ha partecipato alla gara per la fornitura di traverse e legnami indetta con bando n. 5 del 2005 dalla ALFA. s.p.a. e ne è risultata aggiudicataria provvisoria. È stata successivamente estromessa dalla gara in quanto la documentazione inviata non aveva comprovato il possesso dei requisiti tecnici dichiarati in sede di presentazione dell'offerta.

2. Con nota del 13 maggio 2006, la società la ALFA., esaminate le fatture trasmesse in copia dall'aggiudicataria, rilevava che le forniture eseguite nel periodo agosto 2003 - dicembre 2005 non erano riferite a traverse ferroviarie (bensì a pali di diametro 10-15 e tavole di spessore 50-100 mm.) né

all'azobè (bensì a forniture di faggio, di castagno, ontano e cerro). La ALFA. invitava la società a produrre ulteriore idonea documentazione attestante quanto prescritto dal bando.

2. Nel prosieguo, la società ALFA. disattendeva le giustificazioni della soc. Beta sull'idoneità della documentazione prodotta a comprovare il possesso dei requisiti di carattere speciale e comunicava l'avvio delle procedure interne per la revoca dell'aggiudicazione e per l'escussione del deposito cauzionale.

3. Con provvedimento n. 26 del 4 ottobre 2006, il Consiglio d'Amministrazione della ALFA. s.p.a. non approvava l'aggiudicazione provvisoria perché priva dei requisiti prescritti dal bando ed incamerava la cauzione. Nella stessa sede, il Consiglio di amministrazione prendeva atto della inefficacia della precedente procedura ed autorizzava una nuova gara. Con successiva nota n. 10067 del 21 novembre 2006 ALFA. richiedeva alla soc. Aurora Assicurazione di provvedere al versamento della cauzione provvisoria prestata dalla Beta s.r.l. per un importo pari ad € 14.500,00.

4. Il Tar del Campania, Sede di Salerno, adito avverso i provvedimenti, dalla società Beta s.r.l. rimetteva gli atti al Tar del Lazio con ordinanza 15 febbraio 2007, n. 38, considerato che la ricorrente aveva aderito al proposto regolamento di competenza.

5. Il ricorso di primo grado è imperniato su sei motivi di violazione del bando di gara, del capitolato speciale di appalto e D.Lgs. n. 157 del 1995 nonché dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento. A dire della Beta, il requisito di capacità era stato sufficientemente provato, in quanto la dizione "forniture identiche a quelle in argomento" non può che riferirsi alla tipologia di fornitura ovvero traverse in legno o comunque legname in genere essendo irrilevante sia il diametro che la tipologia del legno. Essendo il materiale richiesto (azobè) regolarmente in commercio, non esisteva alcun ostacolo alla reperibilità dello stesso né era rilevante la tipologia in quanto non è connessa alcuna particolare modalità di lavorazione.

5. Disattese le eccezioni pregiudiziali, il Tar del Lazio ha accolto il ricorso sull'assunto che la fornitura è di "traverse di legno" ed il materiale richiesto "azobè" è regolarmente in commercio e non richiede particolari modalità di lavorazione. La stazione appaltante non poteva escludere il possesso del requisito che il materiale fornito dalla ricorrente presentasse diverse misurazioni rispetto alle traverse ferroviarie in legno e fosse relativo a diverso tipo di legname.

6. La sentenza è impugnata da ALFA. Nel giudizio si è costituita la Beta s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso.

5. Alla camera di consiglio dell'11.09.2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione previo avviso alle parti della sentenza in forma abbreviata ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034/1971, come modificato dall'art. 9 della legge n. 205/2000.

DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha accolto il ricorso di Beta s.r.l. avverso l'esclusione dalla gara per la fornitura di traverse e legnami indetta dalla ALFA. s.p.a., ritenuto che il fatturato esibito a seguito dell'aggiudicazione a comprova della sua capacità ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto fosse sufficiente ad integrare il possesso delle qualità e delle professionalità occorrenti per espletare le attività richieste.

1.1. Secondo i primi giudici, lo scopo della richiesta del fatturato è evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti del tutto sprovvisti della necessaria professionalità e capacità tecnica. Dal fatturato esibito dalla Beta s.r.l. non è stato ravvisato alcun elemento che possa far ritenere che

l'acquisto di un materiale legnoso in luogo di un altro o il conferimento a detto materiale di determinate dimensioni di poco differenti da quelle del materiale oggetto dell'appalto, richieda il possesso di particolari professionalità o competenze. Illegittimamente pertanto la stazione appaltante avrebbe adottato il provvedimento impugnato, nell'erronea convinzione che la ricorrente non avesse fornito la documentazione necessaria a garantire la futura corretta esecuzione dell'appalto.

1.2. La sentenza ha infine condannato ALFA. alla restituzione alla ricorrente della cauzione provvisoria di €. 14.500,00 e al risarcimento dei danni in favore della società ricorrente, nella misura da liquidare con successivo accordo tra le parti alla stregua dei criteri stabiliti in motivazione.

2. Con un motivo articolato di ricorso, ALFA. denuncia la violazione del D.Lgs. n. 158/1997, in quanto la gara riguardava forniture per settori cd. esclusi e del D.Lgs. n. 358/1992 richiamato nei documenti di gara, il cui art. 13 precisa che la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti è fornita anche tramite dichiarazione concernente il fatturato globale dell'impresa e l'importo relativo alle forniture identiche a quella oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi. L'appellante afferma inoltre che erroneamente la sentenza di primo grado ha considerato indifferente il tipo di materiale oggetto della fornitura e la qualità di materiale fornito in quanto le essenze lignee delle traverse ferroviarie in azobè richiedono una lavorazione del tutto particolare non assimilabili a quelle riportate nelle fatture esibite dalla Beta.

3. Il motivo è fondato per ambedue gli aspetti dedotti.

4. Per la prova della capacità economica e finanziaria, il bando di gara prevedeva (punto III.2.2. – lett. b) la presentazione di bilanci o estratti di bilanci ... elenco delle forniture identiche eseguite nel periodo di riferimento, fatture o altri documenti ritenuti equivalenti da ALFA s.p.a..

4.1. Per la dimostrazione della capacità tecnica, il bando prevedeva informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti. Il capitolato speciale prevedeva poi che oggetto della fornitura erano legnami e traverse per scambi in azobè per armamento ferroviario rispondente alle caratteristiche dimensionali di cui alla tabella dell'allegato "E" e a quelle tecniche di cui al disciplinare tecnico.

4.2. In relazione ai sopra riportati documenti di gara, ALFA., con nota del 21 maggio 2006, aveva contestato che, secondo le fatture presentate, le forniture eseguite nel periodo di riferimento non erano riferite a traverse ferroviarie e che non concernevano l'essenza richiesta. E, sempre in relazione ai predetti documenti, l'appellante ALFA. non aveva accettato le giustificazioni della società Beta, secondo la quale "la dizione forniture identiche a quelle in argomento non può che riferirsi alla tipologia di fornitura ovvero traverse in legno o comunque legame in genere risultante irrilevanti il diametro e la tipologia del legno". Sempre ad avviso della società Beta, la documentazione a comprova era conforme al modello "R" allegato al bando di gara, nel quale si prevedeva che il concorrente dichiara che l'impresa da esso rappresentata ha conseguito nei tre anni o nei tre esercizi precedenti forniture analoghe a quelle in argomento ...".

5. Anche se non appaiono risolutivi il richiamo al decreto legislativo n. 358/1992, operato dal punto 1.1.1. del disciplinare di gara ai fini elencativi delle causa di esclusione dall'appalto e il rinvio al punto 3.1.b) per il possesso dei requisiti giuridici di partecipazione, il Collegio ritiene decisivi per la fondatezza dell'appello i principi generali in materia di contratto, in particolare l'art. 1363 e l'art. 1369 c.c.

5.1. Oggetto dell'appalto è la fornitura di traverse ferroviarie e legami per scambi in "azobè", come descritti nell'allegato "E", nel quale si ripete la dizione "fornitura e traverse e legnami per scambi in azobè (privo di zona di transizione) per metropolitane.

5.2. La prova della capacità tecnica ed economica del partecipante è finalizzata all'accertamento della sua idoneità a fornire all'amministrazione il bene di cui abbisogna con le modalità stabilite dal contratto. Per quanto ampiamente ed in bonis possa essere interpretata la dizione "forniture identiche" previste dal punto III.2.2. - lett. b del capitolato speciale, non è possibile affermare che la prova dell'identità potesse essere raggiunta con fatturati riferibili a beni del tutto diversi (pali e assi di legno anziché traversine) e con materiali del tutto diversi dall'azobè anche se comunque compresi nell'essenza "legno".

5.3. La richiesta del fatturato nel periodo di riferimento è infatti strumentale alla valutazione, da parte della stazione appaltante, dell'idoneità dei materiali forniti a soddisfare le sue specifiche esigenze sotto il profilo tecnico, che nella specie si sostanziano nella fornitura delle traversine occorrenti per la circolazione delle vetture ferroviarie. Sotto questo particolare aspetto va valutata l'identità e/o l'analogia del materiale da fornire, che deve essere in grado di dimostrare l'idoneità del soggetto alla lavorazione e del bene al particolare uso cui è destinato.

5.4. Interpretando le clausole del bando le une per mezzo delle altre, è necessario concludere che la prova della capacità tecnica richiedesse la dimostrazione, da parte dell'aggiudicataria, di avere effettuato quantomeno forniture analoghe a quelle oggetto della gara, anche se non identiche.

5.5. Analogia che nel caso di specie correttamente la stazione appaltante non ha desunto dal fatturato esibito dall'aggiudicataria, riferito ad oggetti diversi (pali e assi di legno anziché traversine) ed a materiali diversi (varie essenze lignee ma non azobè).

5.6. L'operato della stazione appaltante trova perciò conforto nell'art. 1364 c.c.: per quanto ampia e generale possa essere il significato dell'espressione "forniture analoghe a quelle in argomento" nei tre anni o nei tre esercizi precedenti, non è possibile affermare che l'oggetto delle forniture eseguite sia in grado di comprovare che la capacità tecnica fosse quella richiesta al fornitore e l'oggetto delle forniture eseguite fossero quelli su cui le parti si erano proposte di contrattare.

5.7. E' perciò irrilevante la considerazione che il legno "azobè" fosse regolarmente in commercio e che la species traversine ferroviarie appartenesse comunque al genus pali o assi di legno. La capacità tecnica richiesta dalla stazione appaltante comportava quantomeno la prova che le forniture effettuate nel periodo di riferimento avessero una qualche attinenza con i materiali oggetto di gara. Prova affatto raggiunta nella specie non essendo possibile, nel dubbio, riportare la documentazione fornita a quella più conveniente alla natura ed all'oggetto del contratto.

6. Per l'insieme delle suesposte ragioni l'appello deve essere accolto e va riformata la sentenza impugnata.

7. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali relative al doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello.

Riforma per l'effetto la sentenza impugnata e respinge il ricorso originario.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio dell'11 settembre 2007, con l'intervento dei Signori:

Sergio Santoro Presidente

Raffaele Carboni Consigliere

Chiarenza Millemaggi Cogliani Consigliere

Cesare Lamberti rel. est Consigliere

Aldo Fera Consigliere

L'Estensore Il Presidente

f.to Cesare Lamberti f.to Sergio Santoro

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 6 dicembre 2007

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

Ric. N.5514-00

RA

In tema di risarcimento del danno spettante ad un'impresa la cui aggiudicazione provvisoria sia stata illegittimamente annullata: deve essere anche restituita la cauzione provvisoria indebitamente escussa

Nei casi in cui ad un soggetto è preclusa la partecipazione ad una gara o concorso (sicché non è possibile dimostrare, ex post, né la certezza della vittoria, né la certezza della non vittoria) la situazione soggettiva tutelabile è la chance, cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole : il risarcimento per perdita di chance può avvenire in forma specifica o per equivalente; il risarcimento per equivalente della perdita di chance deve essere quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara e dividendo l'utile di impresa (quantificato in via forfettaria in misura pari al 10% del prezzo base dell'appalto) per il numero di partecipanti.

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 5032 del 31 maggio 2007 in tema di risarcimento del danno in capo alla pa, ci insegna che:

< Alla responsabilità per danno da atto amministrativo illegittimo, tale non solo per vizi formali ma anche sostanziali, si applica infatti l'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la valutazione del danno risarcibile va effettuata ai sensi dell'art. 2056 c.c., e deve comprendere sia il danno emergente che il lucro cessante, a norma dell'art. 1223 c.c..>

ma non solo

< La maggior parte delle voci di danno richieste (quali ad es. il mancato utile derivante dall'esecuzione dell'appalto, ovvero il danno derivante dall'impossibilità di spendere in future gara la maggiore capacità tecnico – economica che sarebbe derivata all'impresa dall'esecuzione dell'appalto ed i costi di immobilizzazione sia del personale che dei mezzi tecnici), implicano la certezza di vittoria della ricorrente, che, nel caso che occupa, è esclusa dalla circostanza stessa che alla stessa era stata aggiudicata solo provvisoriamente la gara de qua.

Principiando dal danno emergente, spettano quindi in primo luogo alla ricorrente le spese inutilmente sostenute per partecipare alla gara, nella misura che sarà provata mediante produzione di idonea certificazione.

L'unico danno che, allo stato, può dunque essere riconosciuto, oltre al danno emergente, costituito dalle spese affrontate per partecipare alla gara, è il danno da perdita di chance.>

In particolare, nella fattispecie sottoposta ai giudici romani:

< il risarcimento del danno dovuto alla ricorrente dovrà computarsi come segue:

1) quanto al danno emergente, consistente nelle spese sostenute per partecipare alla gara, dovrà essere liquidata una somma pari a quanto sarà provato mediante produzione di idonea documentazione da parte della ricorrente;

2) quanto al danno da perdita di chance dovrà anzitutto calcolarsi il 10% dell'importo a base di gara così come risultante dal ribasso offerto dalla ricorrente. Detta somma dovrà essere divisa per il numero delle imprese ammesse alla gara (pari a due).

3) sulle somme liquidate ai sensi dei numeri precedenti, 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 dell'inizio della fornitura de qua, 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) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca degli affidamenti, a decorrere dalla data degli affidamenti medesimi e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

5) Su tutte le somme dovute ai sensi dei precedenti numeri decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.>

Per la Stazione Appaltante, esiste un ulteriore obbligo:

< Quanto alla richiesta di emanazione di ordine alla parte resistente di restituzione della cauzione provvisoria di € 14.500,00 (quattordicimila/00), perché indebitamente escussa, il Collegio non può che aderire alla richiesta, essendo dimostrato che la circostanza, cui il punto 13.2.4 del disciplinare di gara (che tanto prevedeva in caso che i disposti accertamenti non avessero confermato quanto dichiarato in sede di presentazione dell'offerta) non si era nel caso che occupa in concreto verificata; inoltre essendo provato (all. n. 13 al deposito documentale effettuato da parte resistente il 30.1.2007) che la somma è stata effettivamente incamerata dalla Met.Ro. s.p.a..>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO
SEZIONE SECONDA TER

composto dai signori Magistrati:

Consigliere Michele PERRELLI - Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI - Componente, relatore

Consigliere Maria Cristina QUILIGOTTI - Componente

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1672 del 2007 proposto da DITTA ALFA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Fortunato, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, Presso la Segreteria del T.A.R.;

CONTRO

MET.RO. - METROPOLITANA di ROMA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marina Di Luccio, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Tiburtina n. 770, presso l'Ufficio Legale della Met.Ro. s.p.a.;

e nei confronti

di * ASSICURAZIONI, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della delibera del C.d.A. della Met.Ro. s.p.a. n. 26 del 4.10.2006, di revoca della "aggiudica" provvisoria in favore della società ricorrente e di escussione della cauzione provvisoria;

della nota prot. n. 9366 del 6.11.2006, di comunicazione della adozione di detta delibera;

per quanto occorrer possa, della nota prot. n. 7433 del 4.10.2006, di comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca della aggiudicazione provvisoria;

della nota prot. n. 4998 del 31.5.2006, di richiesta di integrazione documentale;

della nota prot. n. 4101 del 3.5.2006, di richiesta di integrazione documentale;

della nota prot. n. 10067 del 21.11.2006, di escussione della polizza;

se lesivo, del bando di gara e del connesso disciplinare, nella parte in cui fissano i requisiti di partecipazione alla gara;

se adottato, del nuovo provvedimento di “aggiudica”;

degli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali;

nonché per il risarcimento, ai sensi degli artt. 35, commi I e II, del D. Lgs. n. 80 del 1998 e 7 della L. n. 1034 del 1971, dei danni comunque connessi;

nonché, ex art. 25, V c., della L. n. 241 del 1990, per l’emanazione di ordine di esibizione di copia di detta delibera n. 26 del 4.10.2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio della Met.Ro. s.p.a.;

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

Vista la ordinanza del T.A.R. Campania, Salerno, 15 febbraio 2007, n. 38;

Vista la propria ordinanza 19/20 marzo 2007 n. 1260;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 21.5.2007, con designazione del Consigliere Antonio Amicuzzi relatore della causa, i procuratori delle parti costituite, comparsi come da verbale d’udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 10.1.2007, depositato il 20.1.2007 presso il T.A.R. Campania, Salerno, la società DITTA ALFA s.r.l., premesso di aver partecipato alla gara per la fornitura di traverse e legnami indetta con bando n. 5 del 2005 dalla Met.Ro. s.p.a. e di esserne risultata aggiudicataria provvisoria, ha chiesto l’annullamento degli atti, il risarcimento dei danni e l’esibizione dell’atto in epigrafe indicati, deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione del bando di gara e del capitolato speciale di appalto. Violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995 e del principio di cui all’art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento di potere.

2.- Violazione e falsa applicazione del bando di gara e del capitolato speciale di appalto. Violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995 e del principio di cui all’art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento di potere.

3.- Violazione e falsa applicazione del bando di gara e del capitolato speciale di appalto. Violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995 e del principio di cui all'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento di potere.

4.- Violazione e falsa applicazione del bando di gara e del capitolato speciale di appalto. Violazione degli artt. 12 e 111 del D. Lgs. n. 157 del 1995, nonché del principio di cui all'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento di potere.

5.- Violazione degli artt. 11 e 12 del D. Lgs. n. 157 del 1995 e della Direttiva 92/50/C.E.E. in materia di appalti pubblici di servizi. Eccesso di potere per difetto assoluto di presupposto e di istruttoria, nonché per erroneità manifesta.

6.- Violazione della disciplina di gara in relazione all'art. 3 della L. n. 241 del 1990. Eccesso di potere per difetto assoluto di presupposto e di istruttoria, nonché per travisamento, arbitrarietà ed erroneità.

Con atto notificato il 24.1.2007, depositato il 30.1.2007, la intimata Met.Ro. s.p.a. ha proposto ricorso per regolamento di competenza territoriale.

Con atto depositato il 30.1.2007 si è costituita in giudizio la Met.Ro. s.p.a., eccependo il difetto di competenza territoriale e la inammissibilità del ricorso per tardività (essendo stata la ricorrente già messa a conoscenza con nota del 4.9.2006 "dell'imminente provvedimento di revoca" e di escussione del deposito cauzionale); nel merito ha dedotto la infondatezza del gravame, concludendo per la declaratoria di inammissibilità o per la reiezione.

Con ordinanza 15 febbraio 2007, n. 38 il T.A.R. Campania, Salerno, considerato che parte ricorrente aveva aderito al proposto regolamento di competenza, ha disposto la trasmissione del fascicolo processuale al T.A.R. Lazio, Roma.

Con memoria depositata il 28.2.2007 si è costituita in giudizio la ricorrente eleggendo domicilio presso la Segreteria di questo Tribunale e ribadendo la richiesta di accoglimento del ricorso.

Con memoria depositata il 5.3.2007 si è costituita in giudizio la Met.Ro. s.p.a., che ribadito la eccezione di inammissibilità del ricorso e ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 19/20 marzo 2007 n. 1260 il Tribunale ha accolto la istanza di emanazione di misure cautelari, considerato il tenore testuale del modello R allegato al disciplinare di gara nella parte in cui richiede forniture analoghe.

Con memoria depositata l'11.5.2007 parte resistente ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 21.5.2007 parte ricorrente ha contestato la fondatezza della avversa eccezione di inammissibilità ed ha ribadito tesi e richieste, meglio specificando, altresì la richiesta di risarcimento danni, da effettuarsi, quanto al danno emergente, con riferimento alle spese e costi sostenuti per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara, ai costi dell'immobilizzazione del personale dipendente e dei mezzi tecnici e alla perdita di chance conseguente alla impossibilità di far valere nelle future gare il requisito economico relativo all'esecuzione dei lavori di cui trattasi (quantificata nel 3 % del valore dell'appalto); inoltre, quanto al lucro cessante, da effettuarsi nella misura del 10% del valore dell'appalto. Il tutto, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria. Ha inoltre chiesto che sia ordinato a parte resistente la restituzione della cauzione provvisoria di € 14.500,00 indebitamente escussa.

Alla pubblica udienza del 21.5.2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in esame la società in epigrafe indicata, premesso di aver partecipato alla gara per la fornitura di traverse e legnami indetta con bando n. 5 del 2005 dalla Met.Ro. s.p.a. e di esserne risultata aggiudicataria provvisoria, ha chiesto l'annullamento della delibera del C. di A. della Met.Ro. s.p.a. n. 26 del 4.10.2006 (di revoca della "aggiudica" provvisoria in favore della società ricorrente e di escussione della cauzione provvisoria), nonché della nota prot. n. 9366 del 6.11.2006 (di comunicazione della adozione di detta delibera); inoltre, per quanto occorrer possa, ha chiesto l'annullamento della nota prot. n. 7433 del 4.10.2006 (di comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca della aggiudicazione provvisoria), della nota prot. n. 4998 del 31.5.2006 e della nota prot. n. 4101 del 3.5.2006 (di richiesta di integrazione documentale) e della nota prot. n. 10067 del 21.11.2006 (di escussione della polizza). Ha chiesto poi l'annullamento, se lesivo, del bando di gara e del connesso disciplinare, nella parte in cui fissano i requisiti di partecipazione alla gara, e, se adottato, del nuovo provvedimento di "aggiudica". Infine ha chiesto il risarcimento, ai sensi degli artt. 35, commi I e II del D. Lgs. n. 80 del 1998 e 7 della L. n. 1034 del 1971, dei danni comunque connessi e, ex art. 25, V c., della L. n. 241 del 1990, l'emanazione di ordine di esibizione di copia di detta delibera n. 26 del 4.10.2006.

2.- Innanzi tutto il Collegio, con riguardo alla domanda di emanazione, ex art. 25, V c., della L. n. 241 del 1990, di ordine di esibizione di copia della delibera n. 26 del 4.10.2006 deve valutare la sussistenza della possibilità per la ricorrente di proporre, a mezzo di un unico atto introduttivo, sia la domanda di accesso ex art. 25, l. n. 241 del 1990, sia quella di annullamento di uno o più provvedimenti amministrativi.

Deve al riguardo ritenersi ammissibile il ricorso con il quale si denunci, nel contempo, l'illegittimità del diniego di accesso agli atti di una procedura di gara e quella del provvedimento di aggiudicazione, posto che non sussiste alcun ostacolo normativo alla possibilità di contestuale proposizione delle domande di accesso e di annullamento di provvedimenti amministrativi, purché entrambe le domande vengano introdotte e decise nella piena osservanza dei riti, rispettivamente, speciale ed ordinario, previsti dalla legge (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 09 febbraio 2005, n. 97).

Nel caso che occupa, comunque, copia di detta delibera è stata depositata dalla Met.Ro. s.p.a. resistente in data 30.1.2007, sicché in tale parte il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

3.- In secondo luogo il Collegio valuta indivisibile la eccezione di inammissibilità del ricorso per tardività, formulata dalla difesa della resistente Met.Ro. s.p.a. per essere stata la ricorrente già messa a conoscenza con nota del 4.9.2006 "dell'imminente provvedimento di revoca" e di escussione del deposito cauzionale.

Ciò in quanto a detto atto va riconosciuta natura endoprocedimentale, essendo destinato solo potenzialmente a condizionare la stesura definitiva del provvedimento, ed è pertanto inidoneo a determinare quella piena conoscenza che consente di individuare il "dies a quo" per il decorso del termine dell'impugnazione.

4.- Nel merito il ricorso è fondato.

Con il primo ed il secondo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione e falsa applicazione del bando di gara e del capitolato speciale di appalto, nonché violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995 e del

principio di cui all'art. 97 della Costituzione. Inoltre è stato prospettato il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento di potere.

Ciò in quanto non sarebbe stato tenuto conto, nell'adottare l'impugnato provvedimento, che il bando di gara, all'art. III.2.2 (ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, economica e finanziaria), ha disposto che doveva essere dimostrato il conseguimento, nei tre anni o esercizi precedenti la data di pubblicazione del bando, di un fatturato complessivo non inferiore ad euro 730.000,00 "per forniture identiche a quelle in argomento".

Inoltre sarebbe stato trascurato che l'art. 9 del disciplinare di gara ha prescritto che detta capacità avrebbe dovuto essere dimostrata mediante deposito di una dichiarazione redatta sul modello "R" fornito dalla stazione appaltante, il quale prevede una dichiarazione della impresa circa il conseguimento di detto fatturato "per forniture analoghe a quelle in argomento; anche la richiesta di documentazione formulata dall'Amministrazione in data 3.5.2006 faceva riferimento al deposito di copia di contratti per "forniture analoghe".

Comunque, secondo la ricorrente, anche la dizione "forniture identiche" non potrebbe che riferirsi alla tipologia della fornitura prevista, cioè a "traverse di legno", con irrilevanza sia del diametro che del tipo di legno. Il materiale richiesto "azobè" sarebbe infatti regolarmente in commercio, senza ostacoli alla sua reperibilità sul mercato e non richiederebbe particolari modalità di lavorazione; anche la circostanza che il materiale già oggetto di forniture da parte della ricorrente presentasse diverse misurazioni e fosse relativo a diverso tipo di legno non inciderebbe assolutamente sulla positiva verifica del possesso del requisito in questione.

Osserva in proposito il Collegio che con l'atto impugnato è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente e la escussione della cauzione provvisoria per il motivo (risultante da copia dello stesso depositato in giudizio il 30.1.2007 dalla parte resistente) che la DITTA ALFA s.r.l., a riprova di quanto richiesto con nota prot. n. 4101 del 3.5.2006 (circa i requisiti di ordine speciale, cioè di forniture analoghe nei tre anni precedenti la pubblicazione del bando di gara per almeno 730.000,00 euro), con lettera del 13.5.2006 aveva prodotto copia di fatture per importo complessivo sufficiente, ma relative a forniture di pali e tavole di altre essenze e non di "azobè" e, soprattutto, non di traverse ferroviarie.

Va invero pienamente condivisa la tesi formulata al riguardo da parte ricorrente, che -sia a voler intendere che (in base a quanto indicato nell'art. III.2.2 del bando) la Met.Ro. s.p.a., nel richiedere la fornitura di prova del pregresso conseguimento di un dato fatturato, si riferisse a "forniture identiche a quelle in argomento", sia a voler ritenere che (in base al modello "R" fornito dalla stazione appaltante e alla richiesta di documentazione formulata dalla stessa s.p.a. in data 3.5.2006) si riferisse a "forniture analoghe a quelle in argomento"- erroneamente detta società ha ritenuto non provato il possesso di detto requisito da parte della ricorrente.

La fornitura prevista era infatti relativa a "traverse di legno" ed il materiale richiesto "azobè" non è contestato che è regolarmente in commercio, che è reperibile sul mercato e che non richiede particolari modalità di lavorazione.

La circostanza che il materiale già oggetto di forniture da parte della ricorrente presentasse diverse misurazioni rispetto alle traverse ferroviarie in legno e fosse relativo a diverso tipo di legname non può invero, ad avviso del Collegio, escludere il possesso del requisito in questione.

Ciò in quanto lo scopo della richiesta della prova del fatturato in questione è quello evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti del tutto sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti, con riferimento alle specifiche professionalità necessarie per espletare le attività richieste.

Nel caso di specie non ravvisa il Collegio alcun elemento che possa far ritenere che l'acquisto di un materiale legnoso in luogo di un altro, o il conferimento a detto materiale di determinate dimensioni di poco differenti da quelle del materiale oggetto dell'appalto, richieda il possesso di particolari professionalità o competenze, sicché deve ritenersi che illegittimamente la stazione appaltante ha adottato il provvedimento impugnato, essendo errata la convinzione che la ricorrente non avesse fornito la documentazione necessaria a garantire la futura corretta esecuzione dell'appalto de quo.

In tale parte il ricorso deve quindi essere accolto e restano assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso.

5.- Ciò posto, deve il Collegio esaminare la richiesta di risarcimento danni, relativamente al danno emergente, con riferimento alle spese e costi sostenuti per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara, ai costi dell'immobilizzazione del personale dipendente e dei mezzi tecnici, alla perdita di chance conseguente alla impossibilità di far valere nelle future gare il requisito economico relativo all'esecuzione dei lavori di cui trattasi (quantificata nel 3 % del valore dell'appalto); inoltre, relativamente al lucro cessante, nella misura del 10% del valore dell'appalto, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.

Va osservato in primo luogo, per effetto della delibera impugnata, la situazione in cui si è venuta a trovare la ricorrente, cui è stata revocata l'aggiudicazione provvisoria della gara de qua, è molto simile a quella del soggetto al quale sia illegittimamente preclusa la partecipazione ad una gara.

Secondo la più recente e condivisibile elaborazione giurisprudenziale, nei casi in cui ad un soggetto è preclusa la partecipazione ad una gara o concorso (sicché non è possibile dimostrare, ex post, né la certezza della vittoria, né la certezza della non vittoria) la situazione soggettiva tutelabile è la chance, cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole.

Il risarcimento per perdita di chance può avvenire in forma specifica o per equivalente.

Nel caso che occupa non è stato richiesto il risarcimento del danno in forma specifica, ma per equivalente.

Innanzitutto va affermata la responsabilità per colpa della Met.Ro. s.p.a., non essendo ovviamente scusabile la violazione di principi di ordine generale che rappresentano un presidio essenziale posto a garanzia della legittimità dell'azione amministrativa.

Spetta inoltre alla ricorrente l'intero danno che è conseguenza degli atti illegittimi, non limitato quindi al c.d. interesse negativo (cfr. sul punto, Cons.St., Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796).

Alla responsabilità per danno da atto amministrativo illegittimo, tale non solo per vizi formali ma anche sostanziali, si applica infatti l'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la valutazione del danno risarcibile va effettuata ai sensi dell'art. 2056 c.c., e deve comprendere sia il danno emergente che il lucro cessante, a norma dell'art. 1223 c.c..

La maggior parte delle voci di danno richieste (quali ad es. il mancato utile derivante dall'esecuzione dell'appalto, ovvero il danno derivante dall'impossibilità di spendere in future gare la maggiore capacità tecnico – economica che sarebbe derivata all'impresa dall'esecuzione dell'appalto ed i costi di immobilizzazione sia del personale che dei mezzi tecnici), implicano la certezza di vittoria della ricorrente, che, nel caso che occupa, è esclusa dalla circostanza stessa che alla stessa era stata aggiudicata solo provvisoriamente la gara de qua.

Principiando dal danno emergente, spettano quindi in primo luogo alla ricorrente le spese inutilmente sostenute per partecipare alla gara, nella misura che sarà provata mediante produzione di idonea certificazione.

L'unico danno che, allo stato, può dunque essere riconosciuto, oltre al danno emergente, costituito dalle spese affrontate per partecipare alla gara, è il danno da perdita di chance.

Il risarcimento per equivalente della perdita di chance deve essere quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara e dividendo l'utile di impresa (quantificato in via forfettaria in misura pari al 10% del prezzo base dell'appalto) per il numero di partecipanti (T.A.R. Campania, Napoli, I, 20 maggio 2003, n. 5868).

La determinazione forfettaria dell'utile traibile dall'appalto rappresenta un criterio di valutazione equitativa cui fa riferimento la giurisprudenza in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554 del 1999, che quantifica in tale misura il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A.

Nella fattispecie la ricorrente ha fatto riferimento al 10% dell'importo dell'appalto, ma dovrà più correttamente essere preso in considerazione l'importo dell'offerta così come ribassata dalla ricorrente medesima.

Il numero dei partecipanti alla gara sarà invece pari a 2.

Il quoziente così ottenuto rappresenta il danno subito dalla ricorrente a titolo di lucro cessante per lesione della chance di vittoria derivante dall'illegittima revoca della provvisoria aggiudicazione della gara.

In definitiva, ai fini della liquidazione del danno il Collegio ritiene che si possa utilizzare lo strumento previsto dall'art. 35, comma 2, del D.Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, che consente al Giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al Giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

Si dispone, pertanto, che le Amministrazioni soccombenti provvedano a liquidare una somma a favore della DITTA ALFA s.r.l., secondo i criteri appresso indicati, formulando la relativa proposta entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica, della presente decisione.

In particolare, il risarcimento del danno dovuto alla ricorrente dovrà computarsi come segue:

- 1) quanto al danno emergente, consistente nelle spese sostenute per partecipare alla gara, dovrà essere liquidata una somma pari a quanto sarà provato mediante produzione di idonea documentazione da parte della ricorrente;
- 2) quanto al danno da perdita di chance dovrà anzitutto calcolarsi il 10% dell'importo a base di gara così come risultante dal ribasso offerto dalla ricorrente. Detta somma dovrà essere divisa per il numero delle imprese ammesse alla gara (pari a due).

3) sulle somme liquidate ai sensi dei numeri precedenti, 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 dell'inizio della fornitura de qua, 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) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca degli affidamenti, a decorrere dalla data degli affidamenti medesimi e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

5) Su tutte le somme dovute ai sensi dei precedenti numeri decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

6.- Quanto alla richiesta di emanazione di ordine alla parte resistente di restituzione della cauzione provvisoria di € 14.500,00 (quattordicimila/00), perché indebitamente escussa, il Collegio non può che aderire alla richiesta, essendo dimostrato che la circostanza, cui il punto 13.2.4 del disciplinare di gara (che tanto prevedeva in caso che i disposti accertamenti non avessero confermato quanto dichiarato in sede di presentazione dell'offerta) non si era nel caso che occupa in concreto verificata; inoltre essendo provato (all. n. 13 al deposito documentale effettuato da parte resistente il 30.1.2007) che la somma è stata effettivamente incamerata dalla Met.Ro. s.p.a..

7.- Il ricorso deve essere, pertanto in parte dichiarato improcedibile ed in parte accolto ed i provvedimenti impugnati annullati nei termini e nei limiti sopra indicati.

La Met.Ro. s.p.a. deve inoltre essere condannata al risarcimento dei danni in favore della società ricorrente, nella misura che sarà liquidata con successivo accordo tra le parti alla stregua dei criteri in precedenza stabiliti, nonché alla restituzione alla ricorrente stessa della cauzione provvisoria di € 14.500,00 (quattordicimila/00).

7.- Conseguenza alla soccombenza la condanna della Met.Ro. s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio, liquidate nella misura in dispositivo fissata, nonché, ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, al ristoro del ricorrente dall'esborso del Contributo unificato nella misura pagata di € 500,00 (cinquecento/00), come da ricevuta in atti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione seconda ter – in parte dichiara improcedibile ed in parte accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei termini indicati in motivazione.

Condanna la Met.Ro. s.p.a. al risarcimento dei danni in favore della società ricorrente, nella misura che sarà liquidata con successivo accordo tra le parti alla stregua dei criteri stabiliti in motivazione. A tal fine la Met.Ro. s.p.a. soccombente è tenuta a formulare la relativa proposta nel termine di giorni 60 dalla notificazione e/o comunicazione della presente sentenza.

Condanna altresì la Met.Ro. s.p.a. alla restituzione alla ricorrente DITTA ALFA s.r.l. della cauzione provvisoria di € 14.500,00 (quattordicimila/00), nonché al pagamento, in favore della ricorrente stessa, delle spese di giudizio, liquidate nella somma di € 2.000,00 (duemila/00), oltre ad I.V.A. e C.P.A., e alla rifusione a detta parte del contributo unificato nella misura indicata in motivazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla pubblica amministrazione.

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione II ter -, nella camera di consiglio del 21.5.2007, con l'intervento dei signori Magistrati elencati in epigrafe.

Consigliere Michele PERRELLI

Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI

Estensore

--