

C'è una precisa colpa di una Stazione appaltante per l' <esistenza nel disciplinare di una disposizione, introdotta dalla stessa Amministrazione, che non avrebbe consentito l'esclusione dell'a.t.i. ricorrente. Si è dunque verificata la violazione di un canone che la Provincia si era vincolata ad osservare nel giudizio di ammissione delle concorrenti alla gara, anche in difformità all'orientamento espresso dall'Autorità di Vigilanza>: si rivela quindi non plausibile, ai fini dell'esclusione della colpa, il preteso obbligo di osservare una disposizione di rango superiore, già formalmente disattesa in sede di disciplinare

Né appare condivisibile la radicale negazione di un diritto al risarcimento, sostenuta con il rilievo che non vi era alcuna certezza che la concorrente si sarebbe aggiudicata la gara. Costituisce, infatti, principio assolutamente consolidato, a partire dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, che anche le posizioni qualificabili come interesse legittimo, ove incise dal provvedimento amministrativo, siano suscettibili di risarcimento. E non è dubbio che il concorrente cui sia illegittimamente impedito di partecipare alla gara vanta nei confronti dell'Amministrazione una posizione soggettiva meritevole di tutela. **la giurisprudenza ha affermato che al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance è necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.** L'entità del pregiudizio è stato valutato dai giudici in via equitativa nella misura di un decimo dell'offerta aggiudicataria rapportato al numero delle imprese partecipanti oltre l'impresa ingiustamente esclusa. Il criterio seguito non risulta irragionevole e merita quindi di essere confermato.

Dalla lettura della decisione numero 1622 del 19 marzo 2009, emessa dal Consiglio di Stato impariamo che:

< I primi giudici, ai fini della quantificazione del danno in via equitativa, hanno fatto applicazione di un criterio non irragionevole, che trova riscontro nella giurisprudenza amministrativa, e che è destinato a compensare, oltre gli oneri sopportati per la partecipazione, la privazione della chance di aggiudicarsi un vantaggioso rapporto contrattuale.

L'appello va dunque respinto anche per questa parte.>

Ma vi è di più

< Il secondo degli appelli in epigrafe è stato proposto dall'impresa ALFA, in proprio e quale mandataria in a.t.i., per la riforma della sentenza nella parte in cui ha accordato un risarcimento del danno subito che non comprende, a titolo di lucro cessante, l'ammontare dell'utile che sarebbe stato ritratto dall'esecuzione dell'appalto.

La pretesa dell'appellante non può essere condivisa per le ragioni esaurientemente esposte dai primi giudici.

E' incontrovertibile che l'appellante non ha potuto partecipare alla gara per fatto imputabile all'Amministrazione. Ciò ha comportato che il procedimento si è concluso senza che potesse essere accertato, nella idonea sede procedimentale, che la gara sarebbe stata vinta dall'appellante, quale presentatrice, secondo l'assunto, della offerta recante il maggior ribasso.

E' da condividere l'eccezione con la quale l'Amministrazione ha fatto rilevare che la domanda volta all'accertamento circa l'esito che avrebbe avuto la gara se l'appellante fosse stata ammessa, avrebbe dovuto essere proposta in primo grado e che non è ammissibile proporla per la prima volta in appello. Nella specie, pertanto, il danno risarcibile è stato correttamente individuato dai primi giudici nell'importo degli oneri sostenuti per la partecipazione alla gara, cui è da aggiungere il ristoro per la perdita di chance.>

Si legga anche:

Il parere del Consiglio di Stato sul riconoscimento delle spese di partecipazione intese come costi di predisposizione dell'offerta ad una procedura ad evidenza pubblica, a seguito di mancata aggiudicazione nonché in merito al dimezzamento del danno da mancato utile (dovuto alla partecipazione in Ati con altra impresa, peraltro non interessata al giudizio) e da mancato assorbimento delle spese generali quando va riconosciuta la perdita di chance?

la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione alla gara rilevano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in rilievo il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili e addirittura illegittime. I costi di partecipazione alla gara qualificati come danno emergente in caso di condotta illecita della stazione appaltante vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e solo ove tale rinnovo non sia possibile vengono ristorati per equivalente. Tuttavia, allorché venga concesso il risarcimento dell'interesse positivo (cioè quello che l'impresa avrebbe tratto dall'aggiudicazione della gara a suo favore) viene esclusa in radice la risarcibilità dell'interesse negativo (cioè delle spese sopportate per la partecipazione alla gara) che è invece tipico della diversa ipotesi, non ricorrente nel caso di specie, della responsabilità precontrattuale (in cui l'interesse da ristorare è quello, appunto negativo, a non essere coinvolti in attività inutili

merita di essere segnalata la decisione numero 3340 del 4 luglio 2008, inviata per la pubblicazione in data 11 luglio 2008, emessa dal Consiglio di Stato

<concedendo il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara in aggiunta al risarcimento dell'interesse positivo, si concederebbe al partecipante ad una gara di pubblico appalto un beneficio maggiore di quello che deriverebbe da una partecipazione regolare e addirittura dalla stessa aggiudicazione, vale a dire il rimborso di costi che restano ordinariamente a carico dell'impresa partecipante>

Ma non solo

< Né, d'altro canto, appare ammissibile il profilo risarcitorio autonomo riferito alla voce in questione, attesa la più generale richiesta di risarcimento di quanto l'impresa avrebbe tratto dall'aggiudicazione della gara a suo favore.>

E per quanto riguarda le spese legali?

< Per quanto riguarda la dedotta erroneità della motivazione della sentenza con riferimento al mancato riconoscimento delle spese legali e del contenzioso in genere, rileva il Collegio come dette voci fossero state ricomprese, come risulta dalla relazione del C.T.U.(pag.26) nei costi per la predisposizione dell'offerta, punto la cui definizione il C.T.U. aveva demandato al Tribunale.

Tale circostanza fa già di per sé ritenere infondata la censura, sulla base di quanto già esposto sub 2.1>

Ma ancor più interessante appare il seguente passaggio:

< Per quanto riguarda la dedotta erroneità della motivazione con riferimento al dimezzamento del danno da mancato utile e da mancato assorbimento delle spese generali, va rilevato come l'offerta economica sia stata presentata dal costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе composto dalla soc. ALFA Engineering s.p.a. e ALFABIS Ltd., con ciò attestando la comune volontà delle impresе alla assunzione delle responsabilità e dei compiti derivanti dalla eventuale aggiudicazione, come pure la imputazione ad entrambe dei guadagni connessi alla esecuzione dell'appalto de quo.

Non avendo la ALFABISs Ltd. proposto azioni risarcitorie in proprio e non essendo stata parte del procedimento né in I né in II grado né risultando(come già rilevato dal giudice di I grado) che in sede di giudizio di I grado la soc. ALFA sia stata sostituito processuale di ALFABISs Ltd., l'attribuzione alla soc. ALFA del 50% dell'importo stimato dal C.T.U., disposto nella sentenza impugnata, appare condivisibile.>

E cosa dire sulla richiesta della perdita di chance?

< Al riguardo, va rilevato che la perdita di chance, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purchè certo ed altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile, bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato(ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'id quod plerumque accidit sulla base di elementi forniti dal danneggiato(cfr., in termini, Cons. Stato, VI Sez., 7 febbraio 2002 n. 686; IV Sez., 4 ottobre 2007 n. 5174).

Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance è, quindi, necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verificaione futura del danno e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta(cfr., in termini, IV Sez. n. 5174/07 cit.).>

Ed ancora

< Oppone l'appellante che l'aggiudicazione dell'appalto di cui si controverte avrebbe consentito a ALFA di conseguire un referenza tale da garantirgli l'acquisizione di ulteriori commesse direttamente, senza unirsi necessariamente ad altre impresе che ha invece dovuto associare per conseguire determinati affidamenti.

Ritiene il Collegio che nelle argomentazioni offerte dall'appellante non siano ravvisabili e riconoscibili i concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato: non è, invero, comprovato, nella valutazione con giudizio prognostico ex ante, sulla base degli elementi di fatto forniti dal danneggiato, secondo l'id quod plerumque accidit, la sussistenza di nesso causale tra il danno e il risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il

danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta(cfr. dec. IV sez., n. 5174/07 cit.).

Né tale carenza di prova è ovviabile con l'applicazione dell'art. 1226 cod.civ., posto che l'applicazione di tale norma è limitata alla possibilità di quantificare il danno la cui esistenza sia stata comunque provata(cfr. dec. cit.)>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

N.1622/09 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

N. Reg.Ric.2380-
2822

Sezione Quinta

Anno 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul **ricorso in appello n. 2380 del 2007**, proposto dall'Amministrazione Provinciale di Catanzaro, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Tranquillo, elettivamente domiciliata presso la signora Ilaria Tranquillo in Roma, via Di Tullio 11;

contro

ALFA Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Impresa ALFADUE S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., Costruzioni ALFATRE S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., ALFAQUATTRO Precompressi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., quali componenti di costituenda ATI, rappresentate e difese dall'avv. Antonio Romei, elettivamente domiciliato presso il medesimo in Roma, via Bocca di Leone 78;

e nei confronti

della BETA Costruzioni, in proprio e quale capo gruppo in a.t.i. con le imprese BETADUE s.p.a. e BETATRE Costruzioni s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv.

Francesco Scalzi e dall'avv. Franco Gaetano Scoca, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Paisiello 55;

e

sul **ricorso in appello n. 2822 del 2007**, proposto dalla ALFA Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Impresa ALFADUE S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., Costruzioni ALFATRE S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., ALFAQUATTRO Precompressi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., quali componenti di costituenda ATI, rappresentate e difese dall'avv. Antonio Romei, elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via Bocca di Leone 78

contro

l'Amministrazione Provinciale di Catanzaro, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Tranquillo, elettivamente domiciliata presso la signora Ilaria Tranquillo in Roma, via Di Tullio 11, e

BETA Costruzioni, in proprio e quale capo gruppo in a.t.i. con le imprese BETADUE s.p.a. e BETATRE Costruzioni s.p.a., non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione di Catanzaro, 23 novembre 2006 n. 1414 resa tra le parti.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione nei due giudizi come in epigrafe;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 18 novembre 2008 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avv.ti N. Paoletti per delega di Tranquillo, Mastroianni per delega di Romei e Scalzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Come correttamente riferito dalla sentenza appellata, l'impresa ALFA Costruzioni S.r.l., l'Impresa ALFADUE S.p.a., la Costruzioni ALFATRE S.r.l. e la ALFAQUATTRO Precompressi S.r.l., componenti di costituenda ATI orizzontale, partecipavano al pubblico incanto indetto dall'Amministrazione Provinciale di Catanzaro per l'affidamento dell'appalto dei lavori di ampliamento ed ammodernamento (fondo valle in sx del fiume Corace) SS. 280 - Case Grimaldi - Catanzaro Lido, dell'importo complessivo di € 40.282.300,00.

Nella seduta del 15 dicembre 2005 la Commissione disponeva l'esclusione dell'ATI costituenda, rilevando che la mandante ALFADUE S.p.a. possiede, nel quinquennio precedente la pubblicazione del bando, una cifra di affari di € 30.084.086,00, inferiore a quella necessaria (pari almeno a tre volte la percentuale dell'importo complessivo di propria spettanza ed ammontante ad € 30.090.878,00) per la quota di lavori del 24,90%, che aveva dichiarato di voler assumere. Ciò in riferimento alla previsione di cui al punto 1, lettera g, del disciplinare di gara, relativa all'attestazione del possesso di "*...una cifra d'affari in lavori, conseguita nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, non inferiore a tre volte la percentuale dell'importo complessivo dei lavori a base di gara di sua spettanza...*".

Nella stessa seduta la Commissione aggiudicava in via provvisoria la gara all'ATI con capo gruppo BETA Costruzioni s.p.a.

Avverso detti provvedimenti hanno proposto ricorso le imprese concorrenti sopra menzionate, deducendo la violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli articoli 1, comma 4, 3, comma 6, del DPR n. 34/2000 e dell'art. 95, comma 2, del DPR 554/1999 e violazione della *lex specialis*, nonché eccesso di potere per travisamento,

errore sui presupposti di fatto e di diritto, illogicità, contraddittorietà e sviamento. L'a.t.i. ALFA ha avanzato anche domanda di risarcimento dei danni, per il caso in cui l'interesse alla partecipazione alla gara dovesse risultare definitivamente pregiudicato.

Con ordinanza n. 68 del 26 gennaio 2006 il TAR ha respinta la domanda cautelare proposta.

Successivamente, con ordinanza n. 1249 del 14 marzo 2006 il Consiglio di Stato, Sez. V, in riforma dell'ordinanza n. 68/2006, ha accolto la domanda cautelare.

Il TAR ha accolto il ricorso con la sentenza in epigrafe, ritenendo di non poter prescindere dalla considerazione dell'art. 95, secondo comma, del DPR n. 554/1999, ai sensi del quale *“per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”*.

La domanda risarcitoria, è stata accolta per equivalente ai sensi dell'art. 246 del d.lgs. n. 163 del 2006, considerando che il contratto era già stato stipulato. I primi giudici hanno condannato la Provincia di Catanzaro al pagamento della somma di Euro 5.000,00 a titolo di danno emergente e di Euro 844.856,59 a titolo di lucro cessante, oltre interessi dalla data di stipulazione del contratto.

Avverso la sentenza hanno proposto appello (n. 2380 del 2007) l'Amministrazione Provinciale di Catanzaro e, in via “incidentale”, l'a.t.i. aggiudicataria con capo gruppo BETA Costruzioni s.p.a., chiedendone la riforma, previa sospensione dell'efficacia, sia per la parte relativa all'annullamento dell'esclusione dalla gara, sia per il capo riguardante la condanna al risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio il raggruppamento guidato dalla ALFA Costruzioni s.r.l. per sostenere l'infondatezza del gravame.

Lo stesso gruppo ha poi avanzato un proprio ricorso in appello (n. 2822 del 2007) per censurare il capo di sentenza relativo al risarcimento accordato, rivendicando il diritto

all'intero importo del profitto perduto, affermando che, ove ammesso alla gara, avrebbe conseguito l'aggiudicazione, quale autore del più favorevole ribasso.

In questo giudizio si è costituita la Amministrazione Provinciale di Catanzaro per resistere all'impugnazione.

Con ordinanza 17 aprile 2007 n. 1939 la Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta dalla Provincia nel proprio ricorso.

Alla pubblica udienza del 18 novembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il 21 novembre 2008 è stato depositato il dispositivo della decisione che ha respinto entrambi gli appelli.

DIRITTO

1. Gli appelli sono rivolti avverso la stessa sentenza di primo grado. Essi pertanto vanno riuniti e definiti con unica decisione.

2. Va preso in esame per primo l'appello n. 2380 del 2007 proposto dall'Amministrazione Provinciale di Catanzaro per denunciare l'erroneità della sentenza, sia per quanto riguarda la affermata illegittimità dell'esclusione del raggruppamento ALFA, sia per ciò che concerne la condanna al risarcimento del danno.

Come già riferito nel cenno dei fatti, l'esclusione della detta ATI ha avuto luogo in quanto è risultato che, come emerge dal verbale del 15 dicembre 2005, la mandante ALFADUE S.p.a. possedeva, nel quinquennio precedente la pubblicazione del bando, una cifra di affari di € 30.084.086,00, inferiore a quella necessaria (pari almeno a tre volte la percentuale dell'importo complessivo di propria spettanza ed ammontante ad € 30.090.878,00) per la quota di lavori del 24,90%, che aveva dichiarato di voler assumere. Ciò in riferimento alla previsione di cui al punto 1, lettera g, del disciplinare di gara, relativa all'attestazione del possesso di "*...una cifra d'affari in lavori, conseguita nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando,*

non inferiore a tre volte la percentuale dell'importo complessivo dei lavori a base di gara di sua spettanza...".

Nell'aderire a siffatta interpretazione della norma la Commissione ha espressamente richiamato la determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001 dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici che, per quanto interessa in questa sede, ha precisato che *"Gli appalti di importo complessivo superiore a euro 20.658.276 (lire 40 miliardi) pongono, invece, il problema di stabilire se le mandatarie e le mandanti, sia dei raggruppamenti orizzontali, sia di quelli verticali e sia di quelli misti - nel caso che gli importi cui sono da riferirsi le attestazioni di qualificazione siano inferiori a euro 20.658.276 (lire 40 miliardi) - debbano dimostrare di aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari in lavori non inferiore a tre volte la percentuale dell'importo complessivo di loro spettanza (articolo 3, comma 6, del dpr 34/2000). Non vi è dubbio che tale obbligo deve sussistere in quanto in caso contrario non vi sarebbe par condicio fra soggetto singolo e soggetti plurimi"*.

I primi giudici non hanno condiviso la tesi in base ad una ricostruzione del quadro normativo, cui concorrono: a) il disposto di cui all'art. 1, comma 4, del DPR 25 gennaio 2000 n. 34, a norma del quale *"Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai titoli III e IV"*; b) l'art. 3, comma 6, del medesimo d.P.R. n. 34/2000, a norma del quale: *"per gli appalti di importo a base di gara superiore a L. 40.000.000.000 (euro 20.658.276), l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore*

a tre volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'articolo 18, commi 3 e 4, ed è soggetto a verifica secondo l'articolo 10, comma 1-quater, della legge).

Rilevato che quest'ultima disposizione si esprime in termini generali, con riferimento a qualsiasi partecipante alla gara, indipendentemente dal fatto che si tratti di concorrente che sia soggetto singolo ovvero soggetto plurimo, il TAR si è posto il problema se il requisito della cifra di affari debba essere riferito a ciascun partecipante alla gara ovvero anche a ciascuna impresa la cui partecipazione alla gara abbia luogo nell'ambito, tra le altre possibilità, di un consorzio o di un'associazione temporanea.

Il problema è stato risolto facendo applicazione dell'art. 95, secondo comma, del DPR n. 554/1999, ai sensi del quale *“per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”*.

Alla stregua di tale norma – ha concluso la sentenza -, il raggruppamento appellante doveva essere ammesso alla gara non essendo contestato che la mandante Cherchella s.p.a. disponeva di una cifra di affari assai superiore al minimo del 10% del triplo dell'importo della gara.

L'Amministrazione ha contestato tale argomentazione sulla base del punto 3, lett. g) del disciplinare di gara, a norma del quale, come accennato, si richiedeva a ciascun "concorrente" il possesso di *"una cifra d'affari in lavori, conseguita nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, non inferiore a tre volte la percentuale dell'importo complessivo dei lavori a base di gara **di sua spettanza...**"*.

Tale disposizione, secondo l'assunto, non si poneva in contrasto con il richiamato art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999, in quanto l'Amministrazione dispone della facoltà di richiedere requisiti di qualificazione economico finanziaria superiori al minimo indicato dalla norma del Regolamento.

La tesi dell'Amministrazione non può essere condivisa.

Nella fattispecie in esame la lettura sistematica e ragionata della normativa del disciplinare consentiva di chiarire l'obiettivo ambiguità che, nel paragrafo dedicato al contenuto della busta A, di cui fa parte il punto 3, lett. g), derivava dalla menzione del "concorrente" senza specificare se si trattasse di impresa singola o di raggruppamenti di imprese.

Sebbene l'espressione *"di sua spettanza"* potesse indurre a ritenere che il requisito della cifra di affari era richiesto anche per ciascuna delle imprese raggruppate, tra le quali si verifica una ripartizione dei lavori secondo quote prestabilite, il medesimo paragrafo offriva una ulteriore disposizione idonea a fugare ogni dubbio chiarendo in che misura il requisito stesso veniva richiesto alle partecipanti a quella gara in associazione temporanea.

Dopo il punto 6, infatti, si legge una norma specificamente diretta a regolare la fattispecie, così formulata: *"Nel caso di concorrenti costituiti ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis) della legge 109/94 e successive modificazioni i requisiti relativi alle condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione devono essere posseduti, nella misura di cui all'art. 95, comma 2 del D.P.R. 55/1999 qualora l'associazione sia di tipo orizzontale, e, nella misura di cui all'articolo 95, comma 3, del medesimo D.P.R. qualora associazioni di tipo verticale."*

Si tratta con ogni evidenza di una disciplina che fissa la misura in cui deve essere posseduto il requisito minimo di carattere economico per le imprese che partecipano alla

gara in associazione temporanea, mediante rinvio alle percentuali di cui all'art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999.

Ne consegue che il disposto di cui al punto 3, g), del medesimo paragrafo, che sembra stabilire, per ogni concorrente, una percentuale minima del volume di affari nel quinquennio, rapportata alla quota di cui sarebbe assunta l'esecuzione, non poteva essere riferita alle imprese associate in a.t.i., per il noto principio ermeneutico secondo cui la disciplina speciale prevale su quella di carattere generale.

E' da aggiungere che la conclusione cui si deve pervenire in base alla riferita disposizione del disciplinare non mette in discussione l'avviso espresso dall'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici con la invocata pronuncia del 20 dicembre 2001 n. 25. L'Autorità ha enunciato una indicazione di carattere generale, che, in quanto fondata sul principio della par condicio, appare pienamente condivisibile. L'avviso, tuttavia, nella specie non poteva essere seguito in presenza di una disposizione della lex specialis, recante una deroga esplicita, che la Commissione di gara non aveva la facoltà di ignorare.

L'appello, pertanto, quanto al capo concernente la illegittima esclusione dalla gara, non può essere accolto.

2. Anche la contestazione della condanna al risarcimento per equivalente non risulta sorretta da argomenti convincenti.

L'Amministrazione allega, in primo luogo, l'insussistenza del requisito della colpa, osservando che la determinazione di esclusione è stata assunta in applicazione di un preciso indirizzo espresso dall'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, di portata vincolante.

A tale riguardo, come si è detto sopra, l'esito del giudizio di primo grado e, ancor più, del presente riesame è stato determinato dall'esistenza nel disciplinare di una disposizione, introdotta dalla stessa Amministrazione, che non avrebbe consentito l'esclusione dell'a.t.i. ricorrente. Si è dunque verificata la violazione di un canone che la Provincia di Catanzaro si era vincolata ad osservare nel giudizio di ammissione delle concorrenti alla gara, anche in difformità all'orientamento espresso dall'Autorità di Vigilanza.

Si rivela quindi non plausibile, ai fini dell'esclusione della colpa, il preteso obbligo di osservare una disposizione di rango superiore, già formalmente disattesa in sede di disciplinare.

Né appare condivisibile la radicale negazione di un diritto al risarcimento, sostenuta con il rilievo che non vi era alcuna certezza che la concorrente si sarebbe aggiudicata la gara.

Costituisce, infatti, principio assolutamente consolidato, a partire dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, che anche le posizioni qualificabili come interesse legittimo, ove incise dal provvedimento amministrativo, siano suscettibili di risarcimento. E non è dubbio che il concorrente cui sia illegittimamente impedito di partecipare alla gara vanta nei confronti dell'Amministrazione una posizione soggettiva meritevole di tutela.

I primi giudici, ai fini della quantificazione del danno in via equitativa, hanno fatto applicazione di un criterio non irragionevole, che trova riscontro nella giurisprudenza amministrativa, e che è destinato a compensare, oltre gli oneri sopportati per la partecipazione, la privazione della chance di aggiudicarsi un vantaggioso rapporto contrattuale.

L'appello va dunque respinto anche per questa parte.

3. Il secondo degli appelli in epigrafe è stato proposto dall'impresa ALFA, in proprio e quale mandataria in a.t.i., per la riforma della sentenza nella parte in cui ha accordato un risarcimento del danno subito che non comprende, a titolo di lucro cessante, l'ammontare dell'utile che sarebbe stato ritratto dall'esecuzione dell'appalto.

La pretesa dell'appellante non può essere condivisa per le ragioni esaurientemente esposte dai primi giudici.

E' incontrovertito che l'appellante non ha potuto partecipare alla gara per fatto imputabile all'Amministrazione. Ciò ha comportato che il procedimento si è concluso senza che potesse essere accertato, nella idonea sede procedimentale, che la gara sarebbe stata vinta dall'appellante, quale presentatrice, secondo l'assunto, della offerta recante il maggior ribasso.

E' da condividere l'eccezione con la quale l'Amministrazione ha fatto rilevare che la domanda volta all'accertamento circa l'esito che avrebbe avuto la gara se l'appellante fosse stata ammessa, avrebbe dovuto essere proposta in primo grado e che non è ammissibile proporla per la prima volta in appello.

Nella specie, pertanto, il danno risarcibile è stato correttamente individuato dai primi giudici nell'importo degli oneri sostenuti per la partecipazione alla gara, cui è da aggiungere il ristoro per la perdita di chance.

A quest'ultimo riguardo la giurisprudenza ha affermato che al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance è necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta. ([Consiglio Stato , sez. IV, 04 luglio 2008 , n. 3340](#)).

Nella specie l'appellante, mediante la produzione della copia della offerta presentata, recante un ribasso del 12,69, maggiore di quello avanzato dall'aggiudicataria, ha addotto un elemento di valutazione di cui però non si può tener conto, trattandosi di documento nuovo prodotto per la prima volta in appello.

L'entità del pregiudizio è stato valutato dai giudici in via equitativa nella misura di un decimo dell'offerta aggiudicataria rapportato al numero delle imprese partecipanti oltre l'impresa ingiustamente esclusa. Il criterio seguito non risulta irragionevole e merita quindi di essere confermato.

Per conseguenza il credito dell'appellante ammonta complessivamente ad € 844.856,59 (€ 893.856,59 più € 5.000 per i danni connessi agli oneri di partecipazione alla gara), cui vanno aggiunti gli interessi nella misura legale a far data dalla stipulazione del contratto di appalto.

L'appellante lamenta ancora la mancata attribuzione della maggiorazione del credito per svalutazione monetaria, in relazione alla natura del diritto, qualificato come credito di valore.

Il Collegio, peraltro, ritiene di condividere l'indirizzo giurisprudenziale (C.G.A. 21 marzo 2007 n. 224) secondo cui, quando il risarcimento viene quantificato in via equitativa, la somma attribuita può ritenersi soddisfacente di ogni pretesa vantata a tale titolo.

In conclusione l'appello deve essere rigettato.

In ragione della soccombenza pronunciata in entrambi i giudizi, le spese possono essere integralmente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti gli appelli in epigrafe, li rigetta;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 18 novembre 2008 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini	Presidente
Claudio Marchitello	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est.
Adolfo Metro	Consigliere
Giancarlo Giambartolomei	Consigliere

L'ESTENSORE

F.to Marzio Branca

IL PRESIDENTE

F.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 19.03.2009

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

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi