

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/04/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38114-non-provate-ricadute-negative-perdita-dell-appalto-invece-accolta-la-richiesta-di-ristoro-del-mancato-utile>

Autore: Lazzini Sonia

Non provate ricadute negative perdita dell'appalto invece accolta la richiesta di ristoro del mancato utile

Dichiarata pertanto l'illegittimità dell'aggiudicazione, la domanda subordinata di risarcimento dei danni può nondimeno essere accolta solo in parte e nei termini di seguito esposti.

SONIA LAZZINI

Poiché la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione della aggiudicataria (in ragione del contenuto dell'offerta da questa formulata, e dovendosi ravvisare – nei rapporti interni - la solidarietà tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 285 § 6.2.; Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279), nel corso del procedimento previsto dal § 13 il Consorzio Centro Sportivo Meridionale - Bacino Sa3 chiederà alla s.p.a. controinteressata, prima di formulare l'offerta, di fornire le proprie osservazioni, entro un termine non inferiore a sette giorni.

La conseguenza che correttamente quest'ultima trae dalla violazione della par condicio tra concorrenti così consumatasi, determinante delle sorti della gara, è quella dell'esclusione della controinteressata, essendo stato violato un principio fondamentale delle procedure di affidamento di contratti pubblici, tanto da essere inserito tra i principi enunciati dall'art. 2, comma 1, del codice di cui al d.lgs. n. 163/2006, ed essendosi prodotto un dissenso su contenuti essenziali dell'offerta rispetto all'invito ad offrire, contenuto nel bando predisposto dall'amministrazione.

9. Tuttavia, poiché nelle more del giudizio il contratto è stato stipulato ed eseguito, come dedotto e documentato dal Consorzio resistente, l'interesse della ricorrente all'annullamento dell'aggiudicazione deve ritenersi venuto meno e deve inoltre essere respinta la conseguenziale domanda di reintegrazione in forma specifica mediante subentro nel medesimo contratto, previa dichiarazione di inefficacia di quello stipulato con la controinteressata.

Per contro, considerato che nel presente appello è riproposta anche la domanda di risarcimento per equivalente svolta in via subordinata, ricorre la situazione che in base all'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. consente al giudice di limitarsi ad

accertare l'illegittimità del provvedimento mediante pronuncia di mero accertamento.

10. Dichiarata pertanto l'illegittimità dell'aggiudicazione, la domanda subordinata di risarcimento dei danni può nondimeno essere accolta solo in parte e nei termini di seguito esposti.

Va in particolare escluso il danno «da depauperamento delle capacità tecniche ed economiche dell'impresa necessarie ai fini del mantenimento della qualificazione SOA» (così nell'appello). La s.r.l. ricorrente non ha infatti allegato e tanto meno provato quali ricadute negative siano conseguite alla perdita dell'appalto in contestazione.

11. Va invece accolta la richiesta di ristoro del mancato utile, che consegue a tale perdita in virtù un rapporto di diretta derivazione causale.

Peraltro, questa voce non può essere riconosciuta nella misura del 10% del ribasso offerto dall'odierna appellante e da questa indicato nella propria domanda.

La percentuale di natura forfetaria e presuntiva, tradizionalmente ricavata in via analogica dall'art. 345 l. n. 2248/1865, all. F ("Legge sulle opere pubbliche"), relativo alle conseguenze del recesso dell'amministrazione da un contratto d'appalto, è stata infatti ormai ritenuta per tale profilo irrilevante dalla consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (tra le più recenti pronunce: Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839, 20 gennaio 2015, n. 162, nonché Sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2090, 1° aprile 2015, n. 1708, 11 novembre 2014, n. 5531, 27 marzo 2014, n. 1478, 13 dicembre 2014, n. 6000; Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716, 23 febbraio 2015, n. 856, 31 dicembre 2015, nn. 6453 e 6450, 22 dicembre 2014, n. 6256, 10 settembre 2014, n. 4586, 8 agosto 2014, n. 4248, 7 luglio 2014, n. 3432, 25 giugno 2014, n. 3220).

Si deve infatti tenere conto sia dei rischi di indebito arricchimento che esso può comportare, a fronte di percentuali di utile netto notoriamente inferiori che le imprese espongono in sede di giustificazioni della congruità dell'offerta e che le stesse sono indotte ad offrire per prevalere nel confronto competitivo con le concorrenti, sia dei

principi generali riguardanti la prova del danno risarcibile, nonché dell'art. 124, comma 1, cod. proc. amm., secondo le quali occorre fornire una dimostrazione effettiva della misura dell'utile ritraibile dall'appalto illegittimamente aggiudicato a terzi.

12. Non può d'altro canto sottacersi che il mancato utile costituisce una voce di danno ascrivibile alla categoria del lucro cessante di cui all'art. 1223 cod. civ. e cioè un incremento patrimoniale atteso e non conseguito a causa del fatto ingiusto altrui, cosicché l'onere probatorio non può essere applicato in senso rigoroso, essendo sufficiente una 'prova di verosimiglianza'.

L'utile ritraibile da un appalto è generalmente vagliato dalla stazione appaltante nell'ambito della verifica di congruità prevista nel sub-procedimento di cui agli artt. 86 e ss. cod. contratti pubblici, la quale è connotata dall'effettuazione di accertamenti tecnici anche di notevole complessità.

In ragione di queste ultime notazioni, per la quantificazione a fini risarcitori del mancato utile può essere disposta la condanna ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm., con determinazione dei criteri di liquidazione

Infatti, in armonia con le specificità della figura del risarcimento del danno da mancata aggiudicazione di contratti pubblici e più in generale della responsabilità della pubblica amministrazione da illegittimità provvedimento, tale condanna consente di demandare alla fase di esecuzione della statuizione di condanna – con la possibilità che la stazione appaltante formuli le proprie valutazioni al riguardo - il procedimento di verifica dell'utile di impresa incorporato nel ribasso offerto in sede di gara, sulla falsariga di quanto solitamente avviene nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 625 del 15 febbraio 2016

N. 00625/2016REG.PROV.COLL.

N. 06361/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. Nell'unico, complesso motivo di impugnativa riproposto nel presente appello, la s.r.l. ricorrente sostiene che la s.p.a. controinteressata avrebbe formulato il proprio ribasso sulla base d'asta in modo difforme da quanto richiesto dalle previsioni di **gara**, dovendo perciò essere esclusa, avendolo computato su ciascuna delle voci di prezzo di cui all'elenco predisposto dalla stazione appaltante e sulle migliorie tecniche da essa offerte, anziché limitarsi a indicarlo in percentuale unitaria sulla base delle medesime voci di prezzo.

L'appellante specifica sul punto che, pur facendo parte del contratto d'appalto, tali migliorie sarebbero state espressamente escluse dalla valutazione economica delle offerte da presentare in sede di **gara** e che la commistione indebitamente operata dalla controinteressata al riguardo avrebbe invece avuto un'incidenza determinante sull'esito della competizione.

2. Il motivo è fondato.

In base alle previsioni del bando della **gara** in contestazione:

- la competizione relativa all'offerta economica si sarebbe dovuta svolgere sulla riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori e sul ribasso del prezzo "a corpo" proposto per i medesimi (sezione VIII – «criterio e modalità di aggiudicazione»), con la specificazione che il progetto esecutivo posto a base di **gara** «*rappresenta l'opera attesa dal Consorzio da realizzare a cura dell'appaltatore*» (sezione VIII.2.1 - «*valutazione dell'offerta*»);

- il ribasso si sarebbe dovuto formulare «*sull'elenco prezzi posto a base di **gara** al netto degli oneri della sicurezza*», mentre «*le opere e forniture relative alla migliorie ed integrazioni (...) saranno valutate e considerate come opere da eseguirsi a corpo e rimangono ad esclusivo carico dell'impresa concorrente*» (sezione IX.4 - «*offerta economica (busta n. 3)*»);

- nell'ambito della medesima offerta economica si sarebbe quindi dovuto presentare un computo metrico estimativo "di offerta", «*rimodulato in funzione degli adeguamenti, miglioramenti e/o integrazioni apportate al progetto esecutivo (...) applicando alle quantità di offerta i rispettivi prezzi unitari, dedotti dal prezzario LL.PP. della Regione Campania anno 2013 e/o analisi prezzi per le categorie non presenti in esso*» (punto n. 2 della sezione IX.4);

- ulteriore documento da produrre in allegato è il computo metrico estimativo “di confronto”, recante appunto la comparazione «tra tutti gli articoli delle lavorazioni del progetto esecutivo a base di **gara** e quelle del progetto esecutivo rimodulato in funzione degli adeguamenti, miglioramenti e/o integrazioni» (punto n. 3 della sezione IX.4).

3. Come correttamente deduce sul punto la s.r.l. ricorrente., con le clausole del bando in esame la stazione appaltante ha quindi previsto che avrebbe applicato ‘analogicamente’ il criterio del massimo ribasso «sull’elenco dei prezzi unitari», previsto dall’art. 111, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 per i contratti «da stipulare a misura», nell’ambito di una **gara** in cui, invece, il criterio prescelto è stato quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e nella quale il corrispettivo è stato fissato a corpo.

Ciò è reso in particolare evidente dall’impiego di quest’ultimo parametro di commisurazione del prezzo da corrispondere all’appaltatore e dalla previsione dell’obbligo di non discostarsi dal progetto esecutivo posto a base di **gara**, nonché dalle modalità di formulazione dell’offerta economica conseguentemente determinate.

A quest’ultimo riguardo, il bando ha esplicitamente richiesto ai concorrenti innanzitutto di formulare il ribasso unitario percentuale sull’elenco prezzi predisposto dalla stazione appaltante (modello A1), e quindi di evidenziare separatamente le variazioni delle quantità apportate alle singole voci di prezzo facenti parte dell’elenco, fermo il loro valore economico unitario, ed il valore economico delle migliorie già proposte in sede di offerta tecnica, compilando due computi metrici estimativi, uno “di offerta” ed uno di “di confronto”. Attraverso le descritte modalità di redazione dell’offerta, la stazione appaltante ha dunque inteso, da un lato, scindere aspetti tecnici da quelli economici delle offerte, ed in particolare le migliorie offerte rispetto al progetto esecutivo a base di **gara** ed il prezzo, invece rilevante nell’ambito dell’offerta economica, ponendo a carico dell’appaltatore gli oneri rivenienti dalle prime; dall’altro lato si sono in questo modo poste le basi per comparare i prezzi formulati dai concorrenti secondo parametri omogenei.

4. Tutto ciò precisato, dalla documentazione versata agli atti di causa risulta che tutte le imprese partecipanti alla procedura di **gara** in contestazione si sono attenute alle indicazioni della stazione appaltante in esame, tranne l’aggiudicataria.

L’odierna appellante ha in particolare offerto il ribasso unitario percentuale del 6% sulla base d’asta, al netto degli oneri di sicurezza non ribassabili (pari ad € 194.484,27), e quindi un importo di € 3.078.253,70, impegnandosi nei confronti del Consorzio per tale somma.

5. Per contro, la maggiore percentuale del 16,501% indicata dalla s.p.a. controinteressata non rappresenta il ribasso unitario sull’elenco prezzi predisposto dalla stazione appaltante, ma la risultante delle voci di prezzo di cui tale elenco si compone, come dalla stessa aggiudicataria singolarmente ribassate, nonché delle migliorie tecniche parimenti offerte da tale concorrente.

In questo modo, la s.p.a. controinteressata non ha quindi formulato un ribasso percentuale unitario sulle lavorazioni previste dalla stazione appaltante nell’apposito elenco, ma una percentuale derivante dal sul valore economico della propria offerta tecnica.

6. La circostanza in questione è pienamente provata perché:

- è stata riconosciuta dalla stessa controinteressata nel giudizio di primo grado, laddove questa ha affermato di avere formulato il ribasso del 16,501% «sull’elenco prezzi posto a base di **gara**, così impegnandosi ad eseguire l’opera, comprensiva delle “migliorie” offerte, per l’importo di €

2.734.364,80» (pag. 9 della memoria della controinteressata depositata il 18 novembre 2014);

- emerge inoltre dall'esame dei computi metrici estimativi predisposti dall'aggiudicataria, nei quali i costi unitari esposti non corrispondono a quelli del prezzario utilizzato dal Consorzio resistente, ma risultano ribassati, così da ottenere un ribasso non già «rispetto all'elenco prezzi come prescritto dal bando», bensì un ribasso «rispetto al computo metrico rimodulato compreso di miglioria» (pag. 15 del ricorso di I grado della ricorrente.).

- infine, è riscontrabile sul piano aritmetico, dal momento che la differenza di tale ultimo ammontare rispetto alla base d'asta di € 3.274.737,98 è pari ad € 540.373,18, il quale corrisponde al 16,501% della prima.

7. Quindi, applicando la stessa metodologia all'offerta economica della s.r.l. ricorrente., e cioè ricavando la percentuale di ribasso dal rapporto tra il valore economico dell'offerta tecnica dell'appellante (€ 4.285.471,77) e la base d'asta (€ 3.274.737,98), anziché sull'elenco prezzi della stazione appaltante, questa percentuale si attesterebbe al 28,170%, e dunque ad un valore superiore a quello dell'aggiudicataria.

Sulla base di ciò risultano pertanto incongrui i punteggi attribuiti dall'amministrazione per le offerte economiche, avendo la s.p.a. controinteressata addirittura ottenuto il punteggio massimo per l'offerta economica (10 punti contro i 3,640 ottenuti dalla s.r.l. ricorrente. - a fronte di un vantaggio conseguito dalla controinteressata in sede di offerta tecnica inferiore all'unità), sulla base tuttavia di un criterio di calcolo del ribasso in contrasto insanabile con le previsioni del bando di **gara**.

8. La conseguenza che correttamente quest'ultima trae dalla violazione della par condicio tra concorrenti così consumatasi, determinante delle sorti della **gara**, è quella dell'esclusione della controinteressata, essendo stato violato un principio fondamentale delle procedure di affidamento di contratti pubblici, tanto da essere inserito tra i principi enunciati dall'art. 2, comma 1, del codice di cui al d.lgs. n. 163/2006, ed essendosi prodotto un dissenso su contenuti essenziali dell'offerta rispetto all'invito ad offrire, contenuto nel bando predisposto dall'amministrazione.

9. Tuttavia, poiché nelle more del giudizio il contratto è stato stipulato ed eseguito, come dedotto e documentato dal Consorzio resistente, l'interesse della ricorrente. all'annullamento dell'aggiudicazione deve ritenersi venuto meno e deve inoltre essere respinta la conseguenziale domanda di reintegrazione in forma specifica mediante subentro nel medesimo contratto, previa dichiarazione di inefficacia di quello stipulato con la controinteressata .

Per contro, considerato che nel presente appello è riproposta anche la domanda di risarcimento per equivalente svolta in via subordinata, ricorre la situazione che in base all'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. consente al giudice di limitarsi ad accertare l'illegittimità del provvedimento mediante pronuncia di mero accertamento.

10. Dichiarata pertanto l'illegittimità dell'aggiudicazione, la domanda subordinata di risarcimento dei danni può nondimeno essere accolta solo in parte e nei termini di seguito esposti.

Va in particolare escluso il danno «da depauperamento delle capacità tecniche ed economiche dell'impresa necessarie ai fini del mantenimento della qualificazione SOA» (così nell'appello). La s.r.l. ricorrente. non ha infatti allegato e tanto meno provato quali ricadute negative siano conseguite alla perdita dell'appalto in contestazione.

11. Va invece accolta la richiesta di ristoro del mancato utile, che consegue a tale perdita in virtù un rapporto di diretta derivazione causale.

Peraltro, questa voce non può essere riconosciuta nella misura del 10% del ribasso offerto dall'odierna appellante e da questa indicato nella propria domanda.

La percentuale di natura forfetaria e presuntiva, tradizionalmente ricavata in via analogica dall'art. 345 l. n. 2248/1865, all. F ("Legge sulle opere pubbliche"), relativo alle conseguenze del recesso dell'amministrazione da un contratto d'appalto, è stata infatti ormai ritenuta per tale profilo irrilevante dalla consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (tra le più recenti pronunce: Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839, 20 gennaio 2015, n. 162, nonché Sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2090, 1° aprile 2015, n. 1708, 11 novembre 2014, n. 5531, 27 marzo 2014, n. 1478, 13 dicembre 2014, n. 6000; Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716, 23 febbraio 2015, n. 856, 31 dicembre 2015, nn. 6453 e 6450, 22 dicembre 2014, n. 6256, 10 settembre 2014, n. 4586, 8 agosto 2014, n. 4248, 7 luglio 2014, n. 3432, 25 giugno 2014, n. 3220).

Si deve infatti tenere conto sia dei rischi di indebito arricchimento che esso può comportare, a fronte di percentuali di utile netto notoriamente inferiori che le imprese espongono in sede di giustificazioni della congruità dell'offerta e che le stesse sono indotte ad offrire per prevalere nel confronto competitivo con le concorrenti, sia dei principi generali riguardanti la prova del danno risarcibile, nonché dell'art. 124, comma 1, cod. proc. amm., secondo le quali occorre fornire una dimostrazione effettiva della misura dell'utile ritraibile dall'appalto illegittimamente aggiudicato a terzi.

12. Non può d'altro canto sottacersi che il mancato utile costituisce una voce di danno ascrivibile alla categoria del lucro cessante di cui all'art. 1223 cod. civ. e cioè un incremento patrimoniale atteso e non conseguito a causa del fatto ingiusto altrui, cosicché l'onere probatorio non può essere applicato in senso rigoroso, essendo sufficiente una 'prova di verosimiglianza'.

L'utile ritraibile da un appalto è generalmente vagliato dalla stazione appaltante nell'ambito della verifica di congruità prevista nel sub-procedimento di cui agli artt. 86 e ss. cod. contratti pubblici, la quale è connotata dall'effettuazione di accertamenti tecnici anche di notevole complessità.

In ragione di queste ultime notazioni, per la quantificazione a fini risarcitori del mancato utile può essere disposta la condanna ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm., con determinazione dei criteri di liquidazione

Infatti, in armonia con le specificità della figura del risarcimento del danno da mancata aggiudicazione di contratti pubblici e più in generale della responsabilità della pubblica amministrazione da illegittimità provvedimento, tale condanna consente di demandare alla fase di esecuzione della statuizione di condanna – con la possibilità che la stazione appaltante formuli le proprie valutazioni al riguardo - il procedimento di verifica dell'utile di impresa incorporato nel ribasso offerto in sede di **gara**, sulla falsariga di quanto solitamente avviene nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

13. A questo fine, si dispone pertanto che nel termine di 60 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza, il Consorzio Centro Sportivo Meridionale - Bacino Sa3 formuli alla ricorrente un'offerta di risarcimento del danno corrispondente all'utile netto ritraibile dall'offerta presentata da questa in sede di **gara**, qualora la misura di utile sia desumibile dall'offerta da essa presentata in **gara**.

Nel caso contrario, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di acquisire dalla medesima società i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine sopra assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili.

L'odierna appellante dovrà quindi fornire un dettaglio analitico ed adeguatamente giustificato di tutte le componenti economiche dell'offerta medesima, ivi compresi i costi aziendali fissi e l'incidenza dell'imposizione fiscale sull'utile lordo, così da dare plausibile contezza del risultato netto che le stesse avrebbero conseguito in caso di esecuzione dell'appalto.

Al capitale liquidato in base ai criteri sopra enunciati devono essere aggiunti gli accessori consistenti negli interessi compensativi, al saggio legale, e della rivalutazione monetaria, in base all'indice ISTAT dei prezzi dei beni al consumo per famiglie di operai ed impiegati.

La s.r.l. ricorrente, non ha infatti dedotto un impiego del capitale mancante in misura maggiormente remunerativa.

Il computo degli accessori in questione va operato nei seguenti termini:

- la somma in linea capitale deve essere annualmente rivalutata in base al predetto indice ISTAT;
- al capitale così ottenuto devono essere aggiunti gli interessi legali.

Per la relativa decorrenza di interessi e rivalutazione il Consorzio potrà fare riferimento alla tempistica di pagamento del corrispettivo per l'appalto in contestazione.

14. Poiché la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione della aggiudicataria (in ragione del contenuto dell'offerta da questa formulata, e dovendosi ravvisare – nei rapporti interni - la solidarietà tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 285 § 6.2.; Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279), nel corso del procedimento previsto dal § 13 il Consorzio Centro Sportivo Meridionale - Bacino Sa3 chiederà alla s.p.a. controinteressata, prima di formulare l'offerta, di fornire le proprie osservazioni, entro un termine non inferiore a sette giorni.

15. In conclusione, l'appello è fondato nei termini sopra esposti.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate tra tutte le parti, stante la particolarità e complessità della questione controversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 6361 del 2014, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso di primo grado n. 2342 del 2014 della s.r.l. ricorrente, annullando gli atti con esso impugnati e disponendo le altre statuizioni indicate in motivazione.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **15/02/2016**

IL SEGRETARIO

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