

Ne discende che il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella vicenda de qua risulta in palese contrasto con il dovere di correttezza, per cui la mancata prestazione delle polizze fideiussorie che ha giustificato l'adozione del provvedimento di revoca è imputabile non ad una negligenza dell'ati ricorrente, bensì al citato comportamento omissivo contrastante con il doveri di correttezza e di buona fede, che con può non inficiare la legittimità del provvedimento di revoca con il conseguente accoglimento della pretesa ricorsuale tesa ad ottenere il risarcimento del danno subito in virtù dell'adozione del provvedimento di ritiro.

A sostegno della complessiva pretesa risarcitoria è stato fatto presente che la revoca dell'aggiudicazione sarebbe da imputare unicamente ad un comportamento colposo della stazione appaltante, la quale ha opposto un ingiustificato rifiuto alla richiesta dell'aggiudicataria di avere i documenti ritenuti necessari dalle compagnie assicurative ai fini del rilascio delle relative polizze.

deve essere valutato se il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nel rifiutare di consegnare all'ati ricorrente la documentazione richiesta dalle compagnie assicurative possa essere considerata contra legem ed inficiare conseguentemente la legittimità del provvedimento di revoca.

Passando all'esame di merito delle dedotte doglianze con specifico riferimento alle voci di danno richieste deve essere evidenziato, in linea con quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez.VI, n.2751/2008, che i costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e la partecipazione alla gara si colorano come danno emergente solo quando l'impresa subisce un'illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in una trattativa inutile; nel caso in cui l'impresa ottiene il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, cui è equiparabile la revoca dell'aggiudicazione, non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione.

Ciò premesso, pertanto, il Collegio ritiene che nella presente controversia ai fini della quantificazione del danno risarcibile si possa far ricorso all'istituto di cui all'art. 35, comma 2, del D.lgvo n.80/1998, il quale prevede che nelle controversie risarcitorie il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine.

A tal fine deve essere evidenziato che la proposta della resistente stazione appaltante, da comunicare alla impresa ricorrente entro 60 gg. dalla comunicazione o notificazione della presente decisione, dovrà individuare come voci risarcitorie il lucro cessante nonché il danno curriculare.

Per quanto concerne, invece, la quantificazione delle suddette voci risarcitorie, premesso che il danno curriculare dovrà essere determinato nella percentuale del 3% sulla somma che sarà liquidata a titolo di lucro cessante, il criterio primario per determinare tale ultima tipologia di danno nella sua concretezza è quello della misura prevista dal concorrente medesimo nell'offerta o nella sua disaggregazione analitica costituita dalle giustificazioni degli elementi costitutivi della stessa o in qualsiasi altro atto o documento, mentre la misura massima del 10% è residuale.

Applicando tali principi alla fattispecie in esame si ha che:

I) nel caso di riconosciuta illegittimità della revoca dell'aggiudicazione spetta, per la ragioni di cui sopra, il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, quantificato tenendo conto del guadagno che l'impresa avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto;

II) qualora invece la revoca de qua risulti essere stata legittimamente adottata, tale circostanza di per sé non sufficiente ad escludere il risarcimento per lesione dell'interesse negativo, atteso che, come affermato dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza n. 3380/2008, a seguito della legittima revoca dell'aggiudicazione spetta all'aggiudicatario il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa, ma sempre che il comportamento tenuto dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e che tale comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro; il risarcimento eventualmente dovuto riguarda il solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata.

In merito, dopo aver acquisito le manifestazioni di interesse da parte delle imprese interessate a partecipare alla trattativa privata de qua, con nota del 24 gennaio 2006, ha invitato le imprese che avevano manifestato tale disponibilità, a formulare formale richiesta di essere invitate alla suddetta

trattativa, la quale è stata caratterizzata per quanto riguarda l'odierna istante dalla seguente dinamica temporale:

- a) con nota inviata tramite fax in data 10.2.2006 la stazione appaltante ha reso edotta la ricorrente della possibilità di prendere visione degli elaborati di progetto per il giorno 17.2.2006, regolarmente effettuata da parte di un delegato;
- b) il 22.3.2006 l'ati ricorrente ha presentato la propria offerta, dichiarando di essere a conoscenza di una serie di condizioni, dettagliatamente riportate nella memoria della resistente amministrazione (pagg.23 e 24);
- c) con determinazione del 27.3.2006 i lavori de quibus sono stati aggiudicati all'odierna istante, la quale con nota del 30.3.2006 è stata invitata a produrre entro il 5.4.2006 la seguente documentazione: c1) l'atto costitutivo dell'ati;
- c2) le garanzie fideiussorie a titolo di cauzione definitiva previste dall'art.7 del capitolato speciale di appalto;
- c3) le polizze assicurative per responsabilità civile verso terzi e per danni da esecuzione;
- c4) le certificazioni antimafie;
- d) con nota del 31.3.2006 il raggruppamento ricorrente, nel rappresentare alla stazione appaltante l'impossibilità di produrre nel termine assegnato tutta la documentazione di cui sopra, ha al contempo richiesto ai fini del rilascio da parte delle compagnie assicurative delle richieste polizze gli elaborati progettuali, il testo del contratto da sottoscrivere nonché l'indicazione delle caratteristiche tecniche dei manufatti da realizzare;
- e) in relazione a tale ultima richiesta la stazione appaltante si è limitata ad accordare un nuovo termine (12.4.2006) per la produzione della ripetuta documentazione;
- f) prima della scadenza del nuovo termine l'aggiudicataria con nota del 10.4.2006 faceva presente che la documentazione consegnata non era stata ritenuta sufficiente dalle compagnie assicurative, le quali ai fini del rilascio delle polizze avevano richiesto di prendere visione delle indagini geologiche e del contenuto del futuro contratto;
- g) in riscontro a tale nota la stazione appaltante in data 13.4.2006 intimava all'aggiudicataria di trasmettere tutta la richiesta documentazione entro il 18.4.2006, facendo al contempo riserva che in caso di infruttuosa scadenza del suddetto termine sarebbe stata disposta la revoca dell'aggiudicazione;
- h) non avendo l'ati aggiudicataria ottemperato a quanto intimato, con decreto direttoriale del 20.4.2006, trasmesso all'interessata il 26.4.2006, è stato adottato il preannunciato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Con il proposto gravame il raggruppamento ricorrente, sul presupposto dell'illegittimità del provvedimento di revoca e ritenendo che nel comportamento complessivo tenuto nella vicenda de qua dalla stazione appaltante fossero ravvisabili tutti gli elementi costitutivi della responsabilità per lesione di una situazione soggettiva di interesse legittimo, ha chiesto la condanna di quest'ultima al risarcimento delle seguenti voci di danno, comprensive di interessi legali e di rivalutazione monetaria:

- I) le spese e i costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura ammontanti complessivamente ad Euro 411.750,84=
- II) la perdita di chance legata all'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, quantificabile in via equitativa nella misura non inferiore al 3% del prezzo offerto per l'esecuzione dei lavori;
- III) l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di stipula del contratto non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, nella misura del 10% del valore dell'appalto;

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

L'ati ricorrente ha fatto presente che la revoca dell'aggiudicazione deve ritenersi illegittima in quanto assunta in palese contrasto con i principi di buona fede e di imparzialità

A sostegno di tale prospettazione è stato sostenuto che:

- a) il termine assegnato per la presentazione della documentazione, comprensivo sia del termine originario che delle due successive proroghe, risultava essere troppo breve, anche tenendo conto dell'urgenza della realizzazione dell'opera oggetto dell'appalto in questione;
- b) in ogni caso la mancata tempestiva produzione delle polizze assicurative era da imputare esclusivamente ad un comportamento della stazione appaltante, la quale senza alcuna fondata giustificazione non aveva reso disponibile la documentazione richiesta dalle compagnie assicurative per il rilascio delle relative polizze.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

- 1) l'attuale istante aveva visionato gli elaborati progettuali in data 17.2.2006 senza formulare alcuna riserva in merito;
- 2) con nota del 22.2.2006 la stazione appaltante aveva comunicato alla odierna ricorrente la disponibilità, su supporto informatico, degli elaborati costituenti il progetto delle opere da realizzare al fine di consentire a quest'ultima di eseguire tutti gli approfondimenti necessari per la formulazione della migliore offerta nei ristretti tempi previsti per la conclusione del procedimento;
- 3) nell'offerta presentata la ricorrente aveva testualmente dichiarato di:
 - 3a) di essere a conoscenza delle circostanze particolari e delle soggezioni derivanti dal riappalto dell'opera nonché degli oneri aggiuntivi e particolari di cui al capitolato integrativo dell'appalto e di cui alla direttoriale del 24.1.2006;
 - 3b) di accettare senza condizioni il contenuto e la relativa stima delle lavorazioni;
 - 3c) di essersi recata sul posto;
 - 3d) di avere preso conoscenza e di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni d'appalto e degli oneri;
 - 3e) di avere nel complesso preso conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed eccettuata;
 - 3f) di aver effettuato uno studio approfondito del progetto;
 - 3g) di aver preso piena conoscenza delle norme di capitolato speciale di appalto e di quello integrativo e di accettarne tutte le condizioni, tra le quali rientrava l'art.7 del citato capitolato speciale che prevedeva l'obbligo in capo all'appaltatore di prestare una garanzia fideiussoria pari al 10% dell'importo contrattuale a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi assunti. In simile contesto deve essere valutato se il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nel rifiutare di consegnare all'ati ricorrente la documentazione richiesta dalle compagnie assicurative possa essere considerata *contra legem* ed inficiare conseguentemente la legittimità del provvedimento di revoca.

In ordine a tale aspetto la resistente amministrazione ha fatto presente che gli atti di gara richiesti dalla citate compagnie erano stati visionati e conosciuti dall'ati già prima della presentazione dell'offerta, e, pertanto, tale circostanza di per sé escludeva che la mancata consegna dei suddetti atti successivamente alla aggiudicazione venisse a concretizzare un comportamento negligente in contrasto con il principio della buona fede.

Ciò precisato, deve in primis essere evidenziato che la richiesta delle compagnie assicurative di avere la citata documentazione risultava essere razionalmente giustificata considerate sia l'entità della cauzione, sia le problematiche che si erano verificate nell'esecuzione dei lavori de quibus e tenuto conto che la conoscenza delle conclusioni delle indagini geologiche, delle caratteristiche tecniche e delle condizioni

contrattuali che si sarebbero sottoscritte rappresentava il minimo che qualsiasi serio garante avrebbe potuto richiedere.

Nè può ritenersi, come affermato dalla stazione appaltante, che la richiesta documentazione era nella disponibilità dell'ati ricorrente, atteso che alla stessa era stata concessa prima della predisposizione dell'offerta solamente di prender visione della suddetta documentazione con il divieto espresso di farne copia.

Né infine il contestato rifiuto della stazione appaltante risulta essere giustificato in relazione alla natura riservata delle opere che dovevano essere realizzate, dato che, come ben evidenziato da parte ricorrente, la stazione appaltante poteva consentire alle compagnie assicuratrici solamente di prendere visione dei documenti de quibus, avuto presente che “che si trattava di soggetti destinati anch'essi a partecipare sia pure indirettamente all'esecuzione dell'appalto e comunque alla conclusione negoziale” (pag. 22 della memoria versata agli atti il).

Ne discende che il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella vicenda de qua risulta in palese contrasto con il dovere di correttezza, per cui la mancata prestazione delle polizze fideiussorie che ha giustificato l'adozione del provvedimento di revoca è imputabile non ad una negligenza dell'ati ricorrente, bensì al citato comportamento omissivo contrastante con il doveri di correttezza e di buona fede, che con può non inficiare la legittimità del provvedimento di revoca con il conseguente accoglimento della pretesa ricorsuale tesa ad ottenere il risarcimento del danno subito in virtù dell'adozione del provvedimento di ritiro.

Relativamente alle voci risarcitorie, per le ragioni di cui sopra, deve essere accolta unicamente la domanda di parte ricorrente ad ottenere il risarcimento dei danni subito per la mancata esecuzione del contratto, da individuare:

- a) nella perdita di chance legata all'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, quantificabile in via equitativa nella misura non inferiore al 3% del prezzo offerto per l'esecuzione dei lavori;
- b) l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di stipula del contratto non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, nella misura del 10% del valore dell'appalto.

Per quanto concerne la voce di danno di cui al punto a) c.d. "danno curriculare", consistente 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, il Collegio ritiene tale tipologia di danno risarcibile, in linea con il prevalente orientamento giurisprudenziale (ex plurimis CS, sez.VI, n. 2751/2008) secondo cui “Non è seriamente dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocumenti

all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara. In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale”_In ordine alla quantificazione della suddetta voce di danno appare equo riconoscere alla ricorrente la percentuale del 3% sulla somma che sarà liquidata a titolo di lucro cessante (cfr. CS, sez.VI, n.1514/2007)._Per quanto concerne, invece, la quantificazione del lucro cessante, il cui ammontare secondo la ricorrente deve essere individuato sulla base del criterio dell'utile presuntivo di cui all'art. 345 della L. n.2248/1865 all.F o in via equitativa, il Collegio, osserva che:

1) il criterio di cui citato art.345 nonché quello successivo, cui la Sezione si è recentemente uniformata (n.10227/2007), del 10% dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, ex art.122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 in tema di recesso unilaterale della p.a. dal contratto di appalto di opere pubbliche, recepito dall'art. 134 del D.lgvo n.163/2006, deve essere inteso come un criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con l'Amministrazione, e viene a concretizzare una sorta di forfetizzazione legale del danno nella sua misura massima, operante quando il pregiudizio non possa essere precisato e provato nel suo preciso ammontare;

2) tale forma di forfetizzazione del danno assumendo, quindi, una funzione residuale non può in alcun modo essere automaticamente riconosciuta al soggetto leso dal comportamento dell'amministrazione, in quanto un simile modus operandi risulterebbe in contrasto con il principio che impone al ricorrente nei giudizi risarcitori di provare l'entità del pregiudizio subito nonché comporterebbe il pericolo che all'impresa danneggiata possa essere riconosciuta una sorta di overcompensation in violazione della regola della risarcibilità del danno effettivamente sofferto di cui all'art.1223 del cod. civ.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 6997 del 14 luglio 2009 emessa dal Tar Lazio, Roma

**N. 06997/2009 REG.SEN.
N. 11546/2006 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ul ricorso numero di registro generale 11546 del 2006, proposto dalla spa GRANDI LAVORI RICORRENTE, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria dell'ati costituita con RICORRENTE DUE spa, IMPRESA PIETRO RICORRENTE TRE spa, RICORRENTE QUATTRO SERVIZI spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni e Gianluigi Pellegrino presso il cui studio in Roma, Corso Rinascimento n.11, è elettivamente domiciliata;

contro

Ministero delle Infrastrutture, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per ottenere:

la Condanna dell'intimato Ministero al risarcimento dei danni subiti a seguito della revoca, adottata con Decreto Direttoriale B3/0/335 del 20.4.2006, della precedente determinazione del 27.3.2006 con cui il Direttore Generale per l'Edilizia Statale e gli Interventi Speciali aveva individuato – nell'ambito di una procedura negoziata . l'impresa alla quale affidare l'appalto dei lavori di completamento della Scuola Marescialli dei Carabinieri di Firenze.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 giugno 2009 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

L'intimata amministrazione nel 2001 ha aggiudicato in esito ad una licitazione privata all'ati composta dalla spa B. e dalla spa T. e I.i Lavori l'appalto avente ad oggetto i lavori per la costruzione della Scuola Marescialli Carabinieri di Firenze.

Essendo l'ati aggiudicataria incorsa in gravi ritardi nell'esecuzione dei predetti lavori, nel 2005 il resistente Ministero ha disposto, ai sensi dell'art.341 della L. n.2248/1985, l'esecuzione in danno della citata ati dei lavori de quibus, indicando a tal fine una trattativa privata informale tra le imprese che avevano partecipato alla precedente licitazione.

In merito, dopo aver acquisito le manifestazioni di interesse da parte delle imprese interessate a partecipare alla trattativa privata de qua, con nota del 24 gennaio 2006, ha invitato le imprese che avevano manifestato tale disponibilità, a formulare formale richiesta di essere invitate alla suddetta trattativa, la quale è stata caratterizzata per quanto riguarda l'odierna istante dalla seguente dinamica temporale:

- a) con nota inviata tramite fax in data 10.2.2006 la stazione appaltante ha reso edotta la ricorrente della possibilità di prendere visione degli elaborati di progetto per il giorno 17.2.2006, regolarmente effettuata da parte di un delegato;
- b) il 22.3.2006 l'ati ricorrente ha presentato la propria offerta, dichiarando di essere a conoscenza di una serie di condizioni, dettagliatamente riportate nella memoria della resistente amministrazione (pagg.23 e 24);
- c) con determinazione del 27.3.2006 i lavori de quibus sono stati aggiudicati all'odierna istante, la quale con nota del 30.3.2006 è stata invitata a produrre entro il 5.4.2006 la seguente documentazione: c1) l'atto costitutivo dell'ati;
- c2) le garanzie fideiussorie a titolo di cauzione definitiva previste dall'art.7 del capitolato speciale di appalto;
- c3) le polizze assicurative per responsabilità civile verso terzi e per danni da esecuzione;
- c4) le certificazioni antimafie;
- d) con nota del 31.3.2006 il raggruppamento ricorrente, nel rappresentare alla stazione appaltante l'impossibilità di produrre nel termine assegnato tutta la

documentazione di cui sopra, ha al contempo richiesto ai fini del rilascio da parte delle compagnie assicurative delle richieste polizze gli elaborati progettuali, il testo del contratto da sottoscrivere nonché l'indicazione delle caratteristiche tecniche dei manufatti da realizzare;

e) in relazione a tale ultima richiesta la stazione appaltante si è limitata ad accordare un nuovo termine (12.4.2006) per la produzione della ripetuta documentazione;

f) prima della scadenza del nuovo termine l'aggiudicataria con nota del 10.4.2006 faceva presente che la documentazione consegnata non era stata ritenuta sufficiente dalle compagnie assicurative, le quali ai fini del rilascio delle polizze avevano richiesto di prendere visione delle indagini geologiche e del contenuto del futuro contratto;

g) in riscontro a tale nota la stazione appaltante in data 13.4.2006 intimava all'aggiudicataria di trasmettere tutta la richiesta documentazione entro il 18.4.2006, facendo al contempo riserva che in caso di infruttuosa scadenza del suddetto termine sarebbe stata disposta la revoca dell'aggiudicazione;

h) non avendo l'ati aggiudicataria ottemperato a quanto intimato, con decreto direttoriale del 20.4.2006, trasmesso all'interessata il 26.4.2006, è stato adottato il preannunciato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Con il proposto gravame il raggruppamento ricorrente, sul presupposto dell'illegittimità del provvedimento di revoca e ritenendo che nel comportamento complessivo tenuto nella vicenda de qua dalla stazione appaltante fossero ravvisabili tutti gli elementi costitutivi della responsabilità per lesione di una situazione soggettiva di interesse legittimo, ha chiesto la condanna di quest'ultima al risarcimento delle seguenti voci di danno, comprensive di interessi legali e di rivalutazione monetaria:

l) le spese e i costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura ammontanti complessivamente ad Euro 411.750,84=

II) la perdita di chance legata all'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, quantificabile in via equitativa nella misura non inferiore al 3% del prezzo offerto per l'esecuzione dei lavori;

III) l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di stipula del contratto non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, nella misura del 10% del valore dell'appalto;

A sostegno della complessiva pretesa risarcitoria è stato fatto presente che la revoca dell'aggiudicazione sarebbe da imputare unicamente ad un comportamento colposo della stazione appaltante, la quale ha opposto un ingiustificato rifiuto alla richiesta dell'aggiudicataria di avere i documenti ritenuti necessari dalle compagnie assicurative ai fini del rilascio delle relative polizze.

Si è costituita l'intimata amministrazione la quale:

a) ha prospettato l'inammissibilità del ricorso in quanto proposto senza che fosse stato ritualmente impugnato il provvedimento di revoca nonché il difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale, sostenendo a tal fine, genericamente, che la controversia in esame non aveva ad oggetto un affidamento di lavori pubblici in esito ad una procedura di evidenza pubblica di all'art.33 del D.lgvo n.80/1998;

b) relativamente alle dedotte pretese risarcitorie di cui ai punti II) e III) ha sostenuto che:

b1) non essendo nella fattispecie in esame individuabile alcun obbligo di procedere alla stipula del contratto con l'ati ricorrente, sarebbe da individuare solamente un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, per cui le pretese risarcitorie devono avere come oggetto unicamente le spese e i costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla trattativa privata;

b2) in ogni caso nessun comportamento colposo può essere ravvisabile nella fattispecie in esame per la mancata consegna della documentazione richiesta dalle

compagnie assicurative, avuto presente le circostanze dettagliatamente indicate a pag. 26 della memoria conclusionale;

c) ha proposto una domanda riconvenzionale chiedendo la condanna in solido delle società componenti l'ati aggiudicataria al risarcimento del danno quantificato nella differenza tra il prezzo offerto dalla suddetta ati e quello maggiore offerto dalla seconda classificata, cui il lavori de quibus sono stati successivamente affidati. Alla pubblica udienza del 18 febbraio 2009 il ricorso è stato assunto in decisione ed il Tribunale con sentenza n.2295 del 5.3.2009 ha ordinato all'intimato Ministero di depositare presso la Segreteria della Sezione, entro trenta gg. dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza, la seguente documentazione:

1) un'articolata relazione, firmata dal Direttore Generale per l'Edilizia Statale e gli Interventi Speciali, in devono essere indicate:

1a) le ragioni in base alle quali non è stata accolta la richiesta dell'ati aggiudicataria tesa ad avere copia del futuro contratto al fine di ottenere il rilascio delle polizze assicurative;

1b) se la copia del suddetto contratto è stata eventualmente richiesta e rilasciata alla concorrente cui sono stati aggiudicati i lavori de quibus dopo l'adozione del contestato provvedimento di revoca;

2) le polizze assicurative relative alla cauzione definitiva presentate dalla successiva aggiudicataria.

In esito a tale sentenza l'intimata amministrazione, nel versare agli atti la richiesta documentazione, ha precisato a mezzo della nota dell'Avvocatura dello Stato, che:

a) non era stato predisposto per la procedura de qua alcun schema di contratto;

b) l'aggiudicataria definitiva dei lavori non ha richiesto né alla stessa è stata fornita copia dello schema di contratto.

Alla pubblica udienza del 3 giugno 2009 il ricorso è stato nuovamente assunto in decisione.

Il Collegio è chiamato previamente ad esaminare le sollevate eccezioni di rito.

Per quanto riguarda il prospettato difetto di giurisdizione, apoditticamente affermato senza alcuna argomentazione a sostegno, deve essere rilevato che la procedura in questione si è concretizzata in una trattativa privata conclusasi con una graduatoria delle offerte presentate, per cui non è dato individuare alcuna ragione perché la suddetta procedura non possa essere ricompresa tra le procedure di affidamento di appalti pubblici indicate dall'art.33 del d.lgvo n.80/1998.

Relativamente alla seconda eccezione di rito con cui è stata prospettata l'inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di revoca, il Collegio, ben consapevole del noto contrasto tra l'indirizzo delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui ai fini del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, non può considerarsi necessaria la pregiudiziale impugnazione del provvedimento lesivo, sicché, qualora il g.a. dichiarasse inammissibile, per tale ragione, una domanda della specie, la sua decisione configurerebbe un rifiuto di esercizio della giurisdizione e si presterebbe, dunque, a cassazione da parte delle Sezioni Unite, quale giudice del riparto della giurisdizione (Cass. Sezz.UU. n.13659/2006), e quello dell'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato (n.4/2003 n.12/2007) che aveva dichiarato inammissibile una domanda risarcitoria per mancato rispetto del principio della pregiudiziale amministrativa, intende conformarsi all'orientamento della Cassazione, recentemente ribadito con la sentenza n.30254/2008, la quale nel riformare la citata sentenza n.12/07, al fine di giustificare il proprio orientamento in materia ha fatto presente che l'attribuzione al g.a. della tutela risarcitoria, in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica, presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza, sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al g.o.

e, per altro verso, che spetta, in linea di principio, al titolare dell'interesse sostanziale leso, nel caso in cui alla tutela risarcitoria si aggiunga altra forma di tutela (ad es., quella demolitoria), scegliere a quale far ricorso al fine di ottenere ristoro al pregiudizio subito.

Passando all'esame di merito delle dedotte doglianze con specifico riferimento alle voci di danno richieste deve essere evidenziato, in linea con quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez.VI, n.2751/2008, che i costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e la partecipazione alla gara si colorano come danno emergente solo quando l'impresa subisce un'illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in una trattativa inutile; nel caso in cui l'impresa ottiene il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, cui è equiparabile la revoca dell'aggiudicazione, non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione.

Applicando tali principi alla fattispecie in esame si ha che:

I) nel caso di riconosciuta illegittimità della revoca dell'aggiudicazione spetta, per la regioni di cui sopra, il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, quantificato tenendo conto del guadagno che l'impresa avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto;

II) qualora invece la revoca de qua risulti essere stata legittimamente adottata, tale circostanza di per sé non sufficiente ad escludere il risarcimento per lesione dell'interesse negativo, atteso che, come affermato dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza n. 3380/2008, a seguito della legittima revoca dell'aggiudicazione spetta all'aggiudicatario il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa, ma sempre che il comportamento tenuto

dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e che tale comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro; il risarcimento eventualmente dovuto riguarda il solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata.

Così precisato, l'ati ricorrente ha fatto presente che la revoca dell'aggiudicazione deve ritenersi illegittima in quanto assunta in palese contrasto con i principi di buona fede e di imparzialità

A sostegno di tale prospettazione è stato sostenuto che:

- a) il termine assegnato per la presentazione della documentazione, comprensivo sia del termine originario che delle due successive proroghe, risultava essere troppo breve, anche tenendo conto dell'urgenza della realizzazione dell'opera oggetto dell'appalto in questione;
- b) in ogni caso la mancata tempestiva produzione delle polizze assicurative era da imputare esclusivamente ad un comportamento della stazione appaltante, la quale senza alcuna fondata giustificazione non aveva reso disponibile la documentazione richiesta dalle compagnie assicurative per il rilascio delle relative polizze.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

- 1) l'attuale istante aveva visionato gli elaborati progettuali in data 17.2.2006 senza formulare alcuna riserva in merito;
- 2) con nota del 22.2.2006 la stazione appaltante aveva comunicato alla odierna ricorrente la disponibilità, su supporto informatico, degli elaborati costituenti il progetto delle opere da realizzare al fine di consentire a quest'ultima di eseguire tutti gli approfondimenti necessari per la formulazione della migliore offerta nei ristretti tempi previsti per la conclusione del procedimento;

3) nell'offerta presentata la ricorrente aveva testualmente dichiarato di:

3a) di essere a conoscenza delle circostanze particolari e delle soggezioni derivanti dal riappalto dell'opera nonché degli oneri aggiuntivi e particolari di cui al capitolato integrativo dell'appalto e di cui alla direttoriale del 24.1.2006;

3b) di accettare senza condizioni il contenuto e la relativa stima delle lavorazioni;

3c) di essersi recata sul posto;

3d) di avere preso conoscenza e di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni d'appalto e degli oneri;

3e) di avere nel complesso preso conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed eccettuata;

3f) di aver effettuato uno studio approfondito del progetto;

3g) di aver preso piena conoscenza delle norme di capitolato speciale di appalto e di quello integrativo e di accettarne tutte le condizioni, tra le quali rientrava l'art.7 del citato capitolato speciale che prevedeva l'obbligo in capo all'appaltatore di prestare una garanzia fideiussoria pari al 10% dell'importo contrattuale a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi assunti.

In simile contesto deve essere valutato se il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nel rifiutare di consegnare all'ati ricorrente la documentazione richiesta dalle compagnie assicurative possa essere considerata *contra legem* ed inficiare conseguentemente la legittimità del provvedimento di revoca.

In ordine a tale aspetto la resistente amministrazione ha fatto presente che gli atti di gara richiesti dalla citate compagnie erano stati visionati e conosciuti dall'ati già prima della presentazione dell'offerta, e, pertanto, tale circostanza di per sé escludeva che la mancata consegna dei suddetti atti successivamente alla aggiudicazione venisse a concretizzare un comportamento negligente in contrasto con il principio della buona fede.

Ciò precisato, deve in primis essere evidenziato che la richiesta delle compagnie assicurative di avere la citata documentazione risultava essere razionalmente giustificata considerate sia l'entità della cauzione, sia le problematiche che si erano verificate nell'esecuzione dei lavori de quibus e tenuto conto che la conoscenza delle conclusioni delle indagini geologiche, delle caratteristiche tecniche e delle condizioni contrattuali che si sarebbero sottoscritte rappresentava il minimo che qualsiasi serio garante avrebbe potuto richiedere.

Nè può ritenersi, come affermato dalla stazione appaltante, che la richiesta documentazione era nella disponibilità dell'ati ricorrente, atteso che alla stessa era stata concessa prima delle predisposizione dell'offerta solamente di prender solamente visione della suddetta documentazione con il divieto espresso di farne copia.

Né infine il contestato rifiuto della stazione appaltante risulta essere giustificato in relazione alla natura riservata delle opere che dovevano essere realizzate, dato che, come ben evidenziato da parte ricorrente, la stazione appaltante poteva consentire alle compagnie assicuratrici solamente di prendere visione dei documenti de quibus, avuto presente che “che si trattava di soggetti destinati anch'essi a partecipare sia pure indirettamente all'esecuzione dell'appalto e comunque alla conclusione negoziale” (pag. 22 della memoria versata agli atti il).

Ne discende che il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella vicenda de qua risulta in palese contrasto con il dovere di correttezza, per cui la mancata prestazione delle polizze fideiussorie che ha giustificato l'adozione del provvedimento di revoca è imputabile non ad una negligenza dell'ati ricorrente, bensì al citato comportamento omissivo contrastante con il doveri di correttezza e di buona fede, che con può non inficiare la legittimità del provvedimento di revoca con il conseguente accoglimento della pretesa ricorsuale tesa ad ottenere il risarcimento del danno subito in virtù dell'adozione del provvedimento di ritiro.

Relativamente alle voci risarcitorie, per le ragioni di cui sopra, deve essere accolta unicamente la domanda di parte ricorrente ad ottenere il risarcimento dei danni subito per la mancata esecuzione del contratto, da individuare:

- a) nella perdita di chance legata all'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, quantificabile in via equitativa nella misura non inferiore al 3% del prezzo offerto per l'esecuzione dei lavori;
- b) l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di stipula del contratto non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, nella misura del 10% del valore dell'appalto.

Per quanto concerne la voce di danno di cui al punto a) c.d. "danno curriculare", consistente 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, il Collegio ritiene tale tipologia di danno risarcibile, in linea con il prevalente orientamento giurisprudenziale (ex plurimis CS, sez.VI, n. 2751/2008) secondo cui "Non è seriamente dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocuenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara. In linea di massima, allora,

deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale”

In ordine alla quantificazione della suddetta voce di danno appare equo riconoscere alla ricorrente la percentuale del 3% sulla somma che sarà liquidata a titolo di lucro cessante (cfr. CS, sez.VI, n.1514/2007).

Per quanto concerne, invece, la quantificazione del lucro cessante, il cui ammontare secondo la ricorrente deve essere individuato sulla base del criterio dell'utile presuntivo di cui all'art. 345 della L. n.2248/1865 all.F o in via equitativa, il Collegio, osserva che:

1) il criterio di cui citato art.345 nonchè quello successivo, cui la Sezione si è recentemente uniformata (n.10227/2007), del 10% dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, ex art.122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 in tema di recesso unilaterale della p.a. dal contratto di appalto di opere pubbliche, recepito dall'art. 134 del D.lgvo n.163/2006, deve essere inteso come un criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con l'Amministrazione, e viene a concretizzare una sorta di forfetizzazione legale del danno nella sua misura massima, operante quando il pregiudizio non possa essere precisato e provato nel suo preciso ammontare;

2) tale forma di forfetizzazione del danno assumendo, quindi, una funzione residuale non può in alcun modo essere automaticamente riconosciuta al soggetto leso dal comportamento dell'amministrazione, in quanto un simile modus operandi risulterebbe in contrasto con il principio che impone al ricorrente nei giudizi risarcitori di provare l'entità del pregiudizio subito nonché comporterebbe il pericolo che all'impresa danneggiata possa essere riconosciuta una sorta di

overcompensation in violazione della regola della risarcibilità del danno effettivamente sofferto di cui all'art.1223 del cod. civ.

Ciò premesso, pertanto, il Collegio ritiene che nella presente controversia ai fini della quantificazione del danno risarcibile si possa far ricorso all'istituto di cui all'art. 35, comma 2, del D.lgvo n.80/1998, il quale prevede che nelle controversie risarcitorie il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine.

A tal fine deve essere evidenziato che la proposta della resistente stazione appaltante, da comunicare alla impresa ricorrente entro 60 gg. dalla comunicazione o notificazione della presente decisione, dovrà individuare come voci risarcitorie il lucro cessante nonché il danno curriculare.

Per quanto concerne, invece, la quantificazione delle suddette voci risarcitorie, premesso che il danno curriculare dovrà essere determinato nella percentuale del 3% sulla somma che sarà liquidata a titolo di lucro cessante, il criterio primario per determinare tale ultima tipologia di danno nella sua concretezza è quello della misura prevista dal concorrente medesimo nell'offerta o nella sua disaggregazione analitica costituita dalle giustificazioni degli elementi costitutivi della stessa o in qualsiasi altro atto o documento, mentre la misura massima del 10% è residuale.

Infine sulla somma complessiva da riconoscere a titolo di risarcimento del danno deve essere computata la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è risultata illegittimamente aggiudicataria fino a quella di deposito della decisione del giudice del risarcimento, data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta; sulle somme rivalutate non si devono invece aggiungere gli interessi nella misura legale, atteso che altrimenti si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo

stesso avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto. (CS, sez.IV, n. 1377/2007).

La stazione appaltante ha quindi l'onere di procedere alla responsabile determinazione del lucro cessante in base ai criteri suesposti.

Inammissibile deve essere dichiarata la domanda riconvenzionale proposta dall'intimato Ministero con cui è stata richiesta la condanna in solido delle società componenti l'ati aggiudicataria al risarcimento del danno quantificato nella differenza tra il prezzo offerto dalla suddetta ati e quello maggiore offerto dalla seconda classificata, cui il lavori de quibus sono stati successivamente affidati.

Al riguardo deve essere osservato che:

I) secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa, cui il Collegio intende conformarsi, nel processo amministrativo la domanda riconvenzionale comportando l'ampliamento dell'oggetto del giudizio deve essere proposta con ricorso incidentale (CS, sez.V, n.353/2001; Tar Umbria, n.336/2003; Tar Veneto. Sez.II, n.2221/2006);

II) nella controversia in esame la domanda riconvenzionale risulta essere palesemente inammissibile in quanto notificata dopo circa due anni dal deposito del ricorso principale.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.11546 del 2006, come in epigrafe proposto lo accoglie e, per gli effetti, condanna l'intimata amministrazione al risarcimento del danno, da quantificare secondo i criteri di cui in motivazione. e dichiara inammissibile la domanda riconvenzionale proposta dall'intimata amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/07/2009

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

IL SEGRETARIO