

**REPUBBLICA ITALIANA**

N.2962/04REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 5273 REG.RIC.

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

ANNO 2003

**DECISIONE**

sul ricorso in appello proposto dalla società a responsabilità  
limitata PUBBLICITÀ SAIPE, con sede in Crotone, in persona  
del presidente Antonio Mastrofilippo, difesa dagli avvocati Anna  
Bandiera e Roberto Colagrande e domiciliata presso il secondo in  
Roma, via Giovanni Paisiello 55, presso lo studio dell'avvocato  
F. G. Scoca;

contro

il comune di AGRATE BRIANZA, costituitosi in giudizio in  
persona del sindaco Adriano Poletti, entrambi rappresentati e  
difesi dagli avvocati Carolina Valensise e Francesco Pintucci e  
domiciliati presso il primo in Roma, via Monte delle Gioie 13;

e nei confronti

della società a responsabilità limitata APEL, con sede in Viadana,  
non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza 6 febbraio 2003 n. 201, con la quale il tribunale  
amministrativo regionale per la Lombardia, terza Sezione, ha  
annullato l'aggiudicazione alla società Apel, disposta dal comune  
di Agrate Brianza con provvedimento 14 giugno 2002 n. 410 di

approvazione delle operazioni di gara, dell'appalto per la fornitura e la posa in opera di impianti per le affissioni pubblicitari, comunali e funebri e per la manutenzione degli impianti esistenti.

Visto il ricorso in appello, notificato il 10 e depositato il 13 giugno 2003;

visto il controricorso del comune di Agrate Brianza, depositato il 19 dicembre 2003:

vista la memoria difensiva prodotta dall'appellante il 9 gennaio 2004;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 20 gennaio 2004, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Colagrande e Valensise;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

Il comune di Agrate Brianza con lettera d'invito ha indetto la licitazione privata sopra indicata (che in atti viene chiamata "trattativa privata"), con base d'asta di 53.590 euro, per l'appalto di fornitura e posa in opera di impianti per affissioni, pubblicitarie, funebri e comunali, e per la manutenzione degli impianti esistenti. Nella graduatoria finale, redatta in base ai punteggi attribuiti per gli elementi di valutazione prefissati, si sono collocate prima la società Apel, con centonovanta punti su

duecentocinquanta, e seconda Pubblicità SAIPE (d'ora in poi: Saipe), con centottanta punti, seguite da un terzo concorrente; sicché l'appalto è stato aggiudicato ad Apel. Durante le operazioni di gara la commissione giudicatrice aveva esaminato dapprima le offerte economiche, e poi la documentazione attinente agli altri due elementi di valutazione, ossia alle qualità estetiche e funzionali degli impianti e alla capacità tecnica; inoltre aveva ammesso Apel benché essa avesse presentato due offerte alternative.

Saipe con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Lombardia notificato il 5 luglio 2002 ha impugnato l'aggiudicazione deducendone l'illegittimità per i motivi anzidetti; più precisamente, ha dedotto in via principale la doglianza relativa alla presentazione di offerte plurime da parte di Apel (primo motivo), e in via subordinata quella relativa all'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche (secondo motivo). Ha chiesto il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione a sé, ove non fosse stata disposta la sospensione cautelare dell'aggiudicazione impugnata.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha annullato l'aggiudicazione, giudicando sussistenti ambo i vizi lamentati dalla ricorrente. Ha invece respinto la domanda di risarcimento dei danni, dopo aver dato atto che l'appalto era stato ormai eseguito da Apel, con la

motivazione che da una parte il danno non era dimostrato, e dall'altra la ricorrente, pur autrice del massimo ribasso economico, era soccombente nella gara «per la ritenuta inadeguatezza dell'elemento estetico proposto ... che avrebbe con ogni probabilità indotto l'Amministrazione a non aggiudicare in caso di esclusione della controinteressata».

Saipe appella, censurando il capo della sentenza che le ha negato il risarcimento del danno. Dopo ampie argomentazioni circa la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno, e rilevato che la quantificazione ne è impossibile, ne chiede la liquidazione nella misura presuntiva del dieci per cento, ossia dell'utile d'impresa indicato dall'articolo 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F sui lavori pubblici, ovvero dall'articolo 37 della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

## DIRITTO

Il Collegio rileva che la ricorrente Saipe aveva dedotto in via principale un motivo che avrebbe comportato l'esclusione della società Apel dalla gara e l'aggiudicazione a sé, e in via subordinata un motivo che avrebbe comportato l'annullamento di tutta la gara, e che il giudice di primo grado li ha giudicati entrambi fondati; laddove, giudicando fondato il primo che era maggiormente satisfattivo per la ricorrente, il tribunale amministrativo regionale avrebbe dovuto assorbire l'esame del

secondo motivo, subordinato. In ogni caso l'accoglimento del primo motivo, per sua natura assorbente rispetto al secondo oltrech  dedotto in via principale, comportava l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente, seconda classificata nella graduatoria, senza necessit  di ripetere le operazioni di gara. Il Collegio non pu  quindi condividere la motivazione con cui il giudice di primo grado ha negato il risarcimento del danno, cio  la prognosi di probabile esclusione della ricorrente (per asserite insufficienze estetiche della fornitura), nell'ipotetica fase di rifacimento delle valutazioni di gara. Deve invece riconoscersi il diritto al risarcimento per illegittima ammissione in gara di Apel, e conseguente mancata aggiudicazione all'appellante Saipe. Sussistono infatti tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno; in particolare, il carattere colposo dell'ammissione in gara di Apel, avvenuta in violazione di un principio basilare in materia di gare per l'aggiudicazione di contratti con pubbliche amministrazioni qual   quello dell'inammissibilit  delle offerte plurime, e il danno economico, tale essendo, per un'impresa, la mancata aggiudicazione di un contratto d'appalto. Tale danno, che non pu  essere provato nel suo preciso ammontare, va determinato in via equitativa nel dieci per cento del corrispettivo contenuto nell'offerta dell'appellante, con riferimento al criterio offerto dagli articoli 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F sui lavori pubblici, che fissa nella

decima parte del valore le opere non eseguite il corrispettivo a carico dell'amministrazione per il recesso anticipato dal contratto, e 37-setpimes della legge 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'articolo 11 della legge 18 novembre 1998 n. 415, che fissa nella stessa misura l' "indennizzo a titolo di risarcimento per mancato guadagno" nel caso di risoluzione del rapporto di concessione di opera pubblica per inadempimento del concedente.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in € 2000 per ciascun grado di giudizio.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, condanna il comune di Agrate Brianza al risarcimento dei danni alla società appellante, con il criterio specificato in motivazione. Condanna inoltre il comune di Agrate Brianza al pagamento delle spese processuali, liquidate in quattromila euro, a favore dell'appellante.

Ordina al comune di Agrate Brianza di dare esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma il 20 gennaio 2004 dal collegio costituito dai signori:

Emidio Frascione

presidente

Raffaele Carboni

componente, estensore

Paolo Buonvino	componente
Cesare Lamberti	componente
Aldo Fera	componente

L'ESTENSORE

f.to Raffaele Carboni

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 11 maggio 2004**

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

***IL DIRIGENTE***

***f.to Antonio Natale***