

N. 02038/2013REG.PROV.COLL.

N. 08682/2006 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8682 del 2006, proposto dalla Regione Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Naimo, con domicilio eletto presso Fabrizio Criscuolo in Roma, viale Bruno Buozzi 99;

contro

Ing. Sirito Giorgio, in proprio e quale titolare dello Studio mandatario dell' A.T.I. "Terraqua Tre" costituenda con la mandante società Alatec-Haskoning, rappresentato e difeso dall'avv. M. Alberto Quaglia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via G. Carducci 4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE I, n. 864/2006, resa tra le parti, concernente licitazione privata per predisposizione di una banca dati sul litorale calabrese.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2013 il Cons. Nicola Gaviano e udito per la parte appellata l'avv. Paolo Gaggero su delega dell'avv. M. Alberto Quaglia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Regione Calabria bandiva in data 2 ottobre 1998 una gara di rilevanza comunitaria per l'affidamento, mediante licitazione privata e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto relativo allo svolgimento di un'indagine conoscitiva sullo stato delle coste calabresi, per la predisposizione di una banca dati dell'evoluzione del litorale e l'individuazione delle aree a rischio e delle tipologie di interventi.

La gara veniva aggiudicata all'ATI Technical S.p.a. – Idrotec – Consorzio Okeanos.

Avverso l'aggiudicazione insorgeva dinanzi al T.A.R. per la Calabria il sig. Siritto Giorgio, in proprio e quale capogruppo mandatario, con il suo Studio, della costituenda associazione temporanea tra professionisti "Terraqua tre" con la Società Alatec – Haskoning, concorrente risultato secondo classificato.

La parte ricorrente, oltre a chiedere l'annullamento degli atti impugnati, domandava la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Resisteva al ricorso la Regione Calabria.

Dal Tribunale venivano emessi, nel tempo, tre provvedimenti istruttori finalizzati all'acquisizione degli atti di gara, ma solo l'ultimo di essi trovava esecuzione (neppure completa).

All'esito del giudizio, il Tribunale adito accoglieva l'impugnativa con la sentenza n. 864/2006 in epigrafe, reputando fondato il mezzo con il quale la ricorrente aveva dedotto che l'Amministrazione aveva ommesso di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta economica dell'aggiudicataria, benché eccedente la soglia di allarme prevista dall'art. 25, d.lgs. n. 157 del 1995.

Il T.A.R. riteneva, infatti, che la verifica di anomalia nella fattispecie si rendesse obbligatoria ai sensi dell'art. 25, comma 3, del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157, che ne imponeva l'effettuazione per le offerte presentanti una percentuale di ribasso superante di almeno un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, dal momento che il ribasso proposto dall'ATI Technital era del 39,420 % , e come tale eccedeva la soglia indicata.

Quanto alla domanda risarcitoria proposta dalla parte ricorrente, il Tribunale, facendo applicazione dell'art. 35, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, si limitava a pronunciare una condanna generica a carico della Regione, fissando nel contempo i criteri ed i termini per la relativa liquidazione in sede amministrativa: veniva pertanto imposto all'Amministrazione di formulare una proposta in ordine alla somma offerta a titolo di risarcimento, con ammontare da determinare secondo i criteri indicati, entro il termine di centoventi giorni successivi alla notifica della pronuncia.

Avverso tale sentenza la Regione Calabria proponeva il presente gravame dinanzi alla Sezione.

L'appello investiva unicamente il capo della decisione che aveva parzialmente accolto la domanda risarcitoria dell'appellata, accoglimento che l'Ente soccombente contestava sotto molteplici profili.

Si costituiva in giudizio in resistenza all'appello l'originaria ricorrente, che con l'ausilio di più scritti difensivi deduceva l'infondatezza delle doglianze avversarie e concludeva per il rigetto dell'impugnativa.

Alla Camera di consiglio del 28 novembre 2006 la domanda cautelare della Regione veniva respinta (cfr. ordinanza sez. V, n. 6190 del 2006).

L'appellata otteneva quindi dal medesimo Tribunale, con la sentenza n. 241/2009, la liquidazione della somma dovutale in attuazione della pronuncia in epigrafe, con la conseguente statuizione di condanna a carico dell'Amministrazione. E quest'ultima corrispondeva l'ammontare così liquidato.

Da ultimo, la Regione con memoria di replica insisteva per l'accoglimento dell'appello.

Alla pubblica udienza del 19 marzo 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

Con la presente impugnativa la Regione appellante non mette in discussione, come si è anticipato, l'illegittimità procedimentale ascrittale dal primo Giudice, ma solo l'esistenza e, soprattutto, l'estensione dell'obbligazione risarcitoria che questi ne ha tratto in favore della ricorrente vittoriosa.

1 Stante la limitata portata dell'appello, conviene allora esporre preliminarmente con maggior dettaglio le considerazioni svolte dalla sentenza in epigrafe in merito alla domanda risarcitoria dell'attuale appellata.

1a Il Tribunale ha preso introduttivamente atto che la ricorrente aveva domandato il risarcimento, innanzi tutto, del danno emergente, identificabile, secondo il T.A.R., sia nelle spese da essa sostenute per la partecipazione alla gara come da documentazione in atti, sia nella perdita di *chances*, la seconda a sua volta ricollegata sia alla concreta possibilità di aggiudicazione dell'appalto, sia all'impossibilità di far valere il requisito corrispondente ai lavori da fatturare in future contrattazioni.

Quanto al lucro cessante, esso era stato identificato dalla ricorrente nel mancato utile derivante dall'esecuzione dell'appalto, e quantificato, in sede di domanda, nella misura del 25 % del corrispettivo richiesto dall'A.T.I. (€ 320.456,20).

1b Nell'individuazione dei pregiudizi patrimoniali risarcibili il T.A.R. ha stabilito poi quanto segue.

Il Tribunale ha accolto la domanda tesa al risarcimento dei danni riflettenti le spese sostenute dall'A.T.I. ricorrente per la preparazione dell'offerta e la partecipazione alla gara, ritenendo tali spese documentate con la produzione di parte del 13 giugno 2005.

Il Tribunale ha parimenti accolto la domanda di risarcimento del pregiudizio patrimoniale per la perdita di *chances*, la quale è stata ricondotta non solo, genericamente, all'impossibilità di aggiudicazione della gara da parte dell'A.T.I. ricorrente, ma anche alla specifica impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito legato all'esecuzione dei lavori in controversia (forma di pregiudizio che, è stato osservato, *“prescinde dalla prova concreta che l'impossibilità di far valere il pregiudizio economico abbia determinato l'esclusione o la mancata aggiudicazione di gare cui le imprese abbiano partecipato”*).

Il danno da perdita di *chances* è stato determinato complessivamente, in via equitativa, nella misura del 3 % del prezzo a suo tempo offerto dall'A.T.I..

Il primo Giudice ha invece disatteso la richiesta risarcitoria diretta al pieno riconoscimento del mancato utile. Ciò con la seguente motivazione : *“Se è vero che dalla documentazione in atti risulta che l'ATI ricorrente si è classificata al secondo posto della graduatoria, dopo l'aggiudicataria, è anche vero che non sussiste alcun elemento da cui desumere che la stessa avrebbe avuto titolo all'aggiudicazione. In assenza, infatti, della verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, non può stabilirsi se aggiudicatario dovesse essere il secondo classificato e, quindi, l'ATI ricorrente.”*

1c Quanto agli accessori della prestazione risarcitoria, la sentenza in esame reca le seguenti statuizioni.

“Sulla somma dovuta a titolo di risarcimento, trattandosi di debito di valore, deve computarsi la rivalutazione monetaria, dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta

illegittimamente aggiudicataria, fino al deposito della presente sentenza, momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta. La Regione Calabria dovrà, inoltre, corrispondere gli interessi compensativi, da computare sull'importo originariamente dovuto e, quindi, sui progressivi adeguamenti correlati all'inflazione, calcolati in via equitativa in base agli indici medi di svalutazione (Cass. Civ., Sez. II, 7 giugno 2001 n. 7692, cit.).

Su tutte le somme dovute decorrono, altresì, gli interessi legali, dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.”

2 Tanto premesso, la Sezione deve subito sgombrare il campo dall'eccezione regionale di inammissibilità dell'originario ricorso avversario per carenza di interesse sotto il profilo della c.d. prova di resistenza (pag. 3 dell'appello).

Il fatto che non esistesse certezza sul punto che l'aggiudicazione finale sarebbe spettata proprio all'attuale appellata nulla toglieva, invero, alla pienezza del suo titolo a dolersi dell'illegittimità del conferimento dell'aggiudicazione ad altro concorrente, e a domandare anche il risarcimento dei danni corrispondenti alla perdita di *chances* da essa ricorrente patita a seguito della perdita della commessa, nel frattempo ormai già eseguita.

La giurisprudenza richiamata in senso opposto dalla difesa regionale nella memoria di replica (pag. 2) è d'altra parte inconferente, giacché – come si desume sin dalle citazioni fattene - essa si riferisce all'evenienza, estranea alla fattispecie concreta, in cui risulti che la parte ricorrente non avrebbe potuto in alcun caso ottenere, attraverso il corretto svolgimento della gara, l'aggiudicazione desiderata.

Donde la manifesta inconsistenza dell'eccezione.

3 Venendo al merito di causa, l'Ente appellante ricorda in primo luogo che la ragione dell'accoglimento dell'impugnativa, risiedente nella mancata sottoposizione dell'offerta dell'aggiudicataria a verifica di anomalia, non implicava di per sé che la ricorrente avesse titolo all'aggiudicazione della gara, la sorte della quale non poteva

che dipendere dall'esito della verifica di anomalia omessa. Tant'è che lo stesso T.A.R. proprio per tale ragione aveva escluso la spettanza alla ricorrente del richiesto risarcimento (pieno) a titolo di lucro cessante (cfr. la pag. 15 della sentenza in epigrafe: “ ... non sussiste alcun elemento da cui desumere che la stessa avrebbe avuto titolo all'aggiudicazione. In assenza, infatti, della verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario, non può stabilirsi se aggiudicatario dovesse essere il secondo classificato e, quindi, l'ATI ricorrente”).

Posta tale premessa, la Regione lamenta la contraddittorietà della statuizione con cui il Tribunale ha nondimeno accolto la richiesta della ricorrente di vedersi risarcita la perdita di *chances*, con particolare riferimento a quella correlata all'impossibilità di far valere in appalti successivi l'avvenuta esecuzione della commessa in controversia (c.d. danno curricolare).

La Regione su tale base deduce la non spettanza del risarcimento per la detta componente di danno, dal T.A.R. riconosciuto invece in via equitativa, nel quadro di una determinazione complessiva del pregiudizio da perdita di *chances*, nella misura del 3 % del prezzo a suo tempo offerto dall'A.T.I. ricorrente.

Il mezzo è infondato.

In contrario l'attuale appellata ha fatto linearmente notare che il danno da perdita di *chances*, proprio per sua natura, non si identifica con la perdita di un risultato utile sicuro, bensì con il semplice venir meno di un'apprezzabile possibilità di conseguirlo, in particolare per esser stato l'interessato indebitamente privato della possibilità concreta di aggiudicarsi un appalto. Sicché il relativo risarcimento presuppone proprio che non si sia potuta acquisire certezza sulla effettiva spettanza del bene della vita perseguito (evenienza la quale permetterebbe di accedere ad una copertura risarcitoria maggiore).

Di conseguenza, la contraddizione ravvisata dall'appellante nella sentenza in epigrafe non sussiste. Il Tribunale ha desunto, giustamente, proprio dall'incertezza

sull'esito finale che la procedura avrebbe potuto avere, ove correttamente condotta, la riconoscibilità all'originaria ricorrente di un trattamento risarcitorio limitato alla riparazione della perdita di *chances* di aggiudicazione.

Né l'appellante ha ragione di dolersi, sotto il profilo in questione, del danno curricolare pure riconosciuto alla controparte nell'ambito della complessiva liquidazione equitativa operata dal T.A.R..

La perdita della possibilità di ottenere la commessa, nello specifico ormai eseguita dall'avversaria, si riverbera, infatti, anche nella direzione dello specifico pregiudizio del mancato sviluppo del *curriculum* professionale del concorrente leso, conseguenza negativa la cui risarcibilità non avrebbe ragione di essere subordinata alla condizione di una dimostrata spettanza "certa" dell'aggiudicazione al danneggiato. Di conseguenza, l'apprezzamento equitativo del danno curricolare può trovare spazio –naturalmente, per quanto di ragione- anche nell'ambito di una riparazione a titolo di perdita di (semplici) *chances* di aggiudicazione, quantificata con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara (in tal senso v. ad es. C.d.S., V, 19 novembre 2012, 5846; 12 giugno 2009, n. 3785; 18 gennaio 2006, n. 126; VI, 15 giugno 2009, n. 3829).

4a Con altro mezzo si deduce che proprio il Tribunale aveva ritenuto che la domanda risarcitoria introdotta in giudizio riguardasse il solo profilo del lucro cessante: pertanto, l'accoglimento della domanda avversaria per l'aspetto del danno emergente doveva ritenersi operato *ultra petita*.

La lettura della sentenza in contestazione rende evidente, però, come già nell'interpretazione del primo Giudice la domanda risarcitoria dovesse reputarsi articolata sia sul versante del danno emergente che su quello del lucro cessante (in tal senso è testuale la pag. 11 della pronuncia del T.A.R.).

Del resto, l'originario atto introduttivo non presentava la limitazione che l'appellante vorrebbe rinvenirvi. La domanda risarcitoria era stata difatti formulata in modo ampio ed omnicomprensivo, per avere la ricorrente fatto riferimento, oltre che al “*danno subito per la perdita dell'incarico*”, a tutti i danni “*sofferti e patendi, nella misura meglio vista in corso di causa, derivanti .., dalla emanazione e dall'attuazione degli atti illegittimi impugnati*” (così l'epigrafe del ricorso; nelle sue conclusioni figurava una formulazione equivalente).

4b L'appellante contesta, inoltre, che la controparte avesse realmente avanzato una “dettagliata” domanda risarcitoria (come si legge nella sentenza in epigrafe), osservando che l'atto introduttivo (pagg. 18-19) non recava alcuna menzione delle spese da questa affrontate (neanche esposte nella loro entità) né della patita perdita di *chances*.

Una volta richiamato, tuttavia, quanto testé detto sulla pienezza dei termini con i quali la pretesa risarcitoria era stata azionata (fra l'altro, con un'espressa riserva di migliore articolazione in corso di causa), è agevole ricordare che i contenuti di tale domanda, ferma l'allegazione dei fatti costitutivi che la identificavano, avevano trovato precisazione ed approfondimento con la successiva memoria della stessa parte del giugno 2005 e coeva produzione documentale: elementi ritualmente versati nel fascicolo di causa ben un anno prima della sua decisione da parte del primo Giudice, che, pertanto, vi ha correttamente fatto riferimento.

4c Né ha pregio l'osservazione che la domanda risarcitoria era originariamente sfornita di un principio di prova (pag. 4 dell'appello).

Fermo il dovere di puntuale allegazione dei fatti costitutivi della pretesa (da intendersi assolto nel particolare caso di specie), nel processo amministrativo le prove a sostegno delle affermazioni di chi agisca in giudizio non devono necessariamente essere allegate al relativo atto introduttivo, ma possono essere presentare mediante produzioni documentali anche in corso di causa, non

esistendo preclusione al riguardo. E ciò è appunto quanto è avvenuto nel caso concreto (in particolare, per le spese connesse alla partecipazione alla gara).

4d Conseguenze dalle precedenti considerazioni che anche questi tre rilievi critici della Regione risultano infondati.

5 In via subordinata, l'appellante ha contestato l'eccessività della somma liquidata dal Tribunale, a titolo equitativo, nella misura del 3 % del prezzo offerto dall'A.T.I., tornando ad opporre l'impossibilità di individuare la medesima come aggiudicataria dell'appalto.

Neanche questa critica risulta però convincente.

Al di là del carattere apodittico della doglianza, e dell'ampia discrezionalità riconoscibile al giudice in materia allorché faccia ricorso alla c.d. equità integrativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. occorre difatti apprezzare l'elevato grado di possibilità che la ricorrente potesse rendersi effettivamente aggiudicataria, considerando sia che la medesima figurava classificata seconda nella graduatoria di gara, sia il carattere estremo del ribasso (39,420 %) che la controinteressata aveva proposto con l'offerta che avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia, ribasso notevole tanto come valore assoluto quanto in comparazione con quelli offerti dalla concorrenza.

Si può dunque concludere che la liquidazione operata dal Tribunale risulta sorretta da una ragionevole valutazione prudenziale della consistenza delle possibilità dell'attuale appellata di rendersi aggiudicataria conformemente ai principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza di questo Consiglio (richiamata al precedente punto 3).

6a Resta da occuparsi delle critiche dell'appellante che hanno investito il computo degli accessori della prestazione risarcitoria.

Con il presente appello non viene contestata l'attribuzione in favore dell'appellata degli interessi legali dal deposito della sentenza fino all'effettivo soddisfo.

Dalla Regione viene invece criticato l'ulteriore riconoscimento costituito dagli interessi compensativi sulla somma rivalutata, obiettandosi che gli interessi potrebbero essere accordati unicamente dal momento della sentenza a quello del pagamento.

L'appellante deduce, altresì, che tale riconoscimento sarebbe affetto da ultrapetizione, giacché la ricorrente non aveva specificamente richiesto la predetta forma di interessi, non avendone precisato la natura e neppure indicato il tasso.

Si duole, infine, che gli stessi interessi siano stati accordati, dalla data dell'illecito, sulla somma già integralmente rivalutata.

6b Giova allora ricordare ancora una volta le statuizioni complessivamente emesse dal Tribunale in proposito.

“Sulla somma dovuta a titolo di risarcimento, trattandosi di debito di valore, deve computarsi la rivalutazione monetaria, dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, fino al deposito della presente sentenza, momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta. La Regione Calabria dovrà, inoltre, corrispondere gli interessi compensativi, da computare sull'importo originariamente dovuto e, quindi, sui progressivi adeguamenti correlati all'inflazione, calcolati in via equitativa in base agli indici medi di svalutazione (Cass. Civ., Sez. II, 7 giugno 2001 n. 7692, cit.). Su tutte le somme dovute decorrono, altresì, gli interessi legali, dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.”

6c Come si vede, la sentenza oggetto di appello non ha dunque riconosciuto gli interessi compensativi, come l'appellante sembra lasciar intendere, dalla data dell'illecito sulla somma integralmente rivalutata, bensì ha prescritto che questi andassero computati dapprima sull'importo originariamente dovuto, e indi sui progressivi adeguamenti correlati all'inflazione: tanto nel pieno rispetto delle indicazioni della giurisprudenza consolidata sulle tecniche liquidatorie rettammente applicabili (cfr. ad es. Cass. civ., Sez. I, 17 maggio 2005 n. 10354; Sez. Un., 5 aprile

2007, n. 8521; Sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17155; Cons. St., sez. V, n. 1052 del 2012)).

Non ha poi pregio il rilievo regionale di ultrapetizione, dal momento che nel ricorso di prime cure (pagg. 19-20) gli interessi erano stati domandati sin dalla debenza, e non solo dalla domanda giudiziale o dalla pronuncia, a nulla ostando il fatto che gli interessi richiesti non fossero allora stati espressamente denominati come “compensativi” né definiti nel loro tasso (che in difetto di diversa indicazione del richiedente non poteva non essere inteso come quello legale).

Rimane infine da ricordare che una consolidata giurisprudenza riconosce la possibilità di applicare, in occasione della liquidazione giudiziale del danno aquiliano, la tecnica costituita dall'interesse c.d. compensativo (pur non essendo configurabile alcun automatismo al riguardo: cfr. Cass. civ., III, 9 ottobre 2012, n. 17155; C.d.S., VI, 21 maggio 2009, n. 3144). Nell'obbligazione risarcitoria da fatto illecito, che costituisce tipico debito di valore, è infatti possibile che la mera rivalutazione monetaria dell'importo liquidato in relazione all'epoca dell'illecito, ovvero la diretta liquidazione in valori monetari attuali, non valgano a reintegrare pienamente il creditore, che deve invece essere posto nella stessa condizione economica nella quale si sarebbe trovato se il pagamento fosse stato tempestivo.

Sicché nemmeno il riconoscimento all'attuale appellata di tale forma di interessi è per se stesso suscettibile di censura.

7 In conclusione, l'appello della Regione Calabria deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese processuali del presente grado sono liquidate secondo soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Condanna la Regione Calabria al rimborso all'appellata delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida nella misura di euro tremila, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 19 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)