



COPIA

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA LOMBARDIA -- MILANO

RICORSO

PER LA CONDANNA AL RISARCIMENTO DEL DANNO

ex art. 30 c.p.a.

Nel ricorso R.G. n. 876/09 promosso da:

FRATELLI GRIGNOLA DI GRIGNOLA VITTORIO & C. S.A.S.

(p.iva/c.f. 02488620960) in persona del legale rappresentante Rag.

Pierluigi Malacrida, con sede in Monza, via Sandro Botticelli n. 43,
rappresentata e difesa, per delega a margine del presente atto, dall'Avv.

Carla Caputo di Milano ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in
Milano, piazza Cinque Giornate 5, propone ricorso

contro

- **COMUNE DI BUCCINASCO (MI)**, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli Avv.ti Pasquale Dui e Riccardo
Salmeri ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Milano, Via
Carducci n. 23

e nei confronti di

- **GREEN SYSTEM srl**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
corrente in Cusago (MI), Viale Europa n. 60

per l'accertamento del diritto e per la condanna

del Comune di Buccinasco al risarcimento in favore della società F.lli
Grignola dei danni patiti fino al passaggio in giudicato della sentenza n.
5814/08 pronunciata dal TAR Lombardia, Milano, Sezione Prima in data

Procura

Io sottoscritto
Pierluigi Malacrida
nella mia qualità di
legale
rappresentante della
F.lli Grignola di
Grignola Vittorio &
C. S.a.S. delego a
rappresentarmi e
difendermi nel
presente giudizio
avanti il TAR
Lombardia, in ogni
sua fase e grado,
l'Avv. Carla Caputo
conferendole ogni
più ampia facoltà di
legge, ed eleggo
domicilio presso il
suo studio in
Milano, Piazza
Cinque Giornate n.
5.

È autentica

ALLEGATO alla deliberazione
del GC n. 10 del 19/1/2011

11/6/08 e 8/10/08, depositata il 16/12/08, e oggetto del presente giudizio di ottemperanza (doc. 1).

Fatto

Con ricorso al TAR Lombardia, ritualmente notificato il 16/5/08, l'Impresa F.Ili Grignola sas impugnava gli atti del procedimento di gara per l'affidamento del servizio di conservazione del patrimonio verde comunale (per un importo a base d'asta di Euro 2.266.647,70 oltre iva per la durata di 24 mesi con possibilità di rinnovo per ulteriori 24 mesi) indetto dal Comune di Buccinasco con bando pubblicato sulla GUCE il 15/1/08. Precisamente impugnava: la determina della Giunta Comunale di Buccinasco n. 124 del 18/3/08 con cui veniva deliberata la presa d'atto delle operazioni di gara ed affidato all'ATI tra Green System s.r.l. e Crespi s.r.l. il servizio di conservazione del patrimonio verde comunale per il periodo dal 19/3/2008 al 18/3/2010, con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni; la determinazione del Coordinatore del Dipartimento IV – Ambiente e Territorio del Comune di Buccinasco n. 269 del 26/3/08 con cui veniva affidato il servizio di conservazione del patrimonio verde comunale alle società Green System s.r.l. e Crespi s.r.l. e consentito l'inizio dei lavori nelle more della stipulazione del contratto in forma pubblica; tutte le operazioni e verbali di gara ed in particolare i verbali di gara n. 1 in data 4.3.2008, n. 2 in data 10.3.2008, n. 3 in data 14.3.2008 e n. 4 in data 17.3.2008; nonchè, per quanto occorrer potesse, il bando di gara limitatamente al punto 6 ove prevedeva “la possibilità di procedere all'esclusione delle offerte anormalmente basse secondo quanto previsto dall'art. 86, comma 2, del D.Lgs. 163/06”.

La ricorrente chiedeva, inoltre, la declaratoria di inefficacia, ovvero

l'annullamento e/o la dichiarazione di nullità del contratto, ove intervenuto, tra la stazione appaltante e la ditta aggiudicataria e il conseguente risarcimento del danno.

Il ricorso veniva articolato in tre motivi: con il primo motivo la ricorrente censurava la mancata esclusione dalla gara dell'offerta della controinteressata risultata aggiudicataria, in quanto non conforme al bando ed incompleta; con il secondo motivo veniva eccepita la violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 1 e 4, del D.Lgs. 163/06 nonché la violazione dei principi di *par condicio* e imparzialità avendo la stazione appaltante integrato il bando di gara con la fissazione di ulteriori criteri (o sub criteri) di valutazione dell'offerta tecnica a procedura concorsuale già in atto. Con il terzo motivo di ricorso, infine, la F.lli Grignola eccepiva la violazione e falsa applicazione dell'art. 86 comma 2 D.Lgs. 163/06 e, per quanto occorresse, del bando di gara (punto 6); la violazione dell'art. 87, comma 3 D.Lgs. 163/06 e il difetto di motivazione ed istruttoria, avendo la Stazione appaltante omesso di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta dell'aggiudicataria anche in relazione all'impossibilità, stante l'entità economica dell'offerta, di coprire i costi minimi tabellari relativi alla manodopera.

Nella Camera di Consiglio dell'11/6/08, ritenuta la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 26 comma 4 L. n. 1034/71, la causa veniva decisa con la sentenza di cui in epigrafe - n. 5814/08 - pronunciata dal TAR Lombardia, Milano, Sezione Prima in data 11/6/08 e 8/10/08 nonché depositata il 16/12/08 (cfr. doc. 1).

Codesto Tar accoglieva il secondo motivo di ricorso, ritenendo che *“l'illegittimità delle procedure valutative adottate dalla Commissione è tale*

da travolgere l'intera procedura di gara" e dichiarava assorbiti gli altri due motivi di ricorso.

Veniva quindi accolto il ricorso con la seguente statuizione: "(...) accertata l'illegittimità dei processi valutativi operati dalla Commissione di gara (...) il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento della procedura di gara (Delibera n. 124 di presa d'atto delle operazioni di gara, Determinazione n. 269 di affidamento ed inizio lavori, di tutte le operazioni e dei verbali di gara) e con l'ulteriore effetto della caducazione del contratto nelle more stipulato accertata in questa sede incidenter tantum".

La sentenza n. 5814/08 veniva notificata al Comune di Buccinasco in data 14 gennaio 2009 e decorrevano i termini di legge per la proposizione dell'appello avanti al Consiglio di Stato senza che questo fosse proposto.

La sentenza è passata dunque in giudicato.

Con lettera datata 19 dicembre 2008 la scrivente, in nome e per conto della ditta F.lli Grignola invitava l'Amministrazione ad adempiere spontaneamente a quanto disposto dal Giudice Amministrativo e a provvedere, ove ritenuto, alla sostituzione dell'attuale aggiudicataria Green System Srl con la ditta F.lli Grignola.

A fronte dell'inerzia del Comune di Buccinasco nel dare esecuzione alla sentenza, la F.lli Grignola s.a.s. notificava in data 26/2/09 atto di diffida e messa in mora intimando al Comune di dare integrale adempimento alla pronuncia entro il termine di trenta giorni e preavvertendo che, in caso di ulteriore inadempimento, sarebbe stato proposto giudizio di ottemperanza.

A causa del perdurante inadempimento, si rendeva perciò necessaria la proposizione del presente giudizio di ottemperanza al fine di ottenere una pronuncia giudiziale con cui venisse ordinato all'Amministrazione

comunale di eseguire la sentenza passata in giudicato nominando, se del caso, un commissario *ad acta* per sostituire, al fine dell'integrale esecuzione del giudicato, la P.A. inadempiente.

Nel giudizio così promosso, **con sentenza n. 4510/2009 depositata in data 29/07/2009** (doc. 2), il Tar, rilevata l'inerzia della P.A., ordinava al **Comune di Buccinasco** *“di adempiere alla pronuncia, attraverso l'indizione di una nuova gara emendata dai vizi accertati con la sentenza n. 5814/2008, nel termine di giorni sessanta dalla comunicazione del presente provvedimento”*.

Dopo un nuovo sollecito all'Amministrazione da parte della presente difesa, solo nel febbraio 2010 il Comune di Buccinasco deliberava l'indizione di una nuova gara in ottemperanza alla pronuncia di cui sopra, con determinazione del Commissario ad acta n. 152 del 15/02/2010, avente ad oggetto *“Indizione procedura aperta ed approvazione documentazione di gara per l'affidamento del servizio di conservazione del patrimonio verde comunale – anni 2010 – 2012”*.

Si accenna soltanto in questa sede, non essendo strettamente attinente all'oggetto della specifica domanda risarcitoria qui proposta, che, nel frattempo, ossia in pendenza del giudizio di ottemperanza il Comune di Buccinasco assumeva una serie di atti in assenza di gara e in violazione del giudicato amministrativo che aveva accertato l'illegittimità della procedura di gara originariamente impugnata nel 2008.

Su tali atti questo Tar ha avuto ripetute occasioni di pronunciarsi a favore della società ricorrente. E' sufficiente richiamare in questa sede: l'ordinanza collegiale n. 119/2010 (doc. 3) emessa nella Camera di Consiglio del giorno 1/04/2010 nell'ambito del presente giudizio di

ottemperanza; l'ordinanza emessa da questo Tar – sez. I - nella Camera di Consiglio del 30/6/2010 n. 664/2010 (nel ricorso R.G. 1326/2010) convertito nel giudizio di ottemperanza (doc. 4); la sentenza n. 71/2010 (dispositivo) emessa da questo Tar – sez. I - ad esito della Camera di Consiglio del 10/11/2010 nel ricorso r.g. n. 1857/2010 (doc. 5).

Infine, con ordinanza collegiale n. 17/2011 emessa nella Camera di Consiglio del giorno 11/11/2010 (doc. 6), questo Tar Lombardia – sez. I – ha disposto l'ulteriore rinnovazione della procedura a seguito dell'annullamento della gara avviata dal Commissario *ad acta* e proseguita dal Comune di Buccinasco.

L'Impresa Grignola, in questa sede, formula domanda di risarcimento del danno patito fino al passaggio in giudicato della sentenza n. 5814/08, riservandosi di presentare ulteriore domanda risarcitoria, nell'ambito del presente giudizio di ottemperanza, con riguardo a tutti gli ulteriori danni subiti a far tempo dal passaggio in giudicato della sentenza sino all'esito della nuova gara che questo Tar, con l'ordinanza collegiale n. 17/2011 sopra citata, ha ordinato debba essere esperita integralmente dal Commissario *ad acta*.

La ricorrente propone la presente domanda in ossequio al disposto di cui all'art. 30 comma 5 d. lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) il quale stabilisce che *“nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza”*.

In sede di prima applicazione del codice, pertanto, il termine per proporre domanda risarcitoria relativa a sentenze passate in giudicato prima

dell'entrata in vigore del codice è di 120 giorni dall'entrata in vigore del codice e, pertanto, viene a scadere il giorno 14 gennaio 2011.

L'odierna domanda risarcitoria viene proposta nell'ambito del presente giudizio di ottemperanza ai sensi dell'art. 112 comma 4 il quale prevede che *“nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30 comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso, il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini, del processo ordinario”*.

La giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2010 n. 8142; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 10 gennaio 2011 n. 19) ha avuto occasione di precisare che *“dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, a far tempo quindi dal 16 settembre 2010, è ammessa la possibile proposizione, nel giudizio di ottemperanza, di una azione risarcitoria anche per i danni riguardanti periodi precedenti al giudicato (art. 122 comma 4 c.p.a.)”*.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui questo Tar non dovesse condividere la tesi espressa nelle pronunce sopra richiamate (che consentono la presentazione della odierna domanda risarcitoria nell'ambito del pendente giudizio di ottemperanza), resta salva la possibilità per il giudice amministrativo, e tanto qui si chiede, di disporre la conversione della presente azione in diverso rito (ai sensi dell'art. 32 c.p.a.).

Cautelativamente, la ricorrente, in luogo del semplice deposito del presente ricorso nell'ambito del giudizio di ottemperanza, procede alla previa notifica del ricorso sia al Comune di Buccinasco sia, per puro tuziorismo difensivo, a Green System s.r.l.

Diritto

1. Il danno da c.d. perdita della chance

Come noto, all'impresa che dimostri la certezza della vittoria e, quindi, dell'aggiudicazione nell'ambito di una gara di appalto, spetta il risarcimento pieno del danno subito.

Al contrario, in mancanza di tale prova, potrà essere risarcita solo la *chance* di aggiudicazione dell'appalto che, in ogni caso, come precisato dalla giurisprudenza, "*in una prospettiva coerente con i principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, costituisce bene della vita meritevole di protezione giurisdizionale*" (Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010 n. 7515).

Più precisamente, la *chance*, come rileva ancora la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 23/10/2007 n. 5592), è la concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene della vita, che costituisce un'entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, così che la sua perdita, ossia la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale; e chi subisce un danno da perdita di *chance* può chiederne il ristoro.

E' inoltre consolidato il principio giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2002 n. 2845) secondo cui, quando il ricorrente allega solo la perdita di una *chance* a sostegno della pretesa risarcitoria, la somma commisurata all'utile di impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria. Normalmente, sul presupposto che ciascuna impresa concorrente abbia le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara, la perdita della *chance* viene quantificata dividendo l'utile d'impresa per il numero delle imprese partecipanti alla gara (Cons. Stato,

sez. V, 5 novembre 2009 n. 6873; 17 febbraio 2009 sez. V n. 3786).

Nella fattispecie, alla gara annullata da questo Tar con sentenza n. 5814/08 passata in giudicato avevano partecipato solamente quattro imprese: la ricorrente F.lli Grignola, Green System srl, la ditta Grandi Vivai Sciacca e Rappo srl.

Il danno subito dall'impresa Grignola per gli atti illegittimi assunti dal Comune di Buccinasco deve perciò essere riconosciuto in relazione alla perdita di chance, che può essere calcolata tenendo conto che la ricorrente avrebbe conseguito, nel caso di aggiudicazione dell'appalto, un profitto in misura pari al 13% del valore dell'offerta della ricorrente al netto dello sconto offerto (ribasso pari all'8,94% sull'importo a base d'asta di euro 2.266.647,70 oltre i.v.a. 20%) che corrisponde ad un importo di euro 268.321,22 circa che, diviso per il numero dei partecipanti alla gara (quattro), conduce ad un danno risarcibile per l'impresa ricorrente pari ad euro **67.080,30** ovvero nella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia da questo Tribunale e determinata anche in via equitativa.

In ossequio al disposto di cui all'art. 124 c.p.a., secondo cui il risarcimento per equivalente è riconosciuto in relazione al danno subito e provato, l'impresa ricorrente produce documentazione attestante la quantificazione dell'utile di impresa nella percentuale del 13% sopra indicata (doc. 7) .

Ove occorrer possa, si rileva che la sussistenza del requisito soggettivo della colpa, presupposto per il riconoscimento dei danni ai sensi dell'art. 2043 c.c., risulta, nel caso di specie, dai gravi vizi che hanno inficiato i provvedimenti impugnati. Si ricorda, a tal fine, che la sentenza n. 5814/2008, richiamando la giurisprudenza in materia, ha ricordato che *“la definizione dei criteri di valutazione delle offerte in un momento*

antecedente la redazione delle stesse da parte degli offerenti assicura il rispetto del fondamentale principio di trasparenza su cui si regge tutto lo svolgimento della procedura selettiva". Di conseguenza, la sentenza ha pronunciato l'illegittimità della procedura di gara per avere la stazione appaltante fissato criteri o sub-criteri di selezione dell'offerta a procedura concorsuale già in atto (C.d.S. sez. V, 10 gennaio 2005 n. 32).

2. Danno da mancato arricchimento del curriculum professionale

In sede di determinazione del danno derivante dalla illegittima aggiudicazione di una gara d'appalto, va riconosciuto anche il c.d. danno curriculare che consiste nel pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto, sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione.

La giurisprudenza ha riconosciuto che il danno curriculare è consistente nell'incidenza della perdita della chance in relazione ai requisiti di qualificazione e di valutazione invocabili in successive gare. Tale danno è stato quantificato nella misura dell'1% della somma liquidata a titolo di perdita della chance di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, 3 aprile 2007 n. 1514).

Nella fattispecie, il "danno curriculare" è quantificabile nella misura di euro **670,80** ovvero nella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia da questo Tribunale e determinata anche in via equitativa.

P.Q.M.

L'Impresa F.lli Grignola di Grignola Vittorio & C. s.a.s., in persona del legale rappresentante Rag. Pierluigi Malacrida, con riserva di ulteriormente dedurre e produrre

CHIEDE

che questo spettabile Tribunale, ogni contraria deduzione ed eccezione disattesa, voglia:

- accertato il diritto della ricorrente al risarcimento del danno subito, condannare il Comune di Buccinasco al pagamento della somma di Euro **67.080,30** ovvero alla maggiore o minore somma ritenuta di giustizia che questo Giudice riterrà di determinare anche in via equitativa a titolo di risarcimento del danno per perdita di *chance* oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla illegittima aggiudicazione a favore di Green System fino al pagamento;
- accertato il diritto della ricorrente al risarcimento del danno subito, condannare il Comune di Buccinasco al pagamento della somma di Euro **670,80** a titolo di risarcimento del "danno curricolare" ovvero alla maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, determinata anche in via equitativa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla illegittima aggiudicazione a favore della ditta Green System fino al pagamento.

Spese ed onorari di causa rifusi.

Si producono i documenti di cui in narrativa.

Con osservanza.

Milano, 13 gennaio 2011


(Avv. Carla Caputo)

RELATA DI NOTIFICA

Su richiesta della Ditta F.lli Grignola di Grignola Vittorio & C. sas, come sopra rappresentata e difesa, io sottoscritto Aiut. Uff. Giud., addetto all'Ufficio Unico Notifiche c/o la Corte d'Appello di Milano, ho notificato il retroesteso ricorso a:

- **COMUNE DI BUCCINASCO (MI)**, in persona del Sindaco pro tempore, presso dagli Avv.ti Pasquale Dui e Riccardo Salmeri con studio in Milano, Via Carducci n. 23, ed ivi a mani di

- **COMUNE DI BUCCINASCO (MI)**, in persona del Sindaco pro tempore, presso la sede municipale in Buccinasco, 20090 Milano, Via Roma n. 26d
ivi a mani di

A mani di: *Claudio Carlini*
Impiegato d'ufficio incaricato alla ricezione
tato...
via...
do...
co...
Milano, *Buccinasco*
17/1/11
UFFICIO CONDIZIARIO
CORTA P.M. T.L.O.

- **GREEN SYSTEM SRL**, in persona del legale rappresentante pro tempore, corrente in 20090 Cusago (MI), Viale Europa n. 60, ed ivi a mani

3020/2011/A0

MULTIPLIO

URGENTE

Istante:
Richied:
Destin:
Zona:
Deposito:
Nr deposito:
Num Dest:

GRIGNOLA
CAPUTO CARLA TECLA ERMINIA
COMUNE BUCCINASCO
49
20,00 Euro
497/2011/F7
2/3

14/01/2011