

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29729-il-risarcimento-per-equivalente-ha-una-funzione-residuale-e-sussidiaria-potendo-essere-disposto-solo-quando-non-sia-pi-possibile-l-esecuzione-del-contratto>

Autore: Lazzini Sonia

**Il risarcimento per equivalente ha una funzione residuale e sussidiaria, potendo essere disposto solo quando non sia più possibile l'esecuzione del contratto**

**Tar Puglia, Lecce, 12.06.2010 n. 1393**

***Il risarcimento per equivalente ha una funzione residuale e sussidiaria, potendo essere disposto solo quando non sia più possibile l'esecuzione del contratto***

Quanto al quantum risarcitorio, la giurisprudenza ha individuato in via equitativa, ex art. 1226 c.c., un riferimento positivo prima nell'art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, e poi nell'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, laddove si quantifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'Amministrazione, nella determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici

dovendo il risarcimento per equivalente assicurare il ristoro del danno subito a causa dell'illegittima aggiudicazione disposta in favore di altro soggetto, lo stesso non può tenere conto (secondo l'espressa richiesta dei ricorrenti) solo del presunto mancato guadagno ma anche della mancata qualificazione professionale subita (sia per quanto riguarda il nocumento subito dal curriculum vitae, sia per quanto attiene alla mancata crescita professionale)

Il ricorrente inoltre avanza istanza risarcitoria in via principale in forma specifica o, comunque, per equivalente monetario e, subordinatamente il risarcimento del danno per perdita di chance.

Tuttavia deve rilevarsi l'impossibilità dell'accoglimento della richiesta di risarcimento in forma specifica atteso che lo stesso ricorrente ha affermato che l'aggiudicatario ha consegnato in data 29.10.2009 gli elaborati progettuali (vedasi memoria conclusionale), sicchè il contratto ha già avuto esecuzione. Nè si può ritenere che le imprecisioni e le incompletezze denunciate dal ricorrente, se esistenti, concretino la non esecuzione del contratto, si da rendere possibile l'esecuzione della prestazione e quindi la reintegrazione in forma specifica.

Deve pertanto farsi applicazione di quanto stabilito nell'art.12 del d.legs.53/2010, nel quale si afferma che "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile".

Quanto alla possibilità per il ricorrente di conseguire l'incarico, occorre valutare a mezzo di un giudizio prognostico, da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta di parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole (cfr., ex multis, Cass. Civ., sez. I, 8 febbraio 2007 n. 277).

La prevalenza delle competenze professionali del RTP ricorrente rispetto agli altri due partecipanti ammessi all'ultimo giudizio comparativo – in tutto quattro, compreso il RTP aggiudicatario, dato che le competenze professionali dell'ATP Cuoccio Pagone Rienzo e di Project engineering s.r.l. sono state ritenute inferiori – non è stata oggetto di valutazione, né può esserlo da parte di questo giudice; il vuoto valutativo fra la pretesa all'ottenimento dell'incarico da parte dei ricorrenti e la finalizzazione del procedimento non può, tuttavia, risolversi (per l'inutilità della verifica della fase del procedimento non effettuata dall'amministrazione e quindi con la valutazione comparativa dei tre pretendenti, inutilità dovuta all'intervenuta esecuzione del contratto) in danno dei ricorrenti, che possono vedere soddisfatta la loro pretesa risarcitoria con la tecnica delle chances.

Quanto al quantum risarcitorio, la giurisprudenza ha individuato in via equitativa, ex art. 1226 c.c., un riferimento positivo prima nell'art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, e poi nell'art. 122 del

D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, laddove si quantifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'Amministrazione, nella determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012).

L'art. 134 del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), riprendendo le disposizioni citate, prevede che “ La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.”

Tale quantificazione, inconciliabile per la sua limitatezza con la natura ed il contenuto economico di un incarico professionale, ben può essere applicata, in via equitativa, anche nel caso di specie, avuto riguardo sia alle chances dei ricorrenti, quali componenti del costituendo RTP “ACQUA”, di aggiudicarsi la gara alla luce della partecipazione all'ultima comparazione di altri due concorrenti, sia al fatto che lo stesso ricorrente ha richiesto, in caso di mancato accoglimento dell'istanza risarcitoria in forma specifica, che il risarcimento per equivalente venga quantificato nella misura del 10% dell'importo messo a base di gara, con la conseguenza che il risarcimento per equivalente spettante al ricorrente dovrà essere quantificato, in via equitativa, nella misura del 10% dell'importo posto a base di gara dei servizi da affidare (euro 65.000,00 oltre IVA e CNPAIA) depurato dal ribasso dallo stesso formulato.

Pertanto, dovendo il risarcimento per equivalente assicurare il ristoro del danno subito a causa dell'illegittima aggiudicazione disposta in favore di altro soggetto, lo stesso non può tenere conto (secondo l'espressa richiesta dei ricorrenti) solo del presunto mancato guadagno ma anche della mancata qualificazione professionale subita (sia per quanto riguarda il documento subito dal curriculum vitae, sia per quanto attiene alla mancata crescita professionale) a causa del mancato affidamento dell'incarico in questione; tale danno il Collegio ritiene di dover quantificare in via equitativa nell'ulteriore misura del 5% dell'importo a base di gara citato, depurato dal ribasso formulato..

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1393 del 12 giugno 2010 pronunciata dal Tar Puglia, Lecce

**N. 01393/2010 REG.SEN.**

**N. 01934/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Terza**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1934 del 2009, proposto da: Giovanni D'Ricorrente, Roberto Ricorrente due, Giuseppe Ricorrente tre, Antonio Ricorrente quattro, quali componenti del costituendo raggruppamento ACQUA, rappresentati e difesi dall'avv. Emanuele D'Amico, con domicilio eletto presso Emanuele D'Amico in Lecce, via Augusto Imperatore 16;

#### ***contro***

Comune di Cavallino, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9; Regione Puglia;

#### ***nei confronti di***

Bernardo Controinteressato, rappresentato e difeso dall'avv. Ornella Pendino, con domicilio eletto presso Alfredo Caggiula in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

#### ***per l'annullamento***

della determinazione n. 343 del R.U.P. - Responsabile del Servizio del Comune di Cavallino, pubblicata all'Albo Pretorio il 28.10.2009 e recante l'approvazione dei verbali delle operazioni di gara 17.9.2009 e 22.10.2009, nonchè di tutti gli atti e i provvedimenti successivi, connessi, collegati e/o consequenziali, tra cui la delibera G.C. n. 387 del 29.10.2009, recante l'approvazione degli elaborati progettuali in pari data prodotti dall'aggiudicatario;

per quanto di interesse, degli atti inditivi di gara, tra cui l'Avviso Pubblico 4.9.2009, la delibera G.C. di Cavallino n. 310 del 3.9.2009 e la determinazione del Responsabile del Servizio n. 320 del 4.9.2009, la delibera G.C. di Cavallino n. 96 del 16.3.2009, la determinazione del Responsabile del Servizio n. 137 del 9.4.2009, la delibera di G.C. n. 20 del 20.8.2009;

dell'atto della Regione Puglia, ove fosse intervenuto, di validazione/approvazione dei predetti elaborati progettuali prodotti dall'RTP Ing. Controinteressato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bernardo Controinteressato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Bernardo Controinteressato, ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2010 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti gli avv.ti D'Amico, Sticchi Damiani, Caggiula in sostituzione dell'avv. Pendino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

I ricorrenti hanno partecipato alla gara per l'affidamento della “progettazione definitiva 1° stralcio e progetto della sicurezza” finalizzata allo “ammodernamento e rifunzionalizzazione delle infrastrutture esistenti e completamento dell'area PIP di Cavallino(importo presunto del progetto Euro 2.000.000,00) avente ad oggetto il “potenziamento dell'impianto di smaltimento dell'acqua piovana esistente e realizzazione dell'impianto di videosorveglianza”.

Con il verbale del 17.9.2009 il RUP ricorrente è stato ammesso alla gara e la Commissione, avendo riscontrato, quanto all'offerta economica, un ribasso identico da parte di tutti i concorrenti, ha stabilito di procedere in seduta riservata alla valutazione dei curricula dei partecipanti.

Con successivo verbale del 22.10.2009 la gara è stata affidata in base al seguente criterio : “ a parità di competenze professionali nell'ambito dei lavori della stessa

classe di appartenenza dell'opera da progettare, è necessario prendere in esame altri e diversi elementi per l'affidamento dell'incarico ed in particolare : l'esecuzione di progettazione nell'ambito del dimensionamento di impianti di depurazione e smaltimento acque piovane",concludendo nel senso che il "RTP Ing. Bernardo Controinteressato in associazione con l'ing. Bruno Corigliano e l'Arch. Maria Rosaria Ciao,han(n)o una spcifica competenza professionale per aver redatto i calcoli di dimensionamento biologico dell'impianto di depurazione a servizio di un'area PIP"

Avverso i suindicati atti è insorto il ricorrente, deducendo i seguenti motivi di gravame:

1) Violazione della lex specialis di gara, del principio di affidamento e di par condicio dei concorrenti. Violazione degli artt. 11 commi V e VIII e 12 del d.legs. n.163/06. Violazione dei principi di derivazione costituzionale che presiedono all'azione amministrativa ed al giusto procedimento, quali quelli di legalità, trasparenza, imparzialità e buon andamento. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti,errore sui presupposti;contraddittorietà, illogicità, irrazionalità; difetto assoluto di istruttoria e di motivazione.

Secondo il ricorrente, il RTP Ing. Controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara non essendovi alcuna certezza sull'ora di ricevimento del plico, contenente la domanda di ammissione e la relativa documentazione, fissata dal bando alle ore 12 del 14.9.09.

Inoltre, l'atto di aggiudicazione della gara non offre alcuna contezza dell'iter logico seguito, non esprimendo la minima valutazione, tantomeno comparativa .

Peraltro il criterio enunciato dal RUP per la prima volta nel verbale del 22.10.09 e posto a base dell'aggiudicazione sarebbe gravemente perplesso ed inconferente con le opere cui afferisce il progetto messo a gara e, comunque, la stazione appaltante ha disatteso clamorosamente la prescrizione di cui alla lettera c) della lex

specialis secondo cui l'esperienza e/o la formazione del concorrente deve essere "maturata nella progettazione e direzione dei lavori" mentre il RTP aggiudicatario non ha curato né la progettazione, né la direzione dei lavori delle opere inerenti lo smaltimento delle acque piovane..

2) Violazione degli artt. 11, 12, 79, 93, 97 e 132 del d.legs. 163/06. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 8, 15, 16, 17, da 25 a 34, 134 del DPR 554/99. Violazione e/o falsa applicazione delle norme di cui al d.legs. 81/2008, al d.legs. 106/2009 ed al D.M. 14.1.2008. Violazione dei principi comunitari in tema di procedure di appalto e tutela della concorrenza. Violazione dei principi di derivazione costituzionale che presiedono all'azione amministrativa ed al giusto procedimento, quali quelli di legalità, trasparenza, imparzialità e buon andamento. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti, errore sui presupposti; difetto assoluto di istruttoria e di motivazione; contraddittorietà, illogicità, irrazionalità.

Il giorno successivo alla formazione del verbale delle operazioni di gara le parti hanno sottoscritto il contratto in violazione della lex specialis, che prevede la previa pubblicazione all'albo pretorio della determina di aggiudicazione definitiva, nonché del combinato disposto degli artt. 1 commi X e 79 comma V lett. a del d.legs. n. 163/06, secondo cui il contratto non può stipularsi prima di trenta giorni dalla comunicazione ai concorrenti ammessi alla gara dell'avvenuta aggiudicazione. Inoltre, sempre a dire del ricorrente, gli elaborati progettuali prodotti dall'aggiudicatario non potrebbero mai essere considerati un progetto definitivo, non risultando possibile individuare le caratteristiche tecniche ed economiche dell'opera da realizzare risultando del tutto mancanti della relazione geotecnica, del disciplinare descrittivo prestazionale degli elementi tecnici, del piano particellare di esproprio, dei profili planoaltimetrici, dell'analisi prezzi ed, infine, gli elaborati risulterebbero inidonei e/o non conformi alla normativa vigente.

Con rispettivi atti depositati in giudizio in data 13 gennaio 2010 si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Cavallino, sia il controinteressato insistendo per la reiezione del ricorso.

Il controinteressato ing. Controinteressato ha altresì proposto in data 14.1.2010 ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara del RTP ricorrente.

Nella pubblica udienza del 22 aprile 2010 la causa è stata introitata per la decisione.

## DIRITTO

Deve, in primo luogo, essere esaminato il ricorso incidentale con il quale l'ing. Bernardo Controinteressato deduce la illegittimità dell'ammissione alla gara del raggruppamento ricorrente.

In particolare, quanto alla rilevata assenza di incarichi relativi ad impianti di trattamento dei reflui in favore dell'ing. Ricorrente tre (componente del RTP ricorrente), oltre alla circostanza che gli stessi sarebbero stati affidati dalla Società Acquedotto Lucano spa alla SPA Acquedotto Lucano Progettazioni srl, articolazione della prima, con la quale il professionista sarebbe in rapporto di dipendenza, basti rilevare che l'incarico a base di gara attiene al "potenziamento dell'impianto di smaltimento acqua piovana esistente e realizzazione impianto di video-sorveglianza nell'area PIP comunale".

Peraltro, il bando di gara ha richiesto di documentare "i principali incarichi di progettazione svolti nei dieci anni precedenti la pubblicazione inerenti le categorie delle opere da progettare o dirigere (opere idrauliche – fognature - reti idriche impianti depurativi-recapiti finali)", indicando una ampia gamma di opere idrauliche e non richiedendo che i relativi incarichi siano stati svolti in regime di attività professionale autonoma.

Del tutto irrilevante è, inoltre, che l'ing. D'Ricorrente e l'ing. Ricorrente due vantino, oltre ad incarichi attinenti l'opera in questione, anche incarichi di opere



non attinenti l'oggetto dell'appalto attesa la piena documentazione dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Infine, il bando di gara richiedeva la presenza di un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione sicchè il fatto che l'ing. Ricorrente quattro (componente del RTP ricorrente) non abbia indicato incarichi nel suo curriculum risulta ampiamente giustificato dal possesso, da parte dell'ing. Ricorrente quattro, della indicata qualità.

Può ora passarsi ad esaminare il ricorso principale.

Il primo motivo di ricorso, con il quale il ricorrente deduce la illegittimità della ammissione alla gara dell'offerta del RTP Controinteressato per incertezza dell'ora del ricevimento del plico contenente l'offerta formulata dal medesimo, è infondato.

Invero, a seguito di istruttoria esperita dalla Sezione, è emerso che "il timbro manuale, con annotazione dell'ora di arrivo, presente su alcuni plichi è stato apposto al momento della consegna a mani degli stessi all'ufficio protocollo del Comune, per dare certezza alla persone che hanno presentato i plichi dell'avvenuto deposito. Tale operazione è stata seguita immediatamente dalla registrazione nel protocollo informatico, che ha generato l'etichetta adesiva con il numero di entrata, apposta anch'essa sui plichi predetti. Entrambe le operazioni, apposizione del timbro manuale e della etichetta adesiva, sono state eseguite dalla sig.ra Anna Rita Casilli, istruttore amministrativo, addetta all'Ufficio protocollo. Nei plichi consegnati per posta, invece, l'addetta al protocollo ha apposto unicamente l'etichetta adesiva".

La registrazione prevista dal bando è quella relativa all'annotazione nel registro generale, operazione che è avvenuta (con la formazione dell'etichetta adesiva) nei confronti di tutti i partecipanti.

Nella specie, è avvenuto che:

- il plico del RTP aggiudicatario è pervenuto al Comune a mezzo posta e sullo stesso risulta apposta etichetta adesiva recante numero protocollo 20090010737 del 14.9.2009, con vergatura a penna “ore 10,55”;
- il plico del ricorrente è pervenuto mediante consegna a mani con apposizione di timbro di arrivo del 14 set.2009 con vergatura a penna “ore 10,22” e sigla dell’addetto, oltre alla apposizione della etichetta adesiva recante numero di protocollo 20090010733;
- i plichi dei partecipanti RTP Massimo Tessitore ed altri e del costituendo raggruppamento Europroject risultano pervenuti alle ore 12,00( come risulta dalla vergatura a penna sul timbro di arrivo datato 14 settembre 2009) con rispettivi numeri di protocollo 20090010766 e 20090010767.

Le suindicate circostanze evidenziano che il plico dell’aggiudicatario è giunto, senza alcun’ombra di dubbio, presso l’Ufficio Comunale, conformemente alle prescrizioni della lex specialis, entro le ore 12,00, risultando lo stesso possedere un numero di protocollo vicino a quello dell’aggiudicatario ( con una differenza di soli quattro numeri di protocollo) ed antecedente a quello dei partecipanti Tessitore ed Europroject, le cui offerte sono pervenute alle ore 12,00.

Del resto, il bando di gara consentiva l’invio della domanda sia a mezzo del servizio postale, sia mediante consegna diretta al Comune, sicchè entrambe le formalità di trasmissione risultano esplicitamente ammesse.

In conclusione tutte le domande sono state registrate con le modalità espressamente previste dal bando;da tali modalità risulta che l’offerta del raggruppamento aggiudicatario è stata presentata tempestivamente.

Il ricorso è invece fondato quanto alla dedotta illegittimità dell’aggiudicazione disposta in favore del RTP Controinteressato.

In particolare, il bando di gara avente ad oggetto “ammodernamento e rifunzionalizzazione delle infrastrutture esistenti e completamento delle

infrastrutture dell'area P.I.P. di Cavallino “ con riferimento alla “progettazione definitiva 1° stralcio e progetto della sicurezza con esclusione della relazione geologica” per un importo presunto per competenze professionali di euro 65.000,00 oltre IVA e CNPAIA” : a) descrive sommariamente l'oggetto della progettazione definita come “potenziamento dell'impianto di smaltimento acqua piovana esistente e realizzazione impianto di video sorveglianza nell'area P.I.P. comunale – 1° stralcio definitivo”,b) prevede che alla domanda dovrà essere allegato un curriculum professionale ,anche sintetico,nel quale sono indicati i principali incarichi di Progettazione svolti nei dieci anni precedenti la pubblicazione del presente avviso,inerenti le categorie di opere da progettare o dirigere (opere idrauliche – fognature – reti idriche impianti depurativi – recapiti finali) ; c) prevede, testualmente, che “qualora i professionisti invitati a presentare offerta formuleranno identico ribasso il R.U.P. procederà ad effettuare la scelta nel rispetto dei seguenti criteri principi generali:

a)di non discriminazione;

b)di proporzionalità,tra l'importo del lavoro oggetto di incarico e gli importi dei lavori svolti dal professionista, allorché curriculum di importo inferiore, sia comunque tale da garantire una corretta esecuzione della prestazione professionale specifica;

c)di formazione specifica e specialistica o esperienza professionale specifica, maturata nella progettazione e direzione lavori nell'ambito della classe di appartenenza dell'opera da progettare;

d)di rotazione;

e)di garanzia nel rispetto del principio di non subappaltabilità della prestazione intellettuale;

g) parità di trattamento.”

La commissione di gara, con verbale del 22.10..2009, rilevata la proposizione, da parte dei partecipanti ammessi, del medesimo ribasso, ha inoltre stabilito che : “ a parità di competenze professionali nell’ambito dei lavori della stessa classe di appartenenza dell’opera da progettare, è necessario prendere in esame altri e diversi elementi per l’affidamento dell’incarico ed in particolare : l’esecuzione di progettazione nell’ambito del dimensionamento di impianti di depurazione e smaltimento acque piovane” ,aggiudicando l’incarico al RTP Ing. Bernardo Controinteressato con la seguente motivazione:” accertato dalle esperienze professionali dei vari partecipanti che il RTP Ing. Bernardo Controinteressato in associazione con l’ing. Bruno Corigliano e l’arch.Maria Rosaria Ciao, hanno una specifica competenza professionale per aver redatto i calcoli di dimensionamento biologico dell’impianto di depurazione a servizio di un’area PIP”.

Il Collegio ritiene che le conclusioni cui è giunta la Commissione abbiano violato i suindicati criteri posti a dalla lex specialis .

In primo luogo, il Collegio ritiene che la valutazione di equivalenza delle competenze professionali dei partecipanti nella classe di appartenenza delle opere in questione, espressa dalla commissione per giustificare l’apposizione dell’ulteriore subcriterio, risulta palesemente viziata sotto il profilo della illogicità e dell’errore dei presupposti.

In particolare, il raggruppamento ricorrente ha dichiarato di aver eseguito n.42 prestazioni tecniche ( di cui 4 consulenze ed uno studio) inerenti l’oggetto della gara mentre il raggruppamento aggiudicatario ne ha dichiarate 37 di cui 11 consulenze.

Inoltre, con riferimento alla richiesta competenza inerente la progettazione e direzione tecnica nell’ambito della classe dei lavori da appaltare in relazione ad importi uguali o superiori a quelli relativi al progetto (Euro 2.000.000) - criteri sub c e b del bando di gara-, mentre il ricorrente ha espletato ben 16 incarichi di

importo superiore a quello indicato nella P.A., il raggruppamento aggiudicatario non ne ha espletato neppure uno di pari o superiore importo ( per gli incarichi di direzione tecnica non viene specificato l'importo).

Risulta pertanto evidente che, dal punto di vista quantitativo, non sussiste la c.d. equivalenza/parità di competenze professionali tra il ricorrente e l'aggiudicatario, risultando il primo maggiormente qualificato rispetto al secondo.

A ciò aggiungasi che, neppure l'esame delle prestazioni effettuate dalle parti del giudizio per importi di minore entità rispetto a quello posto a base della gara in questione, giustifica il giudizio di prevalenza di competenza professionale effettuato dalla Commissione in favore del RTP Controinteressato.

Difatti, anche dal punto di vista qualitativo, ossia della stretta attinenza del curriculum con l'incarico posto a base della gara in questione , il ricorrente vanta oltre ad una serie di incarichi per la realizzazione, risanamento e razionalizzazione delle reti idriche ( Acquedotto Lucano spa, Acquedotto Pugliese, varie Amministrazioni Comunali tra cui Moliterno, Aliano, ), anche incarichi relativi alla razionalizzazione delle adduttrici delle sorgenti del Mercuri, potenziamento e razionalizzazione dell'Acquedotto del Frida, variante migliorativa per l'adeguamento e l'integrazione di condotte maestre e serbatoi dell'acquedotto Basento-Camastra, realizzazione adduttrice serbatoio Alianello Nuovo-Alianello di Sotto, nonché incarichi relativi all'ampliamento e adeguamento della rete fognaria( Cancellara-PZ-, Moliterno, Rionero Vulture, Pietragalla-PZ-, Calvello -PZ- , Barile PZ, Acecerenza -PZ- Aliano -MT, ed incarichi relativi ai lavori inerenti ad impianti di depurazione( lavori di conduzione, manutenzione, controllo e custodia dell'impianto di depurazione a servizio del Comune di Sant'Arcangelo, lavori di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione a servizio dei Comuni di Sarconi, Montemurro, Moliterno, Viaggiano, Tramutola).

L'aggiudicatario invece vanta 3 incarichi di progettazione relativi a reti idriche e, quanto alla rete fognaria, lavori di rifacimento e completamento di tratti di reti fognaria dei comuni di Botricello(CZ), Albanella(SA), Vilbonati( SA), Albanella(SA), Rimini; infine, quanto agli impianti di depurazione , gli incarichi per i lavori di adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione del Comune di Vilbonati, potenziamento dell'impianto di depurazione alla frazione Policastro Bussentino-Comune di Santa Marina , Comune di Vilbonati, Albanella.

La disamina del curriculum prodotto dagli interessati consente quindi al Collegio di escludere che fra i due raggruppamenti vi fosse la c.d equivalenza curriculare rilevata dalla stazione appaltante e ciò sia sulla base di un giudizio fondato sulla proporzionalità del valore delle prestazioni precedentemente eseguite, sia sulla base della attinenza delle stesse con l'incarico da affidare.

Difatti, confrontando i rispettivi curricula in base ai criteri di cui ai punti b) e c) del bando, criteri che ,pur nella ermeticità delle locuzioni di cui alla lett. b), fanno riferimento alla esperienza professionale acquisita nelle opere della stessa classe di appartenenza dell'opera da progettare, classe di appartenenza che è individuata dallo stesso bando col riferimento alle opere idrauliche, reti idriche, fognature ecc..., appare evidente la non equivalenza degli stessi curricula e, quindi, l'erroneità del giudizio espresso dalla Commissione sul punto.

A ciò aggiungasi che il sub-criterio posto dal RUP con verbale del 22.10.2009 ( esecuzione di progettazione nell'ambito del dimensionamento di impianti di depurazione e smaltimento acque piovane ) risulta fissato successivamente all'esame dei curricula prodotti dagli interessati, sicchè lo stesso si pone in violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità che devono permeare l'agere amministrativo.

Infatti, l'art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) ha stabilito che il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, debba prevedere "i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi".

Tale scelta , come confermato dal prevalente orientamento giurisprudenziale formatosi sulla questione ( Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 settembre 2008, n. 8328), è riservata esclusivamente alla legge di gara.

Difatti, la preventiva fissazione dei criteri di valutazione delle offerte, impedisce , od almeno riduce, gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo l'imparzialità delle valutazioni con conseguente tutela della par condicio tra i concorrenti.

Il criterio da ultimo elaborato, inoltre, attribuisce rilievo ad una competenza – dimensionamento di impianti di depurazione e smaltimento acque piovane – che, pur rientrando fra quelle di riferimento in base al bando di gara ( opere idrauliche – fognature - reti idriche impianti depurativi - recapiti finali) , è estranea rispetto all'oggetto specifico della gara (che non riguarda il dimensionamento di un impianto di depurazione delle acque piovane, ma solo il potenziamento dell'impianto di smaltimento dell'acqua piovana esistente ).

Infine, l'aggiudicazione è stata disposta perché si è ritenuta prevalente “la specifica competenza professionale per aver redatto i calcoli di dimensionamento biologico dell'impianto di depurazione a servizio di un'area PIP”.

Nella specie, quindi, il subcriterio citato , in assenza di una specifica previsione nella lex specialis, risulta illegittimamente posto, tanto più che lo stesso appare attento ad una specifica competenza ( relativa alla depurazione ), estranea all'oggetto della gara; ancor più evidenziata con riferimento all'aspetto biologico nella motivazione dell'aggiudicazione.

Sostanzialmente, tale sub criterio oltre che illegittimo perchè posto successivamente all'apertura dei curricula prodotti dagli interessati e, quindi, successivamente all'esame delle competenze professionali dagli stessi vantate, risulta palesemente illogico ed irrazionale in quanto tende a privilegiare un aspetto non strettamente attinente con l'incarico da affidare (potenziamento dell'impianto di smaltimento acqua piovana esistente e realizzazione impianto video-sorveglianza) . Inoltre , tale sub-criterio risulta palesemente più limitato rispetto a quelli posti nella lex specialis ( tra i quali, fra quelli più rilevanti, il criterio di proporzionalità tra l'importo del lavoro oggetto di incarico e gli importi dei lavori svolti dal professionista, di formazione specifica e specialistica o esperienza professionale specifica, maturata nella progettazione e direzione lavori nell'ambito della classe di appartenenza dell'opera da progettare).

La acclarata illegittimità della valutazione di equivalenza espressa dalla Commissione in relazione alle competenze professionali tra la ricorrente e l'aggiudicataria rende illegittimo l'affidamento disposto nei confronti di quest'ultima.

Tali considerazioni conducono all'annullamento della aggiudicazione disposta in favore del RTP Controinteressato.

Il ricorrente inoltre avanza istanza risarcitoria in via principale in forma specifica o, comunque, per equivalente monetario e, subordinatamente il risarcimento del danno per perdita di chance.

Tuttavia deve rilevarsi l'impossibilità dell'accoglimento della richiesta di risarcimento in forma specifica atteso che lo stesso ricorrente ha affermato che l'aggiudicatario ha consegnato in data 29.10.2009 gli elaborati progettuali ( vedasi memoria conclusionale), sicchè il contratto ha già avuto esecuzione.Nè si può ritenere che le imprecisioni e le incompletezze denunciate dal ricorrente,se



esistenti, concretino la non esecuzione del contratto, si da rendere possibile l'esecuzione della prestazione e quindi la reintegrazione in forma specifica.

Deve pertanto farsi applicazione di quanto stabilito nell'art.12 del d.legs.53/2010, nel quale si afferma che “ L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile”.

Possono , inoltre, richiamarsi i principi giurisprudenziali che affermano che il risarcimento per equivalente ha una funzione residuale e sussidiaria, potendo essere disposto solo quando non sia più possibile l'esecuzione del contratto (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2003 n. 50; Id., sez. V, 6 marzo 2002 n. 1373,

Quanto alla possibilità per il ricorrente di conseguire l'incarico, occorre valutare a mezzo di un giudizio prognostico, da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta di parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole (cfr., ex multis, Cass. Civ., sez. I, 8 febbraio 2007 n. 277).

La prevalenza delle competenze professionali del RTP ricorrente rispetto agli altri due partecipanti ammessi all'ultimo giudizio comparativo – in tutto quattro, compreso il RTP aggiudicatario, dato che le competenze professionali dell'ATP Cuoccio Pagone Rienzo e di Project engineering s.r.l. sono state ritenute inferiori – non è stata oggetto di valutazione, né può esserlo da parte di questo

giudice;il vuoto valutativo fra la pretesa all'ottenimento dell'incarico da parte dei ricorrenti e la finalizzazione del procedimento non può,tuttavia,risolversi (per l'inutilità della verifica della fase del procedimento non effettuata dall'amministrazione e quindi con la valutazione comparativa del tre pretendenti,inutilità dovuta all'intervenuta esecuzione del contratto) in danno dei ricorrenti,che possono vedere soddisfatta la loro pretesa risarcitoria con la tecnica delle chances.

Quanto al quantum risarcitorio, la giurisprudenza ha individuato in via equitativa, ex art. 1226 c.c., un riferimento positivo prima nell'art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, e poi nell'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, laddove si quantifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'Amministrazione, nella determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012).

L'art. 134 del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), riprendendo le disposizioni citate, prevede che “ La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.”

Tale quantificazione,inconciliabile per la sua limitatezza con la natura ed il contenuto economico di un incarico professionale ,ben può essere applicata, in via equitativa, anche nel caso di specie, avuto riguardo sia alle chances dei ricorrenti,quali componenti del costituendo RTP “ACQUA”,di aggiudicarsi la gara

alla luce della partecipazione all'ultima comparazione di altri due concorrenti, sia al fatto che lo stesso ricorrente ha richiesto, in caso di mancato accoglimento dell'istanza risarcitoria in forma specifica, che il risarcimento per equivalente venga quantificato nella misura del 10% dell'importo messo a base di gara, con la conseguenza che il risarcimento per equivalente spettante al ricorrente dovrà essere quantificato, in via equitativa, nella misura del 10% dell'importo posto a base di gara dei servizi da affidare (euro 65.000,00 oltre IVA e CNPAIA) depurato dal ribasso dallo stesso formulato.

Peraltro, dovendo il risarcimento per equivalente assicurare il ristoro del danno subito a causa dell'illegittima aggiudicazione disposta in favore di altro soggetto, lo stesso non può tenere conto (secondo l'espressa richiesta dei ricorrenti) solo del presunto mancato guadagno ma anche della mancata qualificazione professionale subita (sia per quanto riguarda il documento subito dal curriculum vitae, sia per quanto attiene alla mancata crescita professionale) a causa del mancato affidamento dell'incarico in questione; tale danno il Collegio ritiene di dover quantificare in via equitativa nell'ulteriore misura del 5% dell'importo a base di gara citato, depurato dal ribasso formulato..

In conclusione, assorbite le censure non esaminate, il ricorso va accolto, previo il rigetto del ricorso incidentale, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, e il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno con le modalità e nei termini di cui sopra.

Sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia-Sez.III di Lecce:

- 1) accoglie il ricorso -accoglie, come da motivazione, l'azione impugnatoria-;
- 2) accoglie l'azione risarcitoria per equivalente, come da motivazione;

3) respinge il ricorso incidentale .

4) Spese compensate

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Ettore Manca, Primo Referendario

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2010

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

IL SEGRETARIO