



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n.6205/2008, proposto da Solari di Udine s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI tra Solari Udine s.p.a., Montisistemi Service s.r.l., Calzavara s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Ettore Verino, Fabio Gusso e Sebastiano Tonon, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via Lima, 15;

contro

la società Autostrade del Brennero s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Paolucci, Rolando Roffi, con domicilio eletto in Roma, Viale Angelico 103, presso l'avv. Massimo Letizia;

e nei confronti di

AESYS S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. fra AESYS s.p.a., INFRACOM ITALIA s.p.a. e CISAF-BELLINI s.r.l.; INFRACOM ITALIA s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandante dell'A.T.I. fra AESYS s.p.a., INFRACOM ITALIA s.p.a. e CISAF-BELLINI s.r.l.; INFRACOM ITALIA s.p.a., CISAF BELLINI, s.r.l., in persona del legale rappresentante

N. 3144/2009

Reg.Dec.

N. 6205 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 107/2009

p.t., in proprio e quale mandante dell'A.T.I. fra AESYS s.p.a., INFRACOM ITALIA s.p.a. e CISAF-BELLINI s.r.l.; INFRACOM ITALIA s.p.a., tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Gerhard Brandstatter e Mario Sanino, elettivamente domiciliate in Roma, presso lo studio del secondo, in viale Parioli, n. 180;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. del Trentino Alto Adige, sede di Trento, n. 73/2008, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autostrade del Brennero s.p.a, dell'Aesys s.p.a., Infracom Italia s.p.a., Cisaf Bellini s.p.a;

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

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 17 febbraio 2009 il consigliere Roberto Giovagnoli;

uditi gli avv. Verino, Roffi e Sanino;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO

1. L'odierna appellante ha impugnato innanzi al T.R.G.A., sede di Trento, gli atti della gara, indetta dalla società Autostrade del Brennero s.p.a., avente ad oggetto un appalto per la realizzazione ed installazione di pannelli a messaggio variabile nel percorso autostradale dal Brennero a Modena, per un importo complessivo di €12.398.000,00 (compresi gli oneri di sicurezza).

2. Con la sentenza impugnata il T.R.G.A. ha respinto il ricorso.

3. Propone appello la Solari Udine s.p.a. (a in proprio e quale mandataria della costituenda ATI tra Solari Udine s.p.a., Montisistemi Service s.r.l., Calzavara s.p.a.) chiedendone la riforma.

Si sono costituite in giudizio per resistere all'appello l'Autostrade del Brennero s.p.a. e la A.T.I. Aesys s.p.a., risultata aggiudicataria.

All'udienza del 17 febbraio 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'appello merita accoglimento.

2. Risulta fondato, in particolare, il motivo con il quale la Solari Udine s.p.a. lamenta la mancata esclusione dell'A.T.I. aggiudicataria.

L'appellante osserva che il bando di gara per i lavori rientranti nella categoria scorporabile (a qualificazione obbligatoria) OS18 e costituiti da lavori di carpenteria metallica, richiedeva una qualificazione per la classifica V. Senonché la società Cisaf Bellini, mandante del raggruppamento risultato aggiudicatario dei lavori, e che si era dichiarata unica esecutrice di tali lavorazioni, risultava qualificata per tale categoria di lavori per una qualifica inferiore (classifica IV) e, di conseguenza, la stessa non avrebbe potuto partecipare validamente alla gara.

Il T.R.G.A., muovendo dalla premessa concettuale secondo cui non esisterebbe una regola di stretta corrispondenza tra quote di qualificazione e quelle di partecipazione (all'A.T.I.) e di esecuzione dei lavori, ha respinto tale motivo rilevando che, in caso di A.T.I. verticale (quale è quella che viene in esame nel presente giudizio), ai fini dell'ammissione alla gara del

raggruppamento, deve aversi riguardo non solo alla qualifica della singola impresa mandataria che si impegna ad eseguire i lavori scorporabili, ma alla qualifica del raggruppamento del suo complesso.

Di conseguenza, ha evidenziato il T.R.G.A., l'A.T.I. Aesys soddisfa nel suo complesso i requisiti di qualificazione previsti dal bando. Ciò sulla base delle seguenti considerazioni che si riportano testualmente: “per la categoria OS18 era richiesta dalla *lex specialis* la (documentazione della) classifica V, che corrisponde a un importo fino a €5.164.569,00 (già lire 10 miliardi), proporzionato all'importo a base di asta di € 4.607.160,00. Il raggruppamento risultato aggiudicatario in sede di offerta ha documentato, mediante produzione di attestazioni S.O.A., che la capogruppo Aesys vantava la qualifica per la categoria OS18 classifica IV, corrispondente a un importo fino a € 2.582.284,00 (lire 5 miliardi); che la Cisaf - Bellini, mandante, era qualificata anch'essa per la categoria OS18 per la classifica IV fino a € 2.582.284,00, assommando così, l'importo pari alla classifica richiesta dal bando”.

3. L'assunto non è condivisibile.

A differenza di quanto sostenuto dal giudice di primo grado, nel nostro ordinamento, come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa (C.G.A., n. 116/2006; Cons. Stato, sez. VI, n. 231072007; Sez. V, n. 309972008; Sez. V, n. 3973/2008), esiste un principio di effettiva corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione all'ATI e quota di esecuzione dei lavori.

Da tale principio discende che in caso di A.T.I. verticale, è l'impresa che assume il compito di eseguire i lavori scorporabili a dover possedere,

per intero, la qualifica a tal fine richiesta dal bando, dato che, diversamente opinando, si ammetterebbe la possibilità che i lavori vengano eseguiti da una impresa priva della richiesta qualificazione.

Nel caso di specie, quindi, la qualifica della Cisaf Bellini non poteva essere cumulata con quella della capogruppo Aesys, perché quest'ultima, in base all'offerta presentata, non avrebbe in alcun modo partecipato all'esecuzione dei lavori scorporabili per la categoria OS18 (si trattava, infatti, di un'A.T.I. verticale, non di un'A.T.I. mista, né sussistevano i presupposti per invocare il principio dell'avvalimento).

Ne discende che l'ATI Aesys avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché priva della necessaria qualificazione.

4. Giova rilevare che i lavori oggetto della gara risultano ormai già interamente eseguiti dall'A.T.I. aggiudicataria (lo ammette la stessa A.T.I. Aesys nella sua memoria difensiva). Il presente giudizio, pertanto, ha ormai ad oggetto soltanto il risarcimento del danno subito dall'A.T.I. Solari a causa dell'aggiudicazione illegittima.

5. L'A.T.I. Solari ha dimostrato che in assenza dell'illegittimità commessa dall'Amministrazione si sarebbe aggiudicata la gara (essendosi collocata al secondo posto e tenuto conto che il bando di gara espressamente prevedeva che si sarebbe proceduto all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta (par. VI.3), lett. e) del bando di gara).

Risulta, quindi, provata la spettanza del bene della vita da identificarsi nell'aggiudicazione dell'appalto.

6. Risulta anche la colpa della stazione appaltante in quanto, come questa Sezione ha in più occasioni sottolineato (cfr., Sez. VI, n. sentenza 9

marzo 2007 n. 1114 e 9 giugno 2008 n. 2751) non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a..

Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Nel caso di specie, è stato violato un principio fondamentale relativo alla qualificazione delle imprese in materia di appalti (quello della corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione) e, pertanto, considerando anche che l'Amministrazione non ha allegato circostanze tali da superare la presunzione di colpa che nasce dall'illegittimità, deve ritenersi integrata la prova dell'elemento soggettivo.

Non rileva nemmeno la circostanza che il T.R.G.A. abbia condiviso l'interpretazione della stazione appaltante: la circostanza che il giudice di primo grado abbia dato ragione all'amministrazione con decisione poi ribaltata in appello, non esclude la colpa, sia perché non appare ragionevole dare rilevanza, al fine dell'accertamento dell'elemento soggettivo, ad un fatto successivo rispetto a quello che ha generato l'illecito, sia perché, aderendo ad una simile impostazione, la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile solo nelle ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi di giudizio, finendo così il giudizio di primo grado per essere quello decisivo.

7. Ritenuta la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito si tratta a questo punto di quantificare il danno.

7.1. In primo luogo deve ribadirsi il consolidato orientamento secondo cui nel caso in cui una impresa lamenti la mancata aggiudicazione di un appalto, non le spettano i costi di partecipazione alla gara.

Occorre, infatti, puntualizzare che 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 come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare (Cons. Stato, sez. VI, n. 4435/2002), si colorano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Essi, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma

specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente.

Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

7.2. Va invece riconosciuto a titolo di lucro cessante il profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto.

In ordine alla quantificazione di tale danno, l'appellante chiede che esso venga quantificato, applicando il criterio (spesso utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa) del 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.

La Sezione ritiene, tuttavia, che il criterio del 10%, se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che una impresa trae dall'esecuzione di un appalto, non possa, tuttavia, essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata.

Come recentemente affermato da questo Consiglio (sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967), il criterio del 10%, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Appare allora preferibile l'indirizzo che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, *in primis*, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478).

Nel senso che la percentuale del 10% non rappresenti un criterio automatico di quantificazione del danno sembra deporre, del resto, anche l'art. 20, comma 4, d.l. n. 185/2008, convertito dalla l. n. 2/2009. Tale norma, con riferimento agli appalti relativi ad investimenti pubblici strategici da individuarsi con successivo d.P.C.M., stabilisce che il risarcimento del danno, possibile solo per equivalente, non possa comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere, che sarebbero state seguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario in base all'offerta economica presentata in gara.

Pur essendo dettata con riferimento ad una particolare tipologia di appalti, tale norma conferma che il 10% non possa essere riconosciuto automaticamente, e che sia possibile quantificare il danno in misura minore. Se ciò vale, per espressa previsione legislativa, nei casi in cui (come accade per gli appalti cui si riferisce la l. n. 2/2009) il risarcimento per equivalente rappresenta l'unico strumento di tutela (essendo espressamente escluso il subentro), si deve ritenere che, a maggior ragione, ciò valga anche quando

(come accade negli altri casi) la tutela per equivalente è alternativa (almeno in origine) con la tutela in forma specifica.

Inoltre, il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile.

Si tratta, appunto, di una applicazione del principio dell'*aliunde perceptum* (ben nota alla giurisprudenza civilistica: basti pensare all'*aliunde perceptum* del lavoratore illegittimamente licenziato e poi reintegrato), in base al quale, onde evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio, quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione.

Come questo Consiglio ha avuto modo di precisare, tuttavia, l'onere di provare (l'assenza del)l'*aliunde perceptum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa.

Tale ripartizione dell'onere probatorio, che ha sollevato in dottrina alcune perplessità (si è sostenuto che l'*aliunde perceptum* verrebbe in considerazione come fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno e

non come fatto costitutivo, con la conseguenza che la relativa prova dovrebbe gravare sulla stazione appaltante e non sul privato), muove, tuttavia, come sopra si evidenziava, dalla presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili.

In sede di quantificazione del danno, pertanto, spetterà all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione all'Amministrazione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno.

Tale prova è mancata, invece, nel caso di specie, essendosi l'appellante limitato ad allegare genericamente che le imprese partecipanti all'A.T.I. avrebbero "necessariamente organizzato le proprie rispettive attività in modo da svolgere l'appalto unitamente e in coordinamento con altri lavori, tanto più ove si consideri che le stesse, come si evince anche dalle qualificazioni necessarie per parteciparvi, sono dotate di una complessa organizzazione idonea a far fronte a lavori di rilievo come quello in esame". Si tratta, tuttavia, di una allegazione priva di riscontro probatorio, che non vale a superare le considerazioni sopra svolte.

Ugualmente generica e priva di riscontri probatori è la considerazione secondo cui nel corso dell'anno 2007, anno in cui in ipotesi i

lavori avrebbero dovuto (in gran parte) svolgersi, il costo di molte materie prime che servivano all'ATI Solari per eseguire l'appalto ha subito notevoli decrementi determinando di conseguenza l'aumento del possibile margine di guadagno. Anche tale allegazione, quindi, non può rilevare ai fini della quantificazione del danno.

Alla luce delle considerazioni che precedono risulta equo liquidare a titolo di lucro cessante la somma del 6% dell'importo dell'offerta economica presenta. Tale somma, va ridotta al 3% tenendo conto dell'aliunde perceptum dell'impresa.

Considerato che l'importo dell'offerta presentata dall'A.T.I. Solari è pari ad €8.205.282,00, la somma da liquidarsi a titolo di lucro cessante è pari ad €246.158,00.

7.4. Può, ulteriormente, riconoscersi il c.d. danno curriculare specificamente chiesto dall'appellante: come già rilevato da questa Sezione (9 giugno 2008 n. 2751), il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocumenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che

operino su medesimo *target* di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara.

In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio *curriculum* professionale.

Esso, tuttavia, non può essere quantificato, come pretende l'appellante in misura corrispondente al 3% dell'importo dell'appalto, risultando più corretto calcolare come percentuale della somma già liquidata a titolo di lucro cessante, secondo una percentuale destinata a variare in considerazione dell'importanza dell'appalto in questione. Nel caso di specie, il Collegio stima equo riconoscere una somma pari al 5% di quanto liquidato a titolo di lucro cessante.

Alla somma di €246.158,00 devono aggiungersi, quindi, €12.307,9 a titolo di danno c.d. curriculare, per un risarcimento complessivo pari ad € 258.465,9.

7.5. Trattandosi di debito di valore, all'appellante spetta anche la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria (la rivalutazione è chiesta a partire da questa data), sino alla pubblicazione della presente sentenza (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

7.6. Non spettano, invece, i c.d. interessi compensativi (dalla data della stipula del contratto fino alla pubblicazione della sentenza) sulla somma via via rivalutata.

Come più volte chiarito dalla Corte di Cassazione (*sez. III, 24 ottobre 2007, n. 22347*), nei debiti di valore gli interessi compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria dell'eventuale, solo possibile - e non già certamente sussistente - danno da ritardo nella corresponsione dell'equivalente monetario attuale della somma dovuta all'epoca della produzione del danno. Danno che dipende dal raffronto comparativo in unità di pezzi monetari tra la somma (rivalutata) riconosciuta al creditore al momento della liquidazione e quella di cui disporrebbe se, in ipotesi tempestivamente soddisfatto, avesse utilizzato l'importo allora dovutogli secondo le forme che, in base alla comune esperienza, possono dirsi ordinarie (ovvero in impieghi più remunerativi). Solo se la seconda ipotetica somma è maggiore della prima può ravvisarsi un danno da ritardo, indennizzabile in vario modo, anche mediante il meccanismo degli interessi. In ogni altro caso il danno va escluso.

In mancanza di qualsiasi allegazione e prova circa l'insufficienza della rivalutazione ai fini del ristoro del danno da ritardo nei sensi sopra specificati, la domanda volta ad ottenere i c.d. interessi compensativi dalla data dell'evento lesivo fino alla pubblicazione della sentenza non può essere accolta.

7.7. Spettano, invece, gli interessi nella misura legale dalla data della pubblicazione della presente decisione, fino all'effettivo soddisfo.

8. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, la società Autostrade del Brennero s.p.a. va condannata al risarcimento del danno a favore dell'appellante, danno da liquidarsi in complessivi € 258.465,9, oltre alla

rivalutazione monetaria dalla stipula del contratto alla pubblicazione della presente decisione e agli interessi legali dalla pubblicazione della sentenza al soddisfo.

L'Autostrade del Brennero s.p.a. va condannate anche al pagamento delle spese del doppio grado che si liquidano in complessivi € 7000, oltre IVA e CPA come per legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello, e per l'effetto, condanna l'Autostrada del Brennero s.p.a. al risarcimento del danno a favore dell'appellante, nell'importo indicato in motivazione.

Condanna l'Autostrada del Brennero s.p.a. al pagamento delle spese processuali a favore dell'appellante che liquida in complessivi € 7000,00 oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 17 febbraio 2009 con l'intervento dei signori:

Giovanni Ruoppolo	- Presidente
Paolo Buonvino	- Consigliere
Roberto Garofoli	- Consigliere
Roberto Giovagnoli	- Consigliere relatore ed estensore
Fabio Taormina	- Consigliere

Presidente**Giovanni Ruoppolo****Consigliere****Roberto Giovagnoli****Segretario****Giovanni Ceci**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....21.05.2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria