

Nel caso in cui la lettera d' invito ad una gara d' appalto contenga espressa clausola di esclusione per incompletezza o irregolarità di qualcuno dei documenti richiesti, è legittima l' esclusione dell' impresa la cui documentazione sia incompleta? Quali sono gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato con l'aggiudicataria.? A quanto ammonta il risarcimento del danno da riconoscere all'affettiva legittima aggiudicataria, considerato che una parte del servizio è già stato eseguito?

Nel caso in cui il bando di gara commina espressamente l' esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l' Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell' inadempimento, l' incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell' adozione del bando; l'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia

Appare importante segnalare il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 1925 del 9 novembre 2007 emessa dal Tar Liguria, Genova in tema di obbligo da parte delle Stazioni appaltanti ad escludere le imprese la cui offerta non sia completa come richiesta dalla documentazione di gara

< Quindi la Commissione ha inteso superare il difetto della autocertificazione dell'aggiudicataria facendo riferimento non solo alla planimetria allegata alla autocertificazione ma anche alla relazione tecnica allegata all'offerta tecnica prodotta in sede di gara dall'aggiudicataria.

Non risulta, infatti, che alla autocertificazione della aggiudicataria sia stata allegata alcuna relazione tecnica.

Tale modus operandi, che viene giustificato sul presupposto di una prevalenza della sostanza sulla forma non appare condivisibile. Infatti a fronte dell'inadempimento (non già dichiarazione sintetica ma dichiarazione insufficiente), di una clausola di capitolato prevista a pena di esclusione l'Amministrazione invece di procedere all'esclusione ha reperito anche altri documenti diversi dalla autocertificazione come la relazione annessa all'offerta tecnica ed ha valutato dagli stessi la idoneità della autocertificazione.>

Ma non solo

< È stato, infatti, ritenuto che in sede di gara d' appalto, la relazione tecnica richiesta fra i documenti da produrre a corredo dell' offerta rileva solo al fine di acquisire opportune informazioni circa le modalità con le quali ciascun concorrente organizzerebbe il servizio, precostituendosi anche elementi utili nella verifica eventuale di sostenibilità o anomalia dell' offerta

Ed inoltre si è affermato che nel caso in cui la lettera d' invito ad una gara d' appalto contenga espressa clausola di esclusione per incompletezza o irregolarità di qualcuno dei documenti richiesti, è legittima l' esclusione dell' impresa la cui documentazione sia incompleta, non essendo rilevante che la prescrizione non risponda ad un interesse sostanziale dell' Amministrazione o che l' omissione possa essere colmata con altri dati forniti in sede di offerta, giacché un accertamento in tal senso implicherebbe un' indebita sostituzione del giudice amministrativo nella definizione della disciplina della gara e si tradurrebbe in una disapplicazione, altrettanto indebita, di atti aventi il crisma dell' autoritatività>

Ora, dal momento che il giudice ha considerato illegittimo il comportamento della Stazione Appaltante, la successiva domanda è la seguente:

Quali sono gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato con l'aggiudicataria?

L'adito giudice non ha dubbi:

< Il Collegio condivide la tesi - nettamente prevalente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, e già accolta di recente dalla sezione - che configura la sorte del contratto in termini di caducazione automatica degli effetti o inefficacia sopravvenuta, variamente motivata con il venir meno di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto, con la mancanza del requisito della legittimazione a contrarre o con il sopravvenire di una ragione di inefficacia successiva

Il previo esperimento della fase di evidenza pubblica opera infatti, in forza della normativa applicabile (art. 20 comma 2 L. 109/1994) e dell'autovincolo derivante dalla lex specialis di gara, secondo un rapporto di presupposizione, assumendo la fisionomia propria di una condizione legale di efficacia del contratto, di talché l'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia>

E quindi, quale risarcimento del danno spetta alla ricorrente?

< Per la parte del servizio ancora da eseguire, il contratto scadrà il 31 agosto 2008, l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la conseguente inefficacia del contratto consente il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'affidamento del servizio alla ricorrente.

Per quanto invece riguarda la parte del servizio già eseguita il risarcimento non potrà che avvenire per equivalente, donde la necessità di esame della domanda risarcitoria, conseguente all'accertata illegittimità della mancata esclusione della controinteressata e della conseguente aggiudicazione dell'appalto a quest'ultima.

Nel caso di specie sussistono tutti i presupposti per il riconoscimento della responsabilità della stazione appaltante.

Infatti, chiarito che il Collegio ritiene sussumibile la responsabilità della p.a. nello schema della responsabilità aquiliana, deve evidenziarsi come, sotto il profilo oggettivo, la mancata aggiudicazione derivi causalmente dall'illegittimità accertata; la ricorrente, infatti, era l'unica offerente rimasta in gara ed era prevista l'aggiudicazione anche nel caso di unica offerta valida (si cfr. deliberazione G.C. 17 marzo 2005 n. 233/2005 punto n. 8) secondo capoverso richiamata dalla deliberazione G.C. 7 luglio 2005 n. 621 al punto n. 4 e lettera di invito allegata alla delibera stessa).>

Ed inoltre:

< Relativamente all'elemento soggettivo, non è possibile desumere automaticamente la sussistenza della colpa della p.a. dall'illegittimità del provvedimento posto in essere, non essendo in subjecta materia configurabile una generalizzata presunzione di colpa dell'amministrazione in presenza di un atto amministrativo illegittimo.

Nel caso di specie, sussiste, tuttavia, anche l'elemento soggettivo dell'illecito.

Infatti, il ricorrente, nella parte impugnatoria del ricorso a cui peraltro rinvia in sede di domanda risarcitoria, ha dedotto che, a fronte di una attività vincolata, in presenza di una causa di esclusione imposta dal capitolato di gara con una previsione dal tenore letterale non ambiguo, l'amministrazione ha, nondimeno, con inescusabile negligenza, ammesso alla competizione la controinteressata, operando altresì una inammissibile eterointegrazione della richiesta autocertificazione.

Non pare, quindi, residuare alcun dubbio sulla sussistenza di un comportamento colposo della p.a. in quanto non rispettoso delle regole di correttezza e par condicio.>

Ma come va quantificato il danno?

< La quantificazione del danno impone, in via preliminare, di rilevare come la ricorrente non abbia in alcun modo documentato il pregiudizio subito per effetto della mancata aggiudicazione, limitandosi genericamente a richiedere il risarcimento del danno, principalmente in forma specifica, subordinatamente per equivalente.

E' noto come il risarcimento del lucro cessante da mancata aggiudicazione sia stato quantificato mediante l'applicazione analogica delle norme (art 345 l. 20.3.1865 n. 2248 all. F, art. 122 comma 1 d.p.r 21.12.1999 n. 554, 37 – septies l. 11.2.1994 n. 109, oggi art. 134 e 158 d.lgs. 12.4.2006 n. 163) che prevedono un indennizzo in favore dell'impresa ove la stazione appaltante receda dal contratto.

**L'impresa illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione dell'appalto ha, così, diritto ad un risarcimento da quantificarsi nella misura del 10 per cento del valore dell'offerta presentata, ovvero secondo altri pari al 10 per cento dei quattro quinti del valore della stessa.**

**Altro orientamento invece ritiene che l'utile di impresa normalmente quantificabile nel dieci per cento del prezzo offerto potrebbe essere riconosciuto spettante nella sua interezza se e in quanto l'impresa possa documentare di non avere potuto utilizzare mezzi e maestranze lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile al cinque per cento**

Sul punto il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale che ormai si sta imponendo come maggioritario, che appare condivisibile quante volte l'impresa non si attivi in alcun modo per dimostrare in concreto l'entità del pregiudizio effettivamente derivato dalla mancata aggiudicazione.>

E allora?

< Ne consegue che alla ricorrente spetterà un risarcimento per equivalente pari al 5 per cento della propria offerta limitatamente al periodo di mancata aggiudicazione dell'appalto.>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1925 del 9 novembre 2007 emessa dal Tar Liguria., Genova

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1205 del 2005, proposto da:  
ALFA, rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso Camilla Dolcini in Genova, P.zza Leonardo Da Vinci 2/3;

contro

Comune di Genova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Edda Odone, con domicilio eletto presso gli uffici della civica avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

nei confronti di

BETA Ristorazione S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Bricchetto, Mario Calgaro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Genova, P.zza Corvetto 2/11;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione di aggiudicazione 2 settembre 2005 n. 119/00059 del Dirigente dei Servizi alla persona del Comune di Genova con cui è stato affidato il servizio di ristorazione scolastica nel Comune di Genova Lotto n. 1 Centro Ovest per il periodo 1 settembre 2005 – 31 agosto 2008;
- della determinazione dirigenziale n. 119.12/50 avente ad oggetto presa d'atto dell'aggiudicazione provvisoria del servizio di ristorazione scolastica d'atto nel Comune di Genova Lotto n. 1 Centro Ovest per il periodo 1 settembre 2005 – 31 agosto 2008;
- di tutti i verbali di gara;
- di tutti gli atti e provvedimenti antecedenti concomitanti e susseguenti e del contratto di affidamento del servizio alla controinteressata.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del BETA Ristorazione Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25/10/2007 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con ricorso notificato il 14 novembre 2005 al Comune di Genova ed alla controinteressata la società ALFA s.c.r.l., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, i provvedimenti in epigrafe, chiedendo altresì il risarcimento del danno conseguente.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente deduceva i seguenti motivi:

- 1) violazione dell' art. 16 del capitolato di gara, in quanto la aggiudicataria non avrebbe prodotto la dichiarazione, prevista a pena di esclusione, relativa alla capacità del centro fornitura derrate;
- 2) violazione del capitolato di gara in quanto la aggiudicataria non ha indicato la capacità giornaliera di produzione di pasti a crudo;
- 3) eccesso di potere per illogicità e contraddizione, violazione dell'art. 3 l. 241/90 illogicità e carenza di motivazione, violazione del principio di determinazione delle offerte da parte dell'ente committente, violazione del principio di par condicio, in quanto la commissione sulla sola base della planimetria allegata dalla aggiudicataria ha inferito la sussistenza dei requisiti che avrebbero essere oggetto di apposita dichiarazione;
- 4) illegittimità dello svolgimento di gara e delle operazioni della commissione e sottocommissione, in quanto la sottocommissione, costituita da tutti i membri della commissione di gara, ha avuto conoscenza delle offerte tecniche prima della decisione in ordine all'ammissione o meno della controinteressata.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione intimata e la controinteressata.

Con ordinanza 2 dicembre 2005 n. 548 veniva respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

All'udienza pubblica del 25 ottobre 2007 il ricorso è passato in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso in esame è rivolto avverso l'aggiudicazione di un appalto di servizio mensa scolastica.

Il ricorso è fondato.

L'articolo 16 del capitolato di gara stabiliva, tra l'altro, infatti, che: "relativamente alle caratteristiche della struttura aziendale, di stoccaggio e produzione, deve essere prodotta, a pena di esclusione, la seguente documentazione: 1) Per i lotti n. 1, 2, 3, 4, 6, 7 dichiarazione attestante proprietà/disponibilità aziendale dei centri Fornitura Derrate (necessaria per tutti i lotti sopraindicati) e dei Centri di Produzione Pasti (necessaria per i soli lotti 1, 3, 4, 7) che s'intendono utilizzare per l'espletamento del servizio delle caratteristiche strutturali, di lay – out e dell'indicazione dell'ubicazione, atta a garantire che il tempo di veicolazione del pasto dal centro di Produzione Pasti all'ultima sede di ristorazione non superi di norma i 40 minuti. Nel caso in cui l'impresa partecipante non disponga della struttura centro di produzione Pasti e/o centro Fornitura derrate, ma presenti un progetto da realizzare, occorre altresì

allegare parere favorevole preventivo rilasciato da ASL U.O. Igiene Alimenti e Nutrizione competente territorialmente. Nel caso in cui i Centri Produzione Pasti e Centri Forniture Derrate non siano di proprietà occorre che le imprese alleghino il contratto o l'atto di impegno che ne attesti la disponibilità a favore dell'impresa concorrente con decorrenza dalla data di assegnazione e durata corrispondente all'intero periodo contrattuale. 2) autocertificazione relativa ai centri produzione pasti attestante la potenzialità produttiva giornaliera globale in legume fresco – caldo differito e ogni altro modello operativo adottato, espressa in numero di pasti corrispondenti a turni produttivi meridiani e serali (pranzi e cene), la conformità di locali ed attrezzature impiegate alle normative vigenti in materiali edilizia, impiantistica, prevenzione incendi e sicurezza. 3) autocertificazione relativa ai Centri Fornitura derrate attestante la capacità di deposito (in superfici e volumi) a temperatura ambiente, frigoconservazione, lavorazione e confezionamento, con indicazione della capacità giornaliera di predisposizione di pasti a crudo, nonché la conformità di locali ed attrezzature impiegate alle normative vigenti in materia di edilizia, impiantistica, prevenzione incendi e sicurezza. L'assenza o l'inadeguatezza di tali dichiarazioni/documenti determineranno l'esclusione dalla gara”.

Come si evince chiaramente dal testo riportato relativamente al lotto n. 1, quello per cui è causa, oltre alla dichiarazione attestante la disponibilità del Centro Produzione Pasti e del Centro Fornitura Derrate le imprese partecipanti dovevano altresì produrre due autocertificazioni distinte, l'una relativa al centro produzione pasti, l'altra relativa al centro fornitura derrate, in cui si specificava quanto richiesto distintamente per ciascuno di essi.

In particolare per il centro produzione pasti veniva richiesto di autocertificare la potenzialità produttiva giornaliera globale in legume fresco – caldo differito e ogni altro modello operativo adottato, espressa in numero di pasti corrispondenti a turni produttivi meridiani e serali (pranzi e cene), la conformità di locali ed attrezzature impiegate alle normative vigenti in materiali edilizia, impiantistica, prevenzione incendi e sicurezza.

Per il centro fornitura derrate veniva invece richiesto di autocertificare la capacità di deposito (in superfici e volumi) a temperatura ambiente, frigoconservazione, lavorazione e confezionamento, con indicazione della capacità giornaliera di predisposizione di pasti a crudo, nonché la conformità di locali ed attrezzature impiegate alle normative vigenti in materia di edilizia, impiantistica, prevenzione incendi e sicurezza.

Veniva, infine, ribadito, che l'assenza o l'inadeguatezza di tali dichiarazioni avrebbe determinato l'esclusione dalla gara.

Orbene a fronte di tale inequivoca disciplina di gara la aggiudicataria ha prodotto la dichiarazione che di seguito si trascrive.

“ATTESTA 1) la disponibilità di futuro Centro di Cottura produzione pasti e fornitura derrate e dei Centri di produzione pasti, del quale si allega parere favorevole preventivo rilasciato dall'ASL. U.O. Igiene degli Alimenti e della Nutrizione di Genova (n. 79943 del 16 maggio 2005) che s'intende utilizzare per l'espletamento del servizio, si allega lay – out e comprensivo dell'ubicazione sita in Via Carlo Canepa n. 7 rosso, Genova. La struttura è atta a garantire per il suo posizionamento il tempo di veicolazione del pasto all'ultima sede di ristorazione non superiore di norma a 40 minuti; 2) attestiamo che il centro di cottura di Via Carlo Canepa n. 7 rosso ha un potenzialità produttiva giornaliera di n. 4.500 pasti in legume fresco – caldo; per ciascun ciclo produttivo; i locali e le attrezzature impiegate sono conformi alle normative vigenti in materia di edilizia, impiantistica, prevenzione incendi e sicurezza. 3) Il centro cottura ha una superficie di mq. 1.354, 31, ed un volume lordo di circa 8,900 mc. (altezza totale 5,4 metri) per i locali temperatura ambiente, frigoconservazione, lavorazione e confezionamento, con indicazione della capacità giornaliera di predisposizione di pasti a crudo, nonché

la conformità di locali ed attrezzature impiegate alle normative vigenti in materia di edilizia, impiantistica, prevenzione incendi e sicurezza.”

Come è agevole rilevare la autocertificazione è insufficiente in quanto nella stessa non risulta specificata la capacità giornaliera di predisposizione di pasti a crudo, né l'indicazione di tale capacità risulta dalla planimetria (lay – out) allegata all'autocertificazione stessa.

In particolare, essendo intenzione della aggiudicataria di utilizzare un'unica struttura per la duplice funzione di centro produzione pasti e centro fornitura derrate non era sufficiente, come invece è stato fatto, la sola indicazione della capacità produttiva giornaliera di pasti in legume fresco - caldo (che era richiesta per il centro produzione pasti) ma sarebbe stato necessario specificare la capacità produttiva di pasti a crudo, essendo smentita dalla stessa disciplina di gara (che richiede due distinte indicazioni) l'equipollenza tra pasto in legume fresco – caldo differito e pasto a crudo, non potendo, peraltro, adattarsi la disciplina di gara alle diverse organizzazioni aziendali di ciascuna concorrente.

Ne consegue che per effetto della applicazione della disciplina di gara l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa immediatamente alla prima seduta della Commissione.

Sul punto la giurisprudenza è pacifica.

Si afferma, infatti, che nel caso in cui il bando di gara commina espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (si cfr. ex multis C.S., sez. V 23 marzo 2004 n. 1551, sez. V 23 gennaio 2003 n. 357).

La Commissione invece nella seduta 20 luglio 2005, sull'erroneo presupposto che la dichiarazione non fosse insufficiente ed incompleta ma soltanto non sufficientemente dettagliata ha deciso di ammettere la aggiudicataria alla gara, ritenendo “necessario, effettuare un approfondimento della documentazione presentata eventualmente ricorrendo, ove necessario, all'esame della documentazione tecnica”.

Nel frattempo nella stessa seduta del 20 luglio 2005 la Commissione ha proceduto alla apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, nominando una sottocommissione, di cui facevano parte tutti i componenti della commissione ad eccezione di uno, per l'esame istruttorio delle stesse.

La sottocommissione ha ultimato i lavori nella seduta del 22 luglio 2005 stendendo una dettagliata scheda per ogni offerta.

Successivamente la Commissione nel suo plenum alla seduta del 25 luglio 2005 decideva di ammettere la aggiudicataria con la seguente motivazione: “La Commissione, valutata la documentazione amministrativa prodotta corredata da planimetria ed esaustiva relazione sulle caratteristiche tecniche del centro di produzione pasti e fornitura derrate messo a disposizione, ritiene di ammettere la BETA ristorazione s.p.a.. L'azienda, infatti, dichiara una “potenzialità produttiva di n. 4500 pasti in legume fresco caldo per ciascun ciclo produttivo”. La Commissione ritiene la stessa di essere in grado di provvedere all'esecuzione di servizi e forniture per n. 1700 pasti a crudo e n. 2007 pasti veicolati corrispondenti alla quantità massima di servizio richiesto dal Comune. La planimetria allegata documenta adeguatamente la capacità produttiva dichiarata”.

Quindi la Commissione ha inteso superare il difetto della autocertificazione dell'aggiudicataria facendo riferimento non solo alla planimetria allegata alla autocertificazione ma anche alla relazione tecnica allegata all'offerta tecnica prodotta in sede di gara dall'aggiudicataria.

Non risulta, infatti, che alla autocertificazione della aggiudicataria sia stata allegata alcuna relazione tecnica.

Tale modus operandi, che viene giustificato sul presupposto di una prevalenza della sostanza sulla forma non appare condivisibile. Infatti a fronte dell'inadempimento (non già dichiarazione sintetica ma dichiarazione insufficiente), di una clausola di capitolato prevista a pena di esclusione l'Amministrazione invece di procedere all'esclusione ha reperito anche altri documenti diversi dalla autocertificazione come la relazione annessa all'offerta tecnica ed ha valutato dagli stessi la idoneità della autocertificazione.

Tale modus procedendi è illegittimo.

È stato, infatti, ritenuto che in sede di gara d'appalto, la relazione tecnica richiesta fra i documenti da produrre a corredo dell'offerta rileva solo al fine di acquisire opportune informazioni circa le modalità con le quali ciascun concorrente organizzerebbe il servizio, preconstituendosi anche elementi utili nella verifica eventuale di sostenibilità o anomalia dell'offerta (C.S. sez. VI, 15 marzo 2004 n. 1332).

Ed inoltre si è affermato che nel caso in cui la lettera d'invito ad una gara d'appalto contenga espressa clausola di esclusione per incompletezza o irregolarità di qualcuno dei documenti richiesti, è legittima l'esclusione dell'impresa la cui documentazione sia incompleta, non essendo rilevante che la prescrizione non risponda ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione o che l'omissione possa essere colmata con altri dati forniti in sede di offerta, giacché un accertamento in tal senso implicherebbe un'indebita sostituzione del giudice amministrativo nella definizione della disciplina della gara e si tradurrebbe in una disapplicazione, altrettanto indebita, di atti aventi il crisma dell'autorità (C. S. sez. VI, 12 dicembre 2000 n. 6583, in Cons. Stato 2000, I, 2643 TAR Piemonte, 5 gennaio 2004, n. 3).

Né, peraltro, tale modo di procedere appare giustificato dalla previsione dell'obbligatorietà del sopralluogo ovvero dalla circostanza che la disciplina di gara imponesse, a pena di esclusione, la produzione di un progetto tecnico.

Sotto il primo profilo, il sopralluogo ha la finalità di verificare la veridicità di quanto affermato dalle concorrenti nelle dichiarazioni non certamente la finalità di sanare eventuali dichiarazioni incomplete.

Sotto il secondo profilo, la obbligatorietà del progetto risponde alla finalità di consentire la valutazione delle offerte tecniche non certamente quella di consentire una integrazione della documentazione prescritta a pena di esclusione, ove la stessa non sia stata correttamente redatta. Ne consegue l'illegittimità degli atti impugnati che dovranno essere annullati.

Devono essere, a questo punto, chiariti gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato con l'aggiudicataria.

A tal riguardo il Collegio osserva che la questione ha dato adito alle tesi più diverse, inducendo anche alla rimessione della questione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (C.di S. sez VI, 21 maggio 2004 n. 3355).

Il Collegio condivide la tesi - nettamente prevalente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, e già accolta di recente dalla sezione (TAR Liguria, sez. II, 23 giugno 2005 n. 940) - che configura la sorte del contratto in termini di caducazione automatica degli effetti o inefficacia sopravvenuta, variamente

motivata con il venir meno di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto (Cons. di St., VI. 5.5.2003, n. 2332), con la mancanza del requisito della legittimazione a contrarre (Cons. di St., IV. 27.10.2003, n. 6666; id., VI, 30.5.2003, n. 2992) o con il sopravvenire di una ragione di inefficacia successiva (Cons. di St., V. 28.5.2004, n. 3465).

Il previo esperimento della fase di evidenza pubblica opera infatti, in forza della normativa applicabile (art. 20 comma 2 L. 109/1994) e dell'autovincolo derivante dalla *lex specialis* di gara, secondo un rapporto di presupposizione, assumendo la fisionomia propria di una condizione legale di efficacia del contratto, di talché l'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia (Cons. di St., VI, n. 2332/03 cit.).

Per la parte del servizio ancora da eseguire, il contratto scadrà il 31 agosto 2008, l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la conseguente inefficacia del contratto consente il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'affidamento del servizio alla ricorrente.

Per quanto invece riguarda la parte del servizio già eseguita il risarcimento non potrà che avvenire per equivalente, donde la necessità di esame della domanda risarcitoria, conseguente all'accertata illegittimità della mancata esclusione della controinteressata e della conseguente aggiudicazione dell'appalto a quest'ultima.

Nel caso di specie sussistono tutti i presupposti per il riconoscimento della responsabilità della stazione appaltante.

Infatti, chiarito che il Collegio ritiene sussumibile la responsabilità della p.a. nello schema della responsabilità aquiliana (C.S. sez. VI 23 giugno 2006 n. 3981, sez. IV 6 luglio 2004 n. 5012, sez. VI 10 agosto 2004 n. 5500), deve evidenziarsi come, sotto il profilo oggettivo, la mancata aggiudicazione derivi causalmente dall'illegittimità accertata; la ricorrente, infatti, era l'unica offerente rimasta in gara ed era prevista l'aggiudicazione anche nel caso di unica offerta valida (si cfr. deliberazione G.C. 17 marzo 2005 n. 233/2005 punto n. 8) secondo capoverso richiamata dalla deliberazione G.C. 7 luglio 2005 n. 621 al punto n. 4 e lettera di invito allegata alla delibera stessa).

Relativamente all'elemento soggettivo, non è possibile desumere automaticamente la sussistenza della colpa della p.a. dall'illegittimità del provvedimento posto in essere, non essendo in *subiecta materia* configurabile una generalizzata presunzione di colpa dell'amministrazione in presenza di un atto amministrativo illegittimo.

Nel caso di specie, sussiste, tuttavia, anche l'elemento soggettivo dell'illecito.

Infatti, il ricorrente, nella parte impugnatoria del ricorso a cui peraltro rinvia in sede di domanda risarcitoria, ha dedotto che, a fronte di una attività vincolata, in presenza di una causa di esclusione imposta dal capitolato di gara con una previsione dal tenore letterale non ambiguo, l'amministrazione ha, nondimeno, con inescusabile negligenza, ammesso alla competizione la controinteressata, operando altresì una inammissibile eterointegrazione della richiesta autocertificazione.

Non pare, quindi, residuare alcun dubbio sulla sussistenza di un comportamento colposo della p.a. in quanto non rispettoso delle regole di correttezza e par condicio.

La quantificazione del danno impone, in via preliminare, di rilevare come la ricorrente non abbia in alcun modo documentato il pregiudizio subito per effetto della mancata aggiudicazione, limitandosi genericamente a richiedere il risarcimento del danno, principalmente in forma specifica, subordinatamente per equivalente.

E' noto come il risarcimento del lucro cessante da mancata aggiudicazione sia stato quantificato mediante l'applicazione analogica delle norme (art 345 l. 20.3.1865 n. 2248 all. F, art. 122 comma 1 d.p.r 21.12.1999 n. 554, 37 – septies l. 11.2.1994 n. 109, oggi art. 134 e 158 d.lgs. 12.4.2006 n. 163) che prevedono un indennizzo in favore dell'impresa ove la stazione appaltante receda dal contratto. L'impresa illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione dell'appalto ha, così, diritto ad un risarcimento da quantificarsi nella misura del 10 per cento del valore dell'offerta presentata (C.S. sez. V 8 gennaio 2002 n. 1000, C.S. sez. V 8 luglio 2002 n. 3796), ovvero secondo altri pari al 10 per cento dei quattro quinti del valore della stessa.

Altro orientamento invece ritiene che l'utile di impresa normalmente quantificabile nel dieci per cento del prezzo offerto potrebbe essere riconosciuto spettante nella sua interezza se e in quanto l'impresa possa documentare di non avere potuto utilizzare mezzi e maestranze lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile al cinque per cento (C.S. sez. V 24 ottobre 2002 n. 5860, 18.novembre 2002 n. 6393, sez. IV 23 ottobre 2003 n. 6666, 15 febbraio 2005 n. 478 sez. VI 9 novembre 2006 n. 6607, di particolare interesse in quanto riduce la quantificazione del danno di un terzo invece che della metà, sez. VI 9 marzo 2007 n. 1114).

Sul punto il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale che ormai si sta imponendo come maggioritario, che appare condivisibile quante volte l'impresa non si attivi in alcun modo per dimostrare in concreto l'entità del pregiudizio effettivamente derivato dalla mancata aggiudicazione.

Non pare condivisibile, infatti, che l'inerzia di una parte possa determinare un suo arricchimento.

Ne consegue che alla ricorrente spetterà un risarcimento per equivalente pari al 5 per cento della propria offerta limitatamente al periodo di mancata aggiudicazione dell'appalto.

Deve, pertanto, essere disposta la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno, per equivalente, nella misura così determinata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente al risarcimento del danno secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna le parti resistenti, in solido tra loro, al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 6000, 00 (seimila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 25/10/2007 con l'intervento dei signori:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Paolo Peruggia, Consigliere

Luca Morbelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2007

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

IL DIRIGENTE