

Riconosciuto il danno ingiusto per lucro cessante ossia l'utile ricavabile dall'esecuzione del servizio e il danno curriculare

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Nella specie buona parte del contratto stipulato aveva già avuto esecuzione, quindi, anche l'effetto soddisfacente conseguente all'eventuale annullamento del contratto sarebbe stato solo parziale, per cui il danno doveva essere riparato per equivalente,

Riconosciuto il danno ingiusto per lucro cessante, ossia l'utile ricavabile dall'esecuzione del servizio e il danno curriculare, relativo alla perdita di "peso" imprenditoriale della società per effetto della mancata attribuzione del servizio

né vi erano dubbi sulla compresenza sia del nesso causale, atteso che l'originaria ricorrente era seconda classificata nella graduatoria finale stilata dalla commissione di gara, sia dell'elemento soggettivo della colpa della stazione appaltante, ravvisabile nella violazione di principi basilari dell'ordinamento, quali quello della par condicio

Nel caso in esame poteva essere fatta utile applicazione del disposto dell'art. 35, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, legge 21 luglio 2000 n. 205, imponendo alla p.a. appaltante di proporre a favore della Controinteressata *****, entro quarantacinque giorni decorrenti dalla notificazione della pronuncia de qua, il pagamento di una somma determinata sulla base dei seguenti criteri:

a.- lucro cessante, ossia l'utile ricavabile dall'esecuzione del servizio, nella misura della percentuale corrispondente a quella dell'utile lordo indicato dalla medesima ***** nella sua offerta economica, secondo quanto affermato senza contestazioni dalla stazione appaltante, pari ad euro 32.205,50, misura determinata anche in base all'eventuale utile di diversa provenienza, in quanto destinata a coprire non l'intero danno patito, ma quello inferiore, valutato in via equitativa, nella misura percentuale stabilita;

b.- danno curriculare, relativo alla perdita di "peso" imprenditoriale della società per effetto della mancata attribuzione del servizio, nella misura equitativamente individuata nel 2% del predetto valore complessivo dell'offerta;

c.- la somma delle due percentuali comunque non superiore al 10% dello stesso valore complessivo, inteso come indice presuntivo, forfettario ed automatico dell'utilità globale, che la società avrebbe conseguito se l'aggiudicazione fosse stata fatta in suo favore: euro 32.205,50;

d.- rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat sull'importo così risultante, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dalla data in cui avrebbe dovuto essere stipulato il contratto (logicamente individuabile in quella in cui era stato stipulato il contratto relativo al servizio oggetto dell'appalto) e fino alla data di deposito della sentenza impugnata;

e.- interessi nella misura legale sull'importo rivalutato, unicamente dalla data di deposito della pronuncia all'effettivo saldo (cfr., C.S., sezione V, dec. n. 3806/2008).

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 197 del 17 gennaio 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 00197/2011REG.SEN.

N. 04527/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso r.g.n. 4527/2010, proposto da:***

contro***

nei confronti di***

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sezione III-quater, n. 05759/2010, resa tra le parti e concernente l'affidamento triennale del servizio di gestione dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo - lotto 1.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Controinteressata ***** s.p.a.;

visti tutti gli atti e documenti di causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2010, il Consigliere di Stato ***** ed uditi, per le parti, gli avv.ti ***** e *****;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

A) - Con ricorso notificato e depositato nei termini la società Controinteressata ***** impugnava la delib. n. 296/2008 del 14.5.2008, con la quale l'Istituto nazionale per le malattie infettive ***** aveva aggiudicato la gara a procedura aperta, ai sensi dell'articolo 55, dlgs. n. 163/2006, per il servizio di gestione dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo, rifiuti sanitari pericolosi, liquidi e solidi, non a rischio infettivo, e rifiuti sanitari - lotto 1 - per un periodo di tre anni alla ALFA s.r.l., chiedendo pure la condanna dell'Istituto al risarcimento dei danni, in forma specifica o per equivalente, nell'entità di € 99.522,75.

Essa deduceva:

1) violazione dell'art. 6 del disciplinare di gara e del decreto del Ministro del lavoro 4 luglio 2006, recante "Determinazione del costo orario del lavoro del personale dipendente da imprese esercenti servizi di igiene ambientale, smaltimento dei rifiuti, espurgo pozzi neri e simili e depurazione delle acque"; degli artt. 86, comma 3-bis, 87, comma 2, lett. g), ed 87, comma 3, d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e difetto istruttorio, in quanto l'offerta presentata dalla ALFA, aggiudicataria della gara, sarebbe stata modulata sulla base di tre unità di personale, di cui due con qualifica pari al II livello retributivo e una con livello pari al IV livello retributivo, in adesione a quanto indicato dalla stazione appaltante, ma a tale personale non sarebbe stato applicato l'intero trattamento retributivo del c.c.n.l. del comparto pulizie, perché se ciò fosse avvenuto i relativi costi sarebbero stati pari a circa 100.000 euro in luogo dei circa 50.000 offerti; l'aggiudicataria avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa dalla gara o quanto meno sottoposta alla verifica della congruità dell'offerta proposta.

2) violazione dell'art. 3, comma 3, delib. Autorità di vigilanza su contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture 10 gennaio 2007; eccesso di potere per errore di fatto e difetto istruttorio; infatti, ciascuna impresa partecipante alla gara avrebbe dovuto produrre ricevuta dell'avvenuto versamento - in originale o

copia autentica - del contributo previsto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ma, nel caso dell'aggiudicataria, secondo quanto rilevato dall'originaria ricorrente in sede di accesso alla documentazione, sarebbe risultata, invece, depositata una fotocopia non autenticata di tale versamento, per cui la ALFA avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

3) violazione dell'art. 72, r.d. 23 maggio 1924 n. 827; eccesso di potere per difetto istruttorio; in via subordinata: illegittimità dell'art. 6 del disciplinare di gara, nella parte in cui definiva le modalità di redazione dell'offerta economica, ed eccesso di potere per sviamento; la ALFA avrebbe redatto l'offerta "mediante la predisposizione di una mera tabella", senza formalizzare alcun impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante, per cui tale atto sarebbe stato giuridicamente inesistente, quindi inidoneo a produrre effetti giuridici.

L'offerta presentata da un'impresa partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica, in quanto atto negoziale con natura giuridica di proposta contrattuale, avrebbe dovuto contenere un'indicazione dalla quale evincere, con estrema certezza, l'impegno dell'offerente ad assumere le obbligazioni scaturenti dal futuro contratto, così escludendosi l'ammissibilità di offerte indeterminate o predisposte mediante rinvio ad altra offerta.

Anche l'articolo 6 del disciplinare di gara, nello stabilire che l'offerta economica avrebbe dovuto essere redatta, a pena d'esclusione, su carta intestata e sottoscritta dal legale rappresentante e mediante il riferimento analitico a tutte le informazioni richieste negli allegati 2 e 3 del medesimo disciplinare, avrebbe chiarito che l'offerta della controinteressata doveva essere esclusa dalla gara.

Nella specie, sarebbe mancata, infatti, la sua esplicitazione ad assumere un impegno contrattuale.

4) violazione dell'art. 6 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria; in via subordinata: illegittimità dell'articolo 6 del disciplinare di gara, nella parte in cui imporrebbe la

sottoscrizione per accettazione del disciplinare e del capitolato speciale d'appalto, ed eccesso di potere per travisamento; la disposizione in parola, coordinata con quanto previsto dall'articolo VI.3 del bando di gara (informazioni complementari), riguardante le modalità per i chiarimenti e la natura giuridica di questi ultimi, vere e proprie "interpretazioni autentiche" della legge di gara, omogenee alle singole originarie previsioni contenute in quest'ultima, avrebbe deposto nel senso dell'identica disciplina e, quindi, per la necessità della sottoscrizione per accettazione, da parte del partecipante alla gara, anche dei chiarimenti.

B) - Con ulteriore atto essa proponeva i seguenti motivi aggiunti: violazione degli artt. 2 e 9 del capitolato speciale di appalto e dell'art. 6 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e difetto istruttorio; in contrasto con tale disposizione la Controinteressata Petroli avrebbe, infatti, indicato il c.c.n.l. del settore terziario e non quello espressamente richiesto ed avrebbe modulato la propria offerta su tali dati, mentre la proposta d'impegno delle unità lavorative, avanzata dalla controinteressata, sarebbe stata del tutto irragionevole, sia in riferimento al monte ore previsto sia in rapporto al numero delle unità adibite.

A dimostrazione di tale assunto la stessa ricorrente rinviava, analiticamente, alle singole prestazioni come indicate nel capitolato speciale e rilevava, tra l'altro, che l'attività di consegna dei contenitori vuoti - prevista in mezz'ora - sarebbe stata priva dell'indicazione delle unità di personale adibito alla predetta attività.

Si costituivano in giudizio sia l'Istituto intimato sia la controinteressata aggiudicataria, eccependo l'inammissibilità del gravame sotto diversi profili e la sua infondatezza nel merito.

Con sentenza n. 5274/2009 venivano disposti incumbenti istruttori, poi regolarmente adempiuti.

C) - I primi giudici accoglievano il primo motivo aggiunto e respingevano il secondo di questi insieme a

tutte le censure di cui al ricorso introduttivo, con sentenza poi impugnata dall'I.n.m.i. per l'errore di giudizio insito nell'aver condiviso il pur infondato primo motivo aggiunto, ferma restando l'ingiusta e censurabile condanna inflittagli quanto al risarcimento del danno, senza alcuna approfondita istruttoria ed anche per voci non richieste, come il pregiudizio curriculare.

L'appellata ***** si costituiva in giudizio e, con condizionato appello incidentale ritualmente notificato, impugnava i capi della gravata sentenza che avevano respinto i suoi restanti motivi di ricorso, riproponendone le argomentazioni già sostanzialmente esposte in prime cure.

A detto gravame incidentale si opponeva, con apposita memoria, l'*****, mentre, con propria memoria conclusiva, la Controinteressata Petroli riassumeva le sue tesi difensive, dichiarando formalmente, altresì, che il sopra ricordato suo appello incidentale non aveva minimamente ampliato il thema decidendum (ai fini anche della determinazione del valore della vertenza).

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, dopo il deposito di una memoria di replica da parte dell'***** appellante e di una memoria riassuntiva della Controinteressata petroli appellata, che vi precisava, in particolare, come sarebbe stato necessario esigere da tutti i concorrenti una forma di incontrovertibile accettazione scritta e sottoscritta anche di ogni chiarimento od informazione integrativa fornita dalla stazione appaltante riguardo al bando e/o al disciplinare, adempimento non fungibile con meri comportamenti concludenti (come il non ritirarsi dalla gara).

DIRITTO

L'appello principale è infondato e va respinto, mentre quello incidentale risulta improcedibile per sopraggiunto difetto d'interesse.

I) - L'art. 6 del disciplinare di gara, per la parte che qui rileva, prevedeva l'indicazione, a pena di esclusione dalla gara, del "numero, ruolo, qualifica e tipologia contrattuale del personale che la ditta intende impiegare nell'esecuzione del servizio .." (numero 2 della busta n. 2), disposizione che doveva essere letta assieme a quella contenuta nell'art. 9, comma 2, lett. a), capitolato speciale, nella quale si precisava che il personale impiegato nell'impresa avrebbe dovuto "svolgere il servizio negli orari prestabiliti; non sono ammesse variazioni dell'orario del servizio se non preventivamente concordate con l'Istituto".

Le due disposizioni, congiuntamente considerate, depongono nel senso di un'offerta conforme al costo orario, previsto nel decreto ministeriale richiamato dalla ricorrente, non nel senso di un importo commisurato ad un orario di lavoro a tempo pieno, ma commisurato all'orario effettivamente richiesto per la prestazione del servizio interessato.

Il costo offerto, in quanto spesa realmente da sostenere da parte dell'impresa partecipante alla gara in questione, non era, infatti, pari alla spesa necessaria per l'intera retribuzione spettante al dipendente nel caso di una prestazione ad orario pieno, ma quello relativo al numero delle ore impiegate per lo svolgimento del servizio.

E che ciò fosse possibile si ricavava, oltre che dalla lettura degli atti disciplinanti la gara, anche dalla lettura del medesimo decreto ministeriale menzionato, ove il riferimento al trattamento economico del personale disciplinato era posto in termini di costo orario: avendo la controinteressata indicato il costo orario giornaliero nella misura richiesta dalla stazione appaltante (due volte al giorno per sei giorni, dalle ore 8.00 alle ore 10.30 e dalle ore 13.45 alle ore 15.45 e un solo orario per un solo ritiro dei rifiuti nella domenica, oltre a varie modulazioni), la stessa non era incorsa nelle violazioni denunciate ed il costo offerto non risultava difforme da quanto prescritto.

Quanto alla necessità che l'adeguatezza dell'offerta dovesse essere oggetto - se non altro - di giustificazioni, attesa la circostanza che era la voce relativa al costo del lavoro ad aver peso prevalente nel caso di un servizio di pulizia, le argomentazioni appena svolte sul costo orario del lavoro e sulla sua

corrispondenza a quanto previsto nel decreto ministeriale evocato escludevano l'esigenza che la stazione appaltante dovesse fare ricorso a tale procedimento.

II) - Secondo quanto eccepito dalla controinteressata, aggiudicataria del servizio, e dall'*****, la prima avrebbe inserito nella busta n. 1, contenente la documentazione amministrativa, l'originale della ricevuta di versamento che, secondo la documentazione versata in atti, sarebbe risultata in possesso della stazione appaltante, per cui con tale deposito la norma evocata appariva essere stata rispettata: la fotocopia semplice era quella che, secondo la stazione appaltante, era stata consegnata alla controinteressata su sua richiesta, ma che non assolveva alla funzione indicata nel disciplinare di gara, bensì ad esigenze della stessa controinteressata, configurandosi irrilevante nella vicenda in esame, non essendo questo, infatti, il documento sul quale la ricorrente avrebbe dovuto concentrare la sua attenzione (in quanto destinato a finalità estranee alla procedura di gara), ma l'altro, quello in originale depositato, secondo quanto sopra precisato, tra gli atti della gara.

Giustamente, infine, sia la ALFA sia l'***** richiamavano, a riprova del loro assunto, anche la circostanza per la quale la ricorrente, presente alla prima seduta pubblica relativa alla verifica della regolarità dei documenti, non avrebbe contestato alcuna irregolarità a proposito dell'aggiudicataria, secondo il verbale redatto in occasione di tale seduta.

La società originaria ricorrente, nel proporre le sue argomentazioni, era partita da una considerazione frazionata degli atti e dell'attività della procedura di gara ad evidenza pubblica ed aveva applicato ad essi, ed all'offerta economica, i canoni ermeneutici propri dell'ambito civilistico, ragionevolmente richiamabili in quanto in presenza di un atto a sé stante, disgiunto dagli altri atti e documenti facenti parte di un procedimento amministrativo da valutarsi in modo autonomo.

Nel caso in esame, invece, si era in presenza di un atto inserito in un ampio iter procedurale e da leggersi alla luce della disciplina governante quest'ultimo, compreso anche il bando predisposto autonomamente dalla stazione appaltante.

III) - In materia di appalti pubblici, l'impegno del privato alla stipulazione del contratto è immanente alla sua stessa partecipazione alla gara e l'offerta economica, presentata insieme a tutti gli altri documenti richiesti dalla stazione appaltante, deve rispondere a precise formalità, esattamente quelle richieste da quest'ultima e, se dettate ai fini dell'ammissione alla gara, rigorosamente applicate.

Nella specie, sia l'offerta economica della ricorrente che quella della controinteressata risultavano sottoscritte dal rappresentante legale della società e la diversità tra le due era soltanto nel fatto che l'offerta della ALFA risultava predisposta con una descrizione sintetica delle singole voci dell'offerta e quella della ricorrente mediante una descrizione più analitica, ma entrambe assolvevano alla finalità di indicare il costo complessivo offerto per lo svolgimento del servizio.

Inconferente si rivelava il richiamo all'art. 72, r.d. n. 827/1924, atteso che l'offerta della ALFA non risultava né indeterminata né stabilita mediante il richiamo ad altre precedenti o diverse offerte.

Nel caso della controinteressata la firma richiesta esisteva e l'offerta risultava proposta mediante l'uso del modulo predisposto dalla stessa stazione appaltante, per cui non si rilevavano i vizi di legittimità dedotti al riguardo.

Legittimo risultava, infine, l'art. 6 del disciplinare di gara, atteso che lo stesso non appariva né incongruo né inidoneo rispetto al perseguito fine della presentazione di un'offerta seria e credibile; e tale prescrizione non si rivelava nemmeno indispensabile, atteso che una volta chiarito, dalla stazione appaltante, uno dei punti oggetto di espresso quesito da parte delle partecipanti ad una gara, queste avevano due possibilità nel caso di non condivisione dell'interpretazione resa: quella di contestarla, ritirandosi dalla gara o quella di adeguarsi alla predetta interpretazione

Del resto, il capitolato speciale d'appalto ed il disciplinare di gara non si trovavano in posizione equivalente rispetto al singolo chiarimento fornito dalla stazione appaltante, riguardando i primi due

l'intera disciplina della gara che l'impresa partecipante doveva provare di aver letto e conosciuto, ma riguardando un singolo punto di essa il chiarimento richiesto e fornito, con la materiale impossibilità della sua non conoscenza una volta espresso, così divenendo inequivocamente la volontà della p.a. cui l'impresa partecipante era tenuta ad adeguarsi.

IV) - Il primo motivo aggiunto appariva al Tribunale di prima istanza fondato, soprattutto quanto al secondo dei profili denunciati.

Infatti, in relazione al primo di essi, in assenza di un'espressa previsione del bando di gara, in ordine sia all'applicazione di uno specifico c.c.n.l. che alla sanzione, con l'esclusione di tutte quelle offerte proponenti un c.c.n.l. non corrispondente all'effettiva attività oggetto dell'appalto, era illegittima l'esclusione dalla procedura di gara motivata in riferimento all'asserito contrasto tra la clausola del capitolato (contenente solo la previsione dell'obbligo di applicare, al personale dipendente dell'impresa partecipante alla gara, il c.c.n.l. vigente per le specifiche attività attinenti all'oggetto dell'appalto) e il c.c.n.l. di settore proposto dell'originaria ricorrente.

Infatti, se il datore di lavoro non aderisce all'organizzazione sindacale imprenditoriale firmataria di un accordo collettivo, non vi è un obbligo giuridico per l'imprenditore di applicare il c.c.n.l. corrispondente all'effettiva attività economica esercitata, fermo restando che, in sede di partecipazione ad una gara per l'affidamento di un pubblico appalto, l'esame dell'incidenza del prescelto c.c.n.l. sulla congruità ed affidabilità dell'offerta presentata dovrà essere svolto provando come il trattamento economico in tal modo previsto sia, o non sia, conforme al precetto dell'art. 36, Cost. (anche ai sensi dell'art 87, comma 3, codice dei contratti pubblici, in tema di verifica delle offerte anormalmente basse).

Era certamente fondata la censura in esame, in rapporto al secondo profilo attinente alle modalità ed agli elementi di formazione dell'offerta economica.

Nel procedere alla determinazione delle condizioni economiche da porre a base d'asta, infatti, la p.a. aggiudicatrice dell'appalto è tenuta a garantire un livello idoneo a consentire il rispetto del costo del lavoro risultante dalla contrattazione collettiva di categoria, riferito alle imprese esercenti ordinariamente l'attività costituente oggetto dell'appalto, in quanto l'obbligo di assicurare parità di condizioni a tutti i partecipanti impedisce di allestire un bando di gara che lasci liberi i concorrenti di formulare l'offerta facendo riferimento ad un contratto collettivo di lavoro di propria scelta.

Analogamente, la p.a. aggiudicante, nel fissare il corrispettivo da porre a base della gara, indetta per l'assegnazione di un appalto pubblico, deve tenere in considerazione il costo del lavoro, derivante dalla contrattazione collettiva di categoria, riferito alla generalità delle imprese ordinariamente esercenti l'attività costituente l'oggetto dell'appalto, prendendo in considerazione i costi della manodopera risultanti dai contratti collettivi applicabili a tutte le imprese che, in quanto ordinariamente svolgenti l'attività dedotta in gara, siano potenzialmente partecipanti alla medesima, vale a dire a tutti i soggetti ammessi a parteciparvi.

Nel caso in esame la stazione appaltante non aveva ommesso di indicare, nel bando di gara, il contratto collettivo di riferimento, lasciando libero ciascun concorrente di formulare l'offerta mediante il rinvio ad un contratto collettivo di lavoro di propria scelta, ma aveva indicato il contratto collettivo nazionale di lavoro prescelto e stabilito che ad esso le singole imprese partecipanti alla gara avrebbero dovuto attenersi nella costruzione dell'offerta economica.

V) - Tanto si desumeva dalla dicitura utilizzata nel capitolato, imperativa nel disporre che l'impresa "è tenuta" ad applicare i contratti collettivi vigenti in materia (quella del servizio individuato espressamente, nella specie, in quello "per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di igiene ambientale, smaltimento dei rifiuti, espurgo pozzi neri e depurazione delle acque"), mentre la circostanza che la disposizione non si concluda con la previsione dell'esclusione dalla gara non era di per sé significativa del fatto che la sua violazione potesse rimanere senza effetto.

Il dato riferito e utilizzato dalla parte controinteressata nella predisposizione della sua offerta costituiva,

infatti, un elemento essenziale nella formazione di quest'ultima e doveva essere omogeneo a quello utilizzato dalle altre imprese partecipanti alla gara, pena, in caso contrario, la violazione del principio della par condicio, in ossequio a quanto stabilito nel trattato istitutivo della Comunità europea.

La violazione di tale dato, anche ove meramente formale, non poteva che comportare l'esclusione da una gara pubblica del soggetto economico che vi fosse incorso, senza bisogno di un'espressa previsione al riguardo.

L'inammissibilità dell'offerta condizionata non è contraddetta dalla maggiore o minore incisività, rispetto all'oggetto dell'appalto, della condizione apposta e/o della clausola difforme proposta, esigendo le regole dell'evidenza pubblica la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato, anche ai fini dell'imprescindibile tutela della par condicio; né l'eventuale difformità è sanabile mediante la richiesta di chiarimenti e/o integrazioni al concorrente interessato, dal momento che l'istituto della regolarizzazione postuma deve intendersi circoscritto solo alla documentazione attestante i requisiti di partecipazione e mai a quella costituente le offerte tecnica ed economica.

La Controinteressata Petroli, nel tentativo di dimostrare la fondatezza del suo assunto, aveva predisposto un suo piano organizzativo, sostituendo alle valutazioni di merito tecnico della stazione appaltante la sua valutazione, operazione questa non consentita, potendosi denunciare per illegittimità l'attività posta in essere dalla p.a. sul punto soltanto nel caso di una sua gravissima incongruenza, sempre dal punto di vista tecnico-discrezionale, che, per la verità, nella specie non si riscontrava.

In caso di procedura per l'affidamento di un appalto pubblico, l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara ed il conseguente rinnovo delle operazioni costituiscono, di per sé, una forma di risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento, per cui il rinnovo della gara e la partecipazione dell'impresa ricorrente, costituisce risarcimento in forma specifica, anche della possibilità di successo nel secondo caso, con la conseguenza che non spetta il risarcimento del danno per equivalente, ove l'accoglimento del ricorso avverso l'esclusione intervenga in tempo utile a restituire, in

forma specifica, all'impresa interessata l'occasione di partecipare alla gara da rinnovare, consentendo quindi il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere.

Nel caso in esame la ricorrente non era stata esclusa dalla gara ma si era collocata al secondo posto nella graduatoria finale; il contratto relativo era stato sottoscritto dalla controinteressata e la sua esecuzione era a circa la metà del periodo triennale previsto per l'affidamento del servizio.

VI) - Tanto premesso, in riferimento alla richiesta di risarcimento del danno in forma specifica avanzata dalla Controinteressata Petroli, l'ordinanza delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione del 10 febbraio 2010 n. 2906, sancisce, a proposito del giudice competente a conoscere della sorte del contratto stipulato, che una volta venuta meno, per annullamento, la pregressa procedura di aggiudicazione, le domande di tutela al giudice amministrativo, in ordine al procedimento di affidamento dell'appalto da parte del soggetto gestore del servizio che sia una p.a., e le istanze relative all'esecuzione del rapporto connesso alla conclusione del contratto, comprendenti quelle di invalidità o inefficacia di quest'ultimo, domande che, ai sensi dell'art. 386, c.p.c., concorrono a determinare la giurisdizione, azionano situazioni soggettive diverse: le prime interessi legittimi e le seconde diritti soggettivi, mentre provvedimento e contratto restano due realtà diverse e le vicende dell'uno non valgono ad ampliare o restringere l'ambito della giurisdizione sull'altro, dato che la connessione tra esse, per consequenzialità logica e temporale, non rileva per modificare i poteri cognitivi dei giudici, chiamati a decidere sulle differenti posizioni.

In realtà, ogni domanda sulla caducazione del contratto riguarda solo diritti soggettivi, in assenza di qualsiasi potere autoritativo della p.a., esercitato sia nella conclusione dell'appalto che nella sua esecuzione.

La stessa ordinanza, alla luce della direttiva comunitaria 2007/66, ha peraltro stabilito che, per la sopravvenuta direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso, in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, i cui principi dovevano essere trasposti nell'ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, sin dalla data di entrata in vigore di essa, un'interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente

(art. 117, Cost.) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare e che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo, delineato nel testo costituzionale.

VII) - L'esigenza della cognizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si sia svolto il relativo procedimento, e della valutazione dei vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, possa conoscere pure della domanda del contraente illecitamente pretermesso dal contratto, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

La posizione soggettiva del ricorrente, che abbia chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive poste a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente da parte del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi della direttiva Ce n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice, soluzione ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione di esse alla cognizione del giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, e possa divenire effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dalla parte ricorrente in via subordinata.

La fattispecie all'esame riguardava una procedura di gara dell'ottobre 2007, precedente pertanto alla data dell'11 dicembre 2007, e non ricadeva, quindi, nella nuova disciplina individuata dalla Cassazione,

soggiacendo, pertanto, all'indirizzo giurisprudenziale precedente, definito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, dec. 30 luglio 2008 n. 9.

Secondo tale indirizzo, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fissata dall'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, rientrano le sole controversie inerenti alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, sicché alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e, quindi, sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi.

VIII) - Nella specie, peraltro, buona parte del contratto stipulato aveva già avuto esecuzione, quindi, anche l'effetto satisfattorio conseguente all'eventuale annullamento del contratto sarebbe stato solo parziale, per cui il danno doveva essere riparato per equivalente, né vi erano dubbi sulla compresenza sia del nesso causale, atteso che l'originaria ricorrente era seconda classificata nella graduatoria finale stilata dalla commissione di gara, sia dell'elemento soggettivo della colpa della stazione appaltante, ravvisabile nella violazione di principi basilari dell'ordinamento, quali quello della par condicio.

Nel caso in esame poteva essere fatta utile applicazione del disposto dell'art. 35, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, legge 21 luglio 2000 n. 205, imponendo alla p.a. appaltante di proporre a favore della Controinteressata *****, entro quarantacinque giorni decorrenti dalla notificazione della pronuncia de qua, il pagamento di una somma determinata sulla base dei seguenti criteri:

a.- lucro cessante, ossia l'utile ricavabile dall'esecuzione del servizio, nella misura della percentuale corrispondente a quella dell'utile lordo indicato dalla medesima ***** nella sua offerta economica, secondo quanto affermato senza contestazioni dalla stazione appaltante, pari ad euro 32.205,50, misura determinata anche in base all'eventuale utile di diversa provenienza, in quanto destinata a coprire non l'intero danno patito, ma quello inferiore, valutato in via equitativa, nella misura

percentuale stabilita;

b.- danno curriculare, relativo alla perdita di "peso" imprenditoriale della società per effetto della mancata attribuzione del servizio, nella misura equitativamente individuata nel 2% del predetto valore complessivo dell'offerta;

c.- la somma delle due percentuali comunque non superiore al 10% dello stesso valore complessivo, inteso come indice presuntivo, forfettario ed automatico dell'utilità globale, che la società avrebbe conseguito se l'aggiudicazione fosse stata fatta in suo favore: euro 32.205,50;

d.- rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat sull'importo così risultante, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dalla data in cui avrebbe dovuto essere stipulato il contratto (logicamente individuabile in quella in cui era stato stipulato il contratto relativo al servizio oggetto dell'appalto) e fino alla data di deposito della sentenza impugnata;

e.- interessi nella misura legale sull'importo rivalutato, unicamente dalla data di deposito della pronuncia all'effettivo saldo (cfr., C.S., sezione V, dec. n. 3806/2008).

Conclusivamente, sottraendosi l'impugnata pronuncia alle dedotte doglianze, l'appello principale va respinto, il che rende improcedibile quello incidentale per sopravvenuto difetto d'interesse a coltivarlo, con spese ed onorari del giudizio di secondo grado liquidati come in dispositivo, secondo il rituale principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile quello incidentale.

Condanna l'***** appellante a rifondere alla Controinteressata ***** appellata le spese e gli onorari del giudizio di secondo grado, liquidati in complessivi euro cinquemila/00, oltre ai dovuti accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2010, con l'intervento dei giudici:

*****, Presidente FF

*****, Consigliere

Aldo Scola, *****
*****, Estensore

*****, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/riconosciuto-il-danno-ingiusto-per-lucro-cessante-ossia-l-utile-ricavabile-dall-esecuzione-del-servizio-e-il-danno-curriculare/>