

## **Sui criteri di liquidazione del danno da mancata aggiudicazione (a proposito di EXPO 2015)**

*di Nicoletta Pica*

*Data di pubblicazione: 24-3-2015*

Cons. St., Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 656.

Presidente Giaccardi; Estensore Russo.

*Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il rimedio riparatorio non può farsi conseguire all'operatore economico un beneficio maggiore di quello suscettibile di derivare dall'aggiudicazione.*

*Quanto al danno da lucro cessante, in assenza di allegazione probatoria idonea a dimostrare l'utile ritraibile dall'aggiudicazione dell'appalto, il risarcimento deve essere liquidato in via equitativa nella misura del 5% dell'offerta, in quanto è ragionevole ritenere che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera destinati alla gara da cui è stata esclusa per lo svolgimento di altri lavori, servizi o forniture, vedendo così ridotta la propria perdita di utilità.*

*Inoltre, poiché il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori appalti, deve ritenersi risarcibile il cd. danno curricolare, che si pone in termini obiettivi per l'intervenuta esclusione dal mercato "pubblico" ed è pertanto intrinsecamente e necessariamente valutabile in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4065 del 2014, proposto da:  
Expo 2015 Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Greco, Manuela Muscardini, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele 349;

***contro***

Geco Consorzio Stabile Soc. Cons. A R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni N. 26/B; Gemmo Spa, Itapol Vigilanza Srl, Italservizi 2007 Srl;

***nei confronti di***

Manutencoop Facility Management Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Mastragostino, Raffaella Turini, Cristiana Carpani, con domicilio eletto presso Raffaella Turini in Roma, via Giuseppe Avezana Nr 3;  
Consorzio Prodest Milano Srl, Mondiapol Milano Spa;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 00823/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizi pulizia alloggi in uso alle maestranze impegnate nei lavori per Expo 2015.

Visti il ricorso in appello e l'appello incidentale ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Geco Consorzio Stabile Soc. Cons. A R.L. e di Manutencoop Facility Management Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2014 il Cons. Nicola Russo e uditi per le

parti gli avvocati Maria Alessandra Sandulli, Massimiliano Brugnoletti e Gianluca Calderara su delega dell'avvocato Raffaella Turini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Milano sez. III – ha deliberato sul ricorso n. 1576/2014 proposto da Geco Consorzio Stabile Soc. Cons. a r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e nella qualità di mandataria del RTI, Gemmo S.p.A., Itapol Vigilanza S.r.l., Italservizi 2007 S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, volto ad avversare, chiedendone l'annullamento, il provvedimento comunicato ai ricorrenti il 17 maggio 2013, con cui Expo 2015 S.p.a. ha aggiudicato definitivamente al costituendo RTI formato da Manutencoop Facility Management S.p.a. (di seguito Manutencoop) la gara per l'affidamento dei servizi di gestione alloggi, pulizia, vigilanza armata e non armata, manutenzione e coordinamento generale nel campo base in uso alle maestranze impegnate nei lavori di costruzione del sito Expo Milano 2015, nonché i verbali di valutazione delle offerte tecniche, il diniego tacito di Expo 2015 alla diffida ex art. 243 del D.lgs. n. 163 del 2006 inviata il 24 aprile 2013 e tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Col predetto ricorso, il Consorzio Stabile Geco Soc. Cons. a r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI, Gemmo S.p.A., Itapol Vigilanza S.r.l., Italservizi 2007 S.r.l., (d'ora innanzi per brevità Consorzio Geco o solamente Geco) ha adito il nominato TAR, chiedendo l'annullamento dei richiamati provvedimenti, sulla base dei seguenti motivi:

I) con il primo motivo di gravame il ricorrente assumeva la violazione dell'art. 12 del disciplinare di gara recante i criteri di aggiudicazione, censurando la valutazione operata dalla Commissione di gara in relazione alla propria offerta tecnica; in particolare il ricorrente lamentava differenti metri di giudizio, valutazione e conseguente diversa attribuzione di punteggio in relazioni ad alcuni "sub-criteri" che per espressa previsione nella lex specialis erano valutabili solo in riferimento al dato numerico delle unità proposte e pertanto a fronte di identiche offerte numeriche (delle prime due classificate) dovevano essere attribuite a queste voci di offerta tecnica, identiche valutazioni.

II) Con il secondo motivo di gravame il ricorrente lamentava la violazione degli artt. 34 e 37 D.lgs. 163/2006 nonché la violazione dell'art. 8 del disciplinare di gara; in pratica asseriva Geco che la Manutencoop avrebbe partecipato alla gara in ATI orizzontale, avendo previsto che una prestazione secondaria fosse espletata sia dalla mandataria Manutencoop sia dal mandante Consorzio Prodest, pur tuttavia essendo quest'ultimo sprovvisto (unitamente all'altra mandante Mondialpol) del requisito del 10% del "contratto unico" ovvero aver eseguito prestazioni di gestione e pulizia alloggi con un contratto unico del valore (almeno per ciascuna mandante in quota pari o superiore al 10%) di un milione di euro.

III) Con il terzo motivo di gravame la Geco deduceva la violazione degli artt. 34 e 37 del D.lgs. 163/2006 sotto altro profilo; assumeva infatti che una delle mandanti del gruppo aggiudicatario dell'appalto, ovvero il consorzio Prodest, essendo un consorzio ordinario, ai sensi dell'art. 34, comma 1, del Codice dei contratti non avrebbe potuto partecipare in raggruppamento.

Il ridetto consorzio sarebbe stato tenuto a rendere le dichiarazioni per tutte le imprese consorziate, a specificare le parti di servizio eseguite dalle singole imprese e a documentare il possesso dei requisiti economici.

IV) Con il quarto motivo di ricorso il Consorzio Geco deduce la violazione dell'art. 38 D.lgs. 163/2006 e dell'art. 13 del disciplinare. In asserito spregio dell'allegato A del disciplinare, Manutencoop avrebbe dovuto rendere la dichiarazione sui requisiti di moralità con riferimento ai rappresentanti legali e agli altri soggetti con poteri di rappresentanza in carica; tuttavia a fronte di 71 procuratori speciali (in base alle visure prodotte) tali dichiarazioni risulterebbero espletate solo da 6 procuratori speciali.

Con la Sentenza impugnata il Tribunale amministrativo adito, pur rigettando il secondo, terzo e quarto motivo di ricorso, ossia le doglianze volte a censurare l'ammissione in gara dell'aggiudicataria, ha, tuttavia, accolto il ricorso presentato dal Consorzio Geco, limitatamente al primo motivo di gravame, ossia quello volto a contestare la valutazione dell'offerta tecnica del RTI ricorrente operata dalla Commissione.

Inoltre il TAR lombardo ha puntualmente e preliminarmente affrontato le doglianze incidentali mosse dal gruppo Manutencoop relative alla ammissione del Consorzio Geco (I e II motivo del ricorso incidentale) ritenendole non meritevoli di accoglimento; identica sorte è toccata al terzo motivo di ricorso incidentale dell'aggiudicataria Manutencoop relativo alla censura dell'offerta tecnica di Geco.

Il giudice di prime cure, da ultimo, preso atto che il contratto con Manutencoop era stato sottoscritto dalla stazione appaltante e trattandosi di affidamento ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. f, del D.L. n. 43/2013, non potendosi pronunciare sulla caducazione del contratto (ai sensi dell'art. 125 c.p.a.) e sul subentro, si è limitato all'accertamento dell'illegittimità della procedura ai fini esclusivamente risarcitori, ai sensi dell'art. 34 c.p.a.; il Tar, pertanto si è pronunciato, accogliendola parzialmente, sulla domanda risarcitoria della ricorrente, liquidando in € 152.646,89 il danno da mancato utile e pronunciandosi anche sulla liquidazione del c.d. danno curriculare, determinato nel 2% dell'offerta presentata in sede di gara, ammontante pertanto ad € 76.323,44, per un somma complessiva di € 228.970,33.

Di qui l'appello interposto innanzi a questo Consiglio da Expo 2015 S.p.A. (d'ora in avanti anche solo Expo per brevità) ed affidato ai motivi trattati nel prosieguo della presente pronunzia.

In seno a tale giudizio di appello, Geco si è costituito proponendo appello incidentale, volto a censurare alcuni aspetti del pronunciamento di primo grado che non sono stati giudicati meritevoli di accoglimento da parte del Tar lombardo.

Si è altresì costituita anche la Manutencoop aderendo alle tesi e alle domande proposte in sede di gravame da Expo.

Successivamente le parti hanno precisato le proprie conclusioni mediante memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 14 ottobre 2014, l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

L'appello principale non è fondato e va rigettato; vanno al contempo accolte, solo parzialmente, le doglianze mosse dall'appellante incidentale.

Il Collegio deve preliminarmente precisare, così come correttamente hanno fatto i giudici di prime cure, che il presente pronunciamento si limiterà all'accertamento dell'illegittimità della procedura ai fini esclusivamente risarcitori, ai sensi dell'art. 34 c.p.a. in quanto, essendo intervenuto il contratto tra la stazione appaltante Expo e l'aggiudicataria Manutencoop in virtù del disposto dell'art. 5 comma 1, lett. f, del D.L. n. 43/2013, convertito nella L. L. 24 giugno 2013, n. 71, trovano applicazione le disposizioni processuali di cui all'art. 125 del decreto legislativo n. 104/2010, e, pertanto, questo Collegio non può statuire in merito alla caducazione/subentro nel contratto di appalto stipulato inter partes.

Tanto premesso, assume priorità logica l'esame dei primi due motivi di appello incidentale promosso dall'ATI Geco Consorzio Stabile soc. cons. a r.l. aventi entrambi ad oggetto profili formali della partecipazione alla gara della RTI Manutencoop.

Con il primo motivo di appello incidentale Geco si duole degli errores in iudicando per violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 8 del disciplinare di gara.

Espone l'appellante incidentale che Manutencoop avrebbe partecipato alla gara de qua senza che il necessario requisito di unico contratto, in presenza di un raggruppamento orizzontale, fosse posseduto sia dalla capogruppo che dalle mandanti.

Il motivo è infondato.

Come correttamente sostenuto dalla sentenza di primo grado, la doglianza promossa da GECO si fonda sull'erroneo presupposto che il RTI guidato da Manutencoop fosse un raggruppamento orizzontale, mentre, a ben vedere, lo stesso deve qualificarsi come un'ATI verticale avendo la capogruppo assunto per intero lo svolgimento della prestazione principale.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale vengono sollevati ulteriori errores in iudicando per violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163 del 2006 e degli artt. 11 e 16 del disciplinare.

Con tale motivo GECO si duole della circostanza che il Consorzio Prodest dovesse essere considerato un consorzio ordinario in luogo di consorzio stabile, non potendo pertanto partecipare alla gara in esame.

Anche sotto questo profilo la sentenza è immune da censure avendo correttamente dichiarato

che anche in questo caso le doglianze avanzate dalla ricorrente principale in primo grado si fondano su un errato presupposto di fatto, frutto di un approccio formalistico, superabile dalla lettura della documentazione versata agli atti del giudizio.

Difatti ai sensi dell'art. 34 D. Lgs. 163/2006 è ammessa la partecipazione a "i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36." E il primo comma di tale ultimo articolo precisa che: "Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'articolo 35, dei requisiti previsti dall'articolo 40, formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa".

Ebbene come esattamente rilevato dal Tar Lombardia la caratteristiche del consorzio Prodest rispettano le condizioni previste dai citati articoli in quanto il medesimo è stato costituito il 29 settembre 1998 con la forma giuridica di società a responsabilità limitata a scopo consortile, ai sensi degli artt. 2615ter e 2462 c.c..

La durata del consorzio è prevista fino al 31 dicembre 2050 (e dunque per un periodo superiore ai cinque anni previsto dall'art. 36 codice appalti) ed è precisato che il consorzio provvede ad eseguire direttamente in proprio i servizi assunti ovvero ne assegna l'esecuzione, in tutto o in parte, ai propri soci.

In ogni caso alla presente gara il consorzio ha partecipato in proprio come soggetto giuridicamente autonomo, ovvero avvalendosi della propria organizzazione e dei requisiti di capacità economico-finanziaria posseduti dallo stesso.

Pertanto, il giudice di prime cure ha correttamente dichiarato come legittima la partecipazione alla gara del predetto Consorzio e rigettato la doglianza proposta dall'originaria ricorrente.

Anche il terzo motivo di appello incidentale assume priorità logica, in quanto è volto a rilevare ulteriori vizi formali della partecipazione alla gara della aggiudicataria ovvero errores in iudicando della sentenza per la violazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 13 del disciplinare di gara.

In particolare con tale motivo GECO lamenta l'omissione da parte della mandataria Manutencoop dell'indicazione di "moltissimi" procuratori muniti di ampi poteri di rappresentanza, ancora in carica al momento della pubblicazione del bando.

Anche questo motivo deve essere respinto.

Nessuna censura, infatti, può essere mossa sul punto alla sentenza di primo grado che correttamente ha affermato che la doglianza in esame è del tutto generica non avendo precisato di quali ampi poteri di rappresentanza fossero muniti i procuratori speciali, ritenendo in ogni caso inapplicabile al caso di specie l'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 sulla scorta di

costante giurisprudenza che ne individua l'applicazione ai soli amministratori e non anche ai procuratori speciali.

Va sottolineato che, riguardo all'ambito dei soggetti per i quali doveva essere prodotta la dichiarazione, la *lex specialis* (il disciplinare all'art. 13) non menziona testualmente tutti i soggetti autorizzati ad impegnare legalmente la ditta, ma riproduce sostanzialmente quella dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c), del d.lgs. n. 163/2006.

Tali dichiarazioni sono state rese conformemente da Manutencoop, e, inoltre, ad avviso del Collegio, occorre propendere in tali circostanze per un'interpretazione non estensiva del dettato normativo anzidetto, così come, del resto, conformemente fa l'orientamento che appare prevalente nella giurisprudenza più recente (cfr. Cons. Stato, V, 6 giugno 2012, n. 3340, oltre a nn. 5393/2012, 1186/2012, 6136/2011, 3069/2011, 1782/2011 e 513/2011; III, n. 5117/2011), volto a limitare l'applicabilità dell'esclusione stabilita dall'art. 38, nell'ipotesi di omessa dichiarazione, ai soli amministratori e non anche ai procuratori speciali o ad *negotia*, i quali non sono amministratori, e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati (così, V, n. 513/2011, cit.), dovendosi ancorare l'applicazione della norma su basi di oggettivo rigore formale (così, V, n. 3069/11, cit.), ed occorrendo avere riguardo alla posizione formale del singolo nell'organizzazione societaria piuttosto che ad incerte indagini sulla portata dei poteri di rappresentanza (cfr. Cons. Stato, sez. III 6 maggio 2013 n. 2449).

Così del resto ha ritenuto la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 23 del 16 ottobre del 2013, laddove ha stabilito che "L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici - per il quale l'accertamento dei requisiti di moralità per l'ammissione alla gara è svolto nei confronti "degli amministratori muniti del potere di rappresentanza o del direttore tecnico" se si tratta di società o di consorzi organizzati nelle forme diverse dall'impresa individuale, in accomandita, o in nome collettivo - va interpretato nel senso che il medesimo accertamento deve riguardare soltanto coloro per i quali vi sia la compresenza della qualità di amministratore e del potere di rappresentanza e non è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché le dichiarazioni non sono dovute anche dal procuratore e dall'istitutore, che non sono amministratori. Il bando di gara può però prevedere - a pena di esclusione - che le dichiarazioni previste dall'art. 38 siano rese anche dai procuratori muniti di poteri decisionali la cui particolare ampiezza renda configurabile un vero e proprio amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma primo, cod. civ. Qualora neppure il bando preveda l'onere per il "procuratore-amministratore di fatto" di rendere le dichiarazioni, l'Amministrazione può disporre l'esclusione solo se risulti in concreto l'assenza dei requisiti di moralità, e non per il solo fatto che siano mancate le dichiarazioni".

La questione va, dunque, risolta nel senso che, sotto detto profilo, l'offerta di Manutencoop non dovesse essere esclusa, in quanto correttamente formulata.

Confermata la sentenza di primo grado sugli analizzati profili formali si può ora passare all'analisi dell'appello principale attinente al merito della valutazione delle offerte presentate in sede di gara, omettendo per il momento di esaminare il quarto ed ultimo motivo di appello incidentale, riferito alla censura dell'erronea statuizione della pronuncia di primo grado in ordine ai profili risarcitori. Il Collegio, pertanto, ritiene di esaminare a questo punto le doglianze

mosse nell'appello principale proposto da Expo; più in particolare il primo dei due motivi, anche alla luce del fatto che il secondo si basa anch'esso, ma in senso inverso rispetto all'incidentale, sulla confutazione della liquidazione risarcitoria contenuta nella sentenza del Tar impugnata in questa sede.

Con il primo motivo di appello Expo lamenta:

-Erroneità e travisamento dei criteri e dei sub criteri di aggiudicazione, nonché del contenuto delle offerte presentate dalla ditte in gara;

-Violazione degli artt. 83 e 84 D.lgs. 163/2006;

-Irragionevolezza.

L'appellante sostiene che il Tar lombardo, che ha accolto un solo motivo di ricorso della ricorrente Geco, ha inteso applicare "un tasso di formalismo a dir poco esasperato ... e completamente avulso dalle caratteristiche della procedura di gara e delle relative regole, come puntualmente definite dalla *lex specialis*"; Expo sostiene, inoltre, che quanto ai 4 sub-criteri oggetto di contestazione (ed oggetto di esame in sede di accoglimento del ricorso di primo grado) l'applicazione del punteggio non poteva riferirsi ad una mera attribuzione di numero "asettica e meccanica", ma tale dato numerico avrebbe potuto risentire della descrizione operata nella relazione tecnica nella quale venivano offerte ulteriori e più congrue parametrizzazioni atte ad attribuire punteggi differenti anche in virtù di identiche prospettazioni numeriche di risorse offerte.

In pratica, pur avendo i due raggruppamenti concorrenti offerto lo stesso "numero di risorse a disposizione", si sono viste attribuire dai tre commissari, nominati da Expo per la valutazione delle offerte, dei punteggi differenti; ciò, ad avviso dell'appellante principale Expo, sarebbe plausibile e conforme alla *lex specialis* posto che il metro di valutazione delle offerte non avviene in forma strettamente matematica, ma concorre a formare il giudizio - in linea con le specifiche descritte nel disciplinare di gara - una valutazione descrittiva dell'offerta contenuta nella relazione tecnica a corredo della medesima.

Ad avviso del Collegio tale censura non è meritevole di accoglimento e va disattesa.

Così come correttamente ha argomentato il primo Giudice "in relazione ai sub criteri sopra indicati la formulazione del disciplinare non lascia spazio alla discrezionalità valutativa della Commissione di gara, se non nell'ambito del dato numerico".

Come correttamente riferito da Geco nella propria memoria difensiva, che ripercorre correttamente l'iter di attribuzione punteggi, in aderenza alle disposizioni dettate per l'affidamento sia dal bando che dalla *lex specialis*, dei 60 punti tecnici previsti nella competizione, solamente 8 sono correlati da dati meramente quantitativi.

Questa esigua (ma lo vedremo poi fondamentale) attribuzione di punti interviene nell'ambito della prestazione secondaria; infatti, i ridetti 8 punti erano a loro volta ripartiti in due criteri di

ripartizione (con conferimento di 4 punti per ciascun criterio):

1) il primo riferibile alle “esperienze e composizione dello staff di coordinamento del Campo e Coordinatore del Campo”, il quale a sua volta era ripartito in due sub-criteri:

a) al numero di risorse messe a disposizione (con attribuzione di punteggio massimo 2 punti);

b) al numero di risorse con conoscenza delle lingue (sempre con attribuzione di punteggio massimo 2 punti).

2) Il secondo riferibile a modalità con cui il concorrente intende organizzare i servizi” il quale a sua volta era ripartito in due sub-criteri:

c) numero di attestati del personale (con attribuzione di punteggio massimo 3 punti);

d) numero di addetti con conoscenza delle lingue (con attribuzione di punteggio massimo 1 punto).

Prima di addentrarci nello specifico nelle “distorsioni” delle valutazioni per ogni sub-criterio, operato dalla Commissione, si rende necessario fare una considerazione preliminare relativa ai punteggi delle prime due classificate, ovvero l’aggiudicataria Manutencoop e la seconda classificata Geco.

La commissione nella valutazione delle offerte economiche ha attribuito 27,27 punti a Geco a fronte di una offerta pari ad euro 3.816.172,44, mentre al raggruppamento Manutencoop sono stati attribuiti 26,23 punti, a fronte di una offerta pari ad euro 4.103.232,86.

Posto che relativamente alle offerte economiche non sono sorte contestazioni, la partita della contesa tra le migliori offerenti, pertanto, si è giocata esclusivamente sul campo delle offerte tecniche, che hanno visto quanto a Geco l’attribuzione di 49,45 punti, mentre per Manutencoop un punteggio pari a 50,57 punti.

La sommatoria tra i due punteggi, rispettivamente delle offerte tecniche e delle offerte economiche, ha visto una differenza complessiva pari a 0,08 in favore di Manutencoop che pertanto è risultata aggiudicataria, mentre Geco si è classificata al secondo posto.

Tale dettagliata specificazione sulla esigua differenza di punteggio, appare ancora più indicativa, in funzione della analitica confutazione dei 4 sub-criteri, che nel loro complesso vedevano una attribuzione di punteggio pari ad 8 punti; pertanto anche solo uno di questi si sarebbe reso idoneo ad invertire l’ordine di arrivo delle prime due classificate.

Rilevato che quanto ai 4 sub criteri (così come elencati in precedenza ovvero 1a-1b-2c-2d) il disciplinare di gara ha inteso attribuire una valenza prettamente numerica “...delle risorse messe a disposizione” (punti 1a e 1b) ovvero “...del numero di attestati o di addetti” (punti 2c e 2d), senza specificare la diversa calibratura all’interno degli stessi a parità di “quantità” offerte (pur essendo tale facoltà esercitabile ex ante dalla Stazione appaltante), non si

comprende come a fronte di identiche formulazione di offerte (e in alcuni casi anche a fronte della stessa composizione e strutturazione delle risorse), si possa essere attribuito un punteggio differente alle due contendenti; posto che in tali casi, per espressa volontà del Committente, si è inteso lasciare alle parti in gara libertà di predisporre la propria offerta tecnica.

Sul punto non possono soccorrere principi ulteriori non stabiliti dalle norme di gara né vi può essere un rimando a parametrizzazioni avulse e non prestabilite (come l'appellante ha tentato di suggerire arrivando a considerare che la descrizione dell'offerta, a differenza della mera compilazione numerica, è uno strumento idoneo a fornire elementi ulteriori sui quali i commissari potevano basare le proprie valutazioni).

Né allo stesso tempo si può obiettare sostenendo che l'apprezzamento della commissione doveva tener conto anche di altri elementi, non contenuti nel disciplinare, ma offerti dai raggruppamenti in gara, come per esempio la distribuzione delle risorse all'interno dei turni di lavoro (posto che al di là del numero di operatori impiegati andavano comunque rispettate contrattualmente le coperture di orario al fine di garantire i servizi richiesti) o la distribuzione delle competenze linguistiche tra gli operatori.

Quanto al punto 1a, punteggio attribuibile fino a 2 punti:

- nell'ambito del criterio "esperienze e composizione dello staff di coordinamento del campo e del Coordinatore del campo (responsabile della gestione)", assumeva rilevanza il "numero delle risorse messe a disposizione"; ora sia Geco che Manutencoop hanno messo a disposizione 5 risorse: tuttavia, il primo RTI ha ottenuto un punteggio di 1,52 punti, mentre l'attuale controinteressato 1,85 punti.

Quanto al punto 1b, punteggio attribuibile fino a 2 punti:

- nell'ambito del criterio "esperienze e composizione dello staff di coordinamento del campo e del Coordinatore del campo (responsabile della gestione)" assumeva rilevanza il "numero delle risorse con conoscenza delle lingue"; a parità di risorse (5 relative al punto precedente) entrambe le concorrenti hanno specificato che tutti i 5 componenti sarebbero stati nella condizione di conoscere le lingue; tuttavia a fronte di 1,62 punti riconosciuti a Manutencoop al Consorzio Geco è stato riconosciuto un solo punto.

Quanto al punto 2c, punteggio attribuibile fino a 3 punti:

- nell'ambito del criterio "servizio di guardiania e vigilanza armata" assumeva rilevanza il "numero di attestati del personale (antincendio e primo soccorso)". Entrambi i concorrenti hanno dichiarato il possesso di attestati di primo soccorso e antincendio in capo a tutto il personale impiegato; tuttavia a Manutencoop è stato attribuito il massimo punteggio ovvero 3 punti mentre a Geco 2,60 punti.

Quanto al punto 2d, punteggio attribuibile fino a 1 punto:

- nell'ambito del criterio "servizio di guardiania e vigilanza armata" assumeva rilevanza il "numero di addetti con conoscenze lingue". Entrambi i concorrenti hanno dichiarato la conoscenza delle lingue da parte di tutto il personale addetto; tuttavia a Manutencoop è stato attribuito il massimo punteggio ovvero 1 punto mentre a Geco 0,62.

Il Collegio, pertanto, ritiene che a parità di servizi e di personale offerto andavano attribuiti alle due concorrenti identici punteggi senza adoperarsi in arbitrarie differenziazioni; del resto se nel capitolato di gara e nel disciplinare fossero state contenute delle prospettazioni più stringenti la differenziazione sarebbe stata più agevole nonché giustificata.

E' evidente, pertanto, che se lo scopo fosse stato quello di preferire una concorrente (in virtù della migliore e più completa offerta presentata) era facoltà della Commissione attribuire punteggi diversi in altre voci delle offerte tecniche, lasciando identiche le attribuzioni di punteggio (visto l'identico contenuto delle risorse e delle competenze offerte) nei 4 sub criteri più volte citati.

E' bene inoltre precisare che il Collegio nel definire illegittima in parte qua l'attribuzione diversa dei punteggi, così come sopra evidenziati, non intende certo sostituirsi all'apprezzamento e alla discrezionalità dei commissari.

Verificata, dunque, l'illegittimità dell'operato di Expo, si può ora passare ad esaminare i profili risarcitori della decisione e verificare le rispettive doglianze presentate dalle parti nei propri atti.

Entrambe le parti propongono motivi di appello, sotto differenti profili, avverso il riconoscimento e l'ammontare del risarcimento del danno liquidato dai primi giudici.

EXPO 2015 con il secondo motivo di gravame deduce il difetto e il travisamento dei relativi presupposti. Violazione dell'art. 124, comma 1, c.p.a. Violazione del principio dispositivo e dei principi relativi all'onere della prova. Violazione dell'art. 2697 c.c. Violazione dell'art. 2043 c.c. Contraddittorietà della sentenza.

In primo luogo EXPO 2015 contesta l'operato dei giudici di primo grado che, invece di demandare ad altra Commissione la valutazione delle offerte presentate dai concorrenti, si è sostituito all'amministrazione e ha risarcito il danno subito da GECO, in assenza di una sua giuridica qualificazione.

La sentenza, inoltre, avrebbe errato sulla quantificazione dell'utile di impresa, violando i principi che presiedono all'onere probatorio.

Infatti, il TAR, nonostante avesse dato riscontro della mancata allegazione sul quantum del danno, ha comunque riconosciuto un danno pari al 5% del prezzo offerto, che si configura in ogni caso come illegittimo.

In via subordinata, difatti, l'appellante contesta tale valutazione equitativa fornita dal giudice di prime cure che non ha parametrato il quantum riconosciuto ai fini del risarcimento del danno

all'offerta presentata, che era estremamente competitiva, in quanto riduceva l'utile concretamente atteso.

Anche GECO impugna il capo della sentenza dedicato al riconoscimento del lucro cessante contestando la statuizione del giudice di primo grado nella parte in cui ha ritenuto non provato il danno subito, determinandosi per una liquidazione in via equitativa dello stesso.

Entrambi i motivi sono infondati e devono essere respinti.

In primo luogo deve essere disattesa la doglianza mossa da parte di EXPO 2015 in ordine all'illegittima sostituzione da parte del giudice all'operato dell'amministrazione.

Il TAR, infatti, ha dato pieno conto delle circostanze che lo hanno indotto a liquidare il danno, specificando che l'identità delle offerte sotto il profilo numerico, in relazione ai sub criteri sopra esaminati, avrebbe dovuto comportare l'attribuzione di un punteggio identico ad entrambe le concorrenti.

Da tale considerazione ha fatto discendere la collocazione "virtuale" della ricorrente principale al primo posto in graduatoria, tenuto conto della lieve differenza di punteggio con l'aggiudicataria e che l'attribuzione degli stessi punteggi, entrambe per le concorrenti determina, a favore della ricorrente, l'aumento di punti 2 per l'offerta tecnica.

Quanto deciso dal giudice di prime cure è immune da censure e deve essere confermato anche in questa sede.

Il disciplinare di gara, difatti, come si è detto, distingueva espressamente i criteri in relazione a quali era consentita una valutazione di tipo discrezionale, distinguendoli da quelli per i quali era richiesto il riscontro "automatico" del mero dato numerico.

Il TAR, quindi, non ha fatto altro che prendere atto dell'avvenuto mutamento della realtà fattuale relativa alla graduatoria finale di gara, riconoscendo che l'ATI guidata da GECO si sarebbe dovuta collocare in prima posizione, con conseguente aggiudicazione dell'appalto.

Da quanto argomentato il TAR ne ha giustamente ricavato l'ulteriore conseguenza che la domanda risarcitoria dovesse essere qualificata in termini di danno da mancata aggiudicazione.

Parimenti, non può essere accolto il gravame proposto da GECO sul punto poiché anche sotto questo profilo il TAR ha correttamente rilevato che la stessa non ha presentato alcuna allegazione idonea a dimostrare l'utile che avrebbe conseguito l'impresa dall'aggiudicazione dell'appalto.

Questo Collegio, infatti, ritiene di aderire alla statuizione del TAR, non potendo considerarsi sufficiente ai fini della quantificazione del danno la mera allegazione di una schema di quantificazione, che per stessa ammissione dell'appellante incidentale non è ufficiale, ma è di natura meramente interna.

Il TAR, inoltre, con la propria decisione si è attenuto ai parametri forniti dalla prevalente giurisprudenza di questo Consiglio, sulla scorta dei quali il danno da mancata aggiudicazione in assenza di allegazione probatoria debba essere liquidato nella misura del 5 per cento dell'offerta, in quanto è ragionevole ritenere che essa abbia riutilizzato mezzi e manodopera impiegati per la gara da cui è stata esclusa illegittimamente per lo svolgimento di altri lavori analoghi o di servizi e forniture, vedendo così ridotta la propria perdita di utilità.

L'ultimo motivo di gravame è dedicato alla liquidazione del c.d. danno curriculare.

EXPO 2015 ne contesta la liquidazione in quanto avvenuta in via equitativa in assenza di sforzo probatorio di GECO.

Inoltre, l'aliquota del 2% da utilizzare a fini liquidatori è stata illegittimamente applicata non alla somma liquidata a titolo di lucro cessante, ma all'importo dell'intero appalto.

Il motivo è infondato.

Anche su questo punto la sentenza di primo grado ha fornito esauriente motivazione.

Da una parte, infatti, ha dato atto del fatto che anche tale voce di danno può essere liquidato in via equitativa.

Costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha infatti affermato che: "Il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico, anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante, costituisce infatti fonte per l'impresa di un vantaggio non patrimoniale ma – comunque - economicamente valutabile, poiché di per sé accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

In tale ottica deve pertanto ritenersi risarcibile il danno anzidetto, il quale segnatamente consiste nel pregiudizio subito dall'impresa in dipendenza del mancato arricchimento del proprio "curriculum" professionale, ossia per la circostanza di non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 09 giugno 2008 n. 2751).

Tale ben particolare pregiudizio, a prescindere dalla carenza di prove offerte dalla ricorrente in ordine alle perdite economiche da essa subite, fuoriesce – altresì - dagli ambiti meramente probabilistici della valutazione delle chances e si pone in termini obiettivi per il fatto stesso dell'intervenuta esclusione della ricorrente dal mercato "pubblico", ed è pertanto intrinsecamente e necessariamente valutabile da questo giudice in termini equitativi ai sensi dell'art. 1226 c.c." (cfr. Cons. St., Sez. IV, sent. 16 maggio 2011, n. 2955).

Il TAR ha, inoltre, dato conto delle ragioni che lo hanno spinto a parametrare la quantificazione del danno curriculare al valore dell'offerta proposta in sede di gara, basando tale convincimento sull'assunto che tale modalità risulti più coerente con l'interesse sostanziale oggetto di risarcimento, ovvero l'arricchimento del proprio curriculum professionale grazie

all'esecuzione di un appalto di un determinato valore.

In tal modo il giudice di prime cure ha scelto di aderire a quella giurisprudenza che individua quale parametro di riferimento l'importo dell'appalto (come da offerta presentata in gara), dalla quale questo Collegio ritiene di non doversi discostare non avendo EXPO 2015 allegato sufficienti motivi idonei a tal fine.

Si può ora passare all'analisi del motivo avanzato da GECO, contro l'esigua liquidazione del danno a fronte della particolarissima importanza mediatica e di visibilità della commessa.

Il motivo è fondato e deve essere accolto.

Sul punto va, infatti, accolta la richiesta di Geco di vedersi riconosciuto (ed accresciuto rispetto al quantum di cui alla sentenza del Tar, pari al 2%, calcolato sull'ammontare dell'importo offerto) un danno curricolare del 5% posto che la mancata aggiudicazione dell'appalto e l'impossibilità di subentro in virtù della normativa vigente, impongono al Collegio di ristorare in capo a Geco in una misura più congrua il danno derivante dalla mancata esperienza lavorativa in un ambito ed in un contesto di rilevanza internazionale, quale appunto Expo 2015.

Va, quindi, accolta la richiesta di riconoscere nella misura 5% dell'importo offerto il danno alle potenzialità dell'impresa (c.d. "danno curricolare"), visto il considerevole ed oggettivo mancato incremento dell'esperienza dell'impresa e conseguentemente del miglioramento delle opportunità rispetto alle gare future.

Pertanto, così come calcolato, il danno curricolare ammonta ad euro 190.808,62 che vanno ad aggiungersi al quantum di ristoro a titolo di lucro cessante, rimasto invariato nel presente giudizio di appello.

La stazione appaltante deve, pertanto, essere condannata a corrispondere a titolo di risarcimento del danno la somma complessiva di euro 343.455,51, maggiorata di interessi e rivalutazione monetaria, a partire dalla data di deposito del ricorso di primo grado e fino all'effettivo soddisfo.

Infine, non può trovare accoglimento la domanda avanzata da GECO in ordine al riconoscimento del danno emergente, relativo alle spese sostenute dalla medesima per la partecipazione alla gara.

Tale voce di danno non può essere risarcita all'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto, in quanto dalla mera partecipazione alle gare di appalto derivano 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), possono assumere rilevanza ai fini del riconoscimento del 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.

Nel caso, invece, 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 quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751) posto che in tale caso i costi di partecipazione sarebbero rimasti a suo carico.

Le spese seguono la regola della (prevalente) soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato (Sezione Quarta) in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, così provvede:

respinge l'appello principale di Expo 2015;

accoglie parzialmente l'appello incidentale di Geco nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna in solido Expo 2015 S.p.A. e Manutencoop Facility Management S.p.A. al pagamento delle spese del presente giudizio che si liquidano in € 5.000,00, oltre IVA e CPA ed oltre al rimborso dei contributi unificati 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 14 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

## **BREVI ANNOTAZIONI**

## L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La pronuncia puntualizza i criteri di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione, nel caso di specie cagionato all'impresa (seconda classificata) pretermessa dalla gara bandita da Expo 2015 s.p.a. per l'affidamento dei servizi di gestione alloggi, pulizia, vigilanza, manutenzione e coordinamento generale nel campo base in uso alle maestranze impegnate nei lavori di costruzione del sito Expo Milano 2015.

Segnatamente, il giudizio d'appello è stato promosso dalla stazione appaltante avverso la sentenza con cui i Giudici di *prime cure* avevano dichiarato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione e, conseguentemente, riconosciuto al R.T.I. ricorrente il risarcimento del danno da mancato utile, nonché del cd. danno curriculare, rispettivamente quantificati nella misura del 5% e del 2% dell'offerta presentata in sede di gara.

## IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel dettaglio, la statuizione di primo grado è stata censurata per un duplice ordine di motivi: l'asserita erroneità della valutazione compiuta dal T.A.R. in ordine all'illegittimità dell'aggiudicazione e, sotto il profilo risarcitorio, l'erronea quantificazione del danno da mancato utile, nonché del danno curriculare patito dall'impresa pretermessa.

Prima di esaminare i suddetti motivi di gravame, la IV Sezione del C.d.S. ha proceduto al vaglio delle censure da quest'ultima promosse in via incidentale al fine di contestare l'ammissione alla gara della R.T.I. aggiudicataria.

Segnatamente, i Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito l'infondatezza della doglianza volta a evidenziare come l'aggiudicataria avesse preso parte alla gara senza che il necessario requisito di unico contratto fosse posseduto sia dalla capogruppo che dalle mandanti; invero, il Collegio, disattendendo la prospettazione dell'appellante incidentale, ha precisato come si fosse in presenza di **un'ATI verticale e non di un raggruppamento orizzontale**, avendo la capogruppo assunto l'integrale svolgimento della prestazione principale.

Ciò posto, i Giudici di *seconde cure* hanno altresì scrutinato le censure con cui l'appellante incidentale asseriva, *in primis*, che **una delle mandanti del gruppo aggiudicatario, in quanto consorzio ordinario, non avrebbe potuto partecipare in raggruppamento** e, inoltre, che, in violazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, fosse stata omessa l'indicazione di un gran numero di procuratori *ad negotia*, ancora in carica al momento della pubblicazione del bando.

In ordine al primo profilo, si è chiarito come il consorzio in questione rispettasse i requisiti di cui agli artt. 34 e 36 del D.Lgs. n. 163/2006 e, ad ogni modo, avesse partecipato alla gara in qualità di soggetto giuridicamente autonomo, avvalendosi della propria organizzazione, nonché dei propri requisiti di capacità economico-finanziaria.

Quanto, invece, alla **pretesa violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006**, il Collegio è pervenuto al rigetto della dedotta censura muovendo dalla definizione della latitudine applicativa della norma, che, alla stregua della prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, n. 3340/2012; *idem*, n. 5393/2012; *idem*, n. 1186/2012; *idem*, n. 6136/2012; *idem*, n. 3069/2011; *idem*, n. 1782/2011), nonché del recente pronunciamento dell'Adunanza plenaria n. 23/2013, deve essere interpretata nel senso per cui ***“l'accertamento dei requisiti di moralità per l'ammissione alla gara deve riguardare soltanto coloro per i quali vi sia la presenza della qualità di amministratore e del potere di rappresentanza e non è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché le dichiarazioni non sono dovute dal procuratore e dall'istitutore, che non sono amministratori”***.

Tanto chiarito, i Giudici della IV Sezione hanno confermato la gravata sentenza anche nel vagliare le doglianze mosse nell'appello principale; e invero, hanno anch'essi riscontrato l'illegittimità dell'aggiudicazione per non aver la stazione appaltante attribuito alle concorrenti (prime due classificate) il medesimo punteggio nonostante l'identità dell'offerta tecnica presentata e, più precisamente, di quelle voci dell'offerta valutabili, per espressa previsione del bando, solo in riferimento al dato numerico, senza che vi fosse spazio per la discrezionalità valutativa della Commissione.

Nondimeno, **l'accertamento dell'illegittimità della procedura è stato operato, ai sensi dell'art. 34 c.p.a., esclusivamente ai fini risarcitori, essendo suscettibile di applicazione l'art. 125 c.p.a.** laddove non consente al G.A. di statuire in ordine alla caducazione/subentro nel contratto, posto che la stipulazione tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria era avvenuta ai sensi **dell'art. 5, comma 1°, lett. f) del D.L. n. 43/2013, conv. nella L. n. 71/2013**, facente espresso rinvio alla menzionata norma del c.p.a..

Venendo all'esame del profilo risarcitorio, oggetto delle censure promosse sia dalla stazione appaltante, che dall'appellante incidentale, il C.d.S. ha accolto, parzialmente, solo i motivi di gravame da quest'ultima avanzati.

Preliminarmente, ha chiarito come, alla stregua dei parametri offerti dalla prevalente giurisprudenza, condivisa anche dai Giudici di *prime cure*, **in assenza di allegazione probatoria in ordine all'utile conseguibile dall'impresa, il danno da mancata aggiudicazione dovesse essere liquidato in via equitativa nella misura del 5% dell'offerta**, *“in quanto è ragionevole ritenere che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera impiegati per la gara da cui è stata esclusa illegittimamente per lo svolgimento di altri lavori analoghi o servizi o forniture, vedendo così ridotta la propria perdita di utilità”*.

Importanti precisazioni sono state altresì effettuate in ordine alla **liquidazione del cd. danno curriculare, contestata sia dalla stazione appaltante**, perché operata in via equitativa adottando come parametro di riferimento l'importo dell'intero appalto in luogo della somma liquidata a titolo di lucro cessante, sia dall'appellante incidentale, per l'esigua quantificazione del risarcimento nonostante la particolare importanza mediatica e visibilità della commessa.

Sul punto, il Collegio, disattendendo la prospettazione dell'appellante principale, ha puntualizzato come *“tale ben particolare pregiudizio, a prescindere dalla carenza di prove*

offerte dalla ricorrente in ordine alle perdite economiche da essa subite (...) si pone in termini obiettivi per il fatto stesso dell'intervenuta esclusione dal mercato "pubblico ed è pertanto **intrinsecamente e necessariamente valutabile in termini equitativi ai sensi dell'art. 1226 c.c.** (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2011 n. 2955").

Tanto chiarito, ha invece accolto la richiesta dell'appellante incidentale di vedersi riconosciuto il danno curriculare in misura pari 5% - anziché al 2% - del valore dell'appalto, stante il **considerevole pregiudizio derivante dalla mancata esperienza lavorativa in un contesto di rilevanza internazionale quale EXPO 2015.**

Infine, in ordine alla domanda tesa al riconoscimento del danno emergente per le spese di partecipazione alla gara, ha trovato conferma l'ormai consolidato assunto giurisprudenziale secondo cui "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) posto che in tale caso i costi di partecipazione sarebbero rimasti a suo carico".

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in commento offre lo spunto per indagare il tema della tutela risarcitoria accordabile per il danno da mancata aggiudicazione all'impresa pretermessa da una gara d'appalto.

Sul punto, occorre premettere come, in virtù del disposto di cui all'art. 124 c.p.a., la più recente giurisprudenza si sia espressa nel senso di ritenere che la **reintegrazione in forma specifica, consistente nell'ottenimento dell'aggiudicazione con conseguente subentro nel contratto, debba rappresentare "l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire"**, mentre "il risarcimento per equivalente costituisce una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4586).

*Invero, ai sensi della menzionata norma, il giudice dispone il risarcimento per equivalente del danno subito e provato solo quando non sussistano le condizioni, di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., per l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia del contratto.*

*Nondimeno, nella fattispecie sottoposta al vaglio di Palazzo Spada, il suesposto regime normativo non ha trovato applicazione, stante il disposto di cui **all'art. 5, comma 1°, lett. f) D.L. n. 43/2013, a tenore del quale "nei giudizi che riguardano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di Expo 2015 s.p.a. si applicano le disposizioni processuali di cui all'art. 125 del D.Lgs. n. 104/2010"**.*

Com'è noto, **la richiamata norma del c.p.a.**, riguardante le controversie relative a infrastrutture strategiche, **preclude la caducazione del contratto già stipulato, consentendo al G.A. di disporre esclusivamente il risarcimento per equivalente del danno eventualmente cagionato dalla stazione appaltante, previo accertamento dell'illegittimità della procedura di evidenza pubblica esclusivamente ai fini risarcitori, sì da verificare se risulti integrato il requisito dell'ingiustizia del danno secondo il paradigma di cui all'art. 2043 c.c..**

Ed infatti, si suole reputare che, nel settore degli appalti pubblici, il risarcimento per equivalente "si connota per una peculiare natura, non configurando uno strumento risarcitorio in senso stretto, ma, piuttosto, una misura sostitutiva della tutela specifica, a mezzo della quale si attribuisce all'impresa il surrogato economico del bene della vita aggiudicazione-contratto" (Cons. Stato, Sez. IV, 13 gennaio 2012, n. 482). Motivo, questo, per cui, in siffatte ipotesi, la responsabilità risarcitoria della P.A. è connotata dalla giurisprudenza nazionale ed europea come oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, vieppiù perché "funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza nel settore degli appalti pubblici" (così, Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; *idem*, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1733).

Venendo all'esame delle **voci in cui si compendia il danno da mancata aggiudicazione**, è agevole constatare come la pronuncia in commento, nell'affrontare il tema delle condizioni di risarcibilità, nonché dei parametri di quantificazione del danno emergente (per i costi di partecipazione alla gara), del danno da mancato utile e del cd. danno curriculare, si inserisca nel solco tracciato dalla più recente giurisprudenza; nondimeno, talune precisazioni risultano necessarie.

Preliminarmente giova chiarire come **il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione sia funzionale al ristoro del cd. interesse positivo**, consistente nel mancato conseguimento delle utilità economiche che l'impresa avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto, di talché **non sono suscettibili di riparazione le spese sostenute per la partecipazione alla gara**, afferenti al cd. interesse negativo, che è invece risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A..

Invero, come evidenziato da consolidata giurisprudenza, posto che dalla partecipazione alle gare di appalto derivano per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione, **diversamente opinando, si perverrebbe al paradossale esito di arricchire il danneggiato, in palese violazione della funzione reintegratoria del rimedio risarcitorio; e infatti, si determinerebbe per l'impresa non aggiudicataria un beneficio maggiore di quello ritraibile dall'aggiudicazione** (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2012, n. 3966; *idem*, Sez. VI, 3 settembre 2013, n. 4392; *idem*, Sez. IV n. 6000/2013; *idem*, Sez. V, n.799/2013; *idem*, Sez. III, n.3437/2013).

Quanto al **danno da mancato utile**, il panorama giurisprudenziale non è altrettanto omogeneo; invero, taluni contrasti ermeneutici sono sorti in ordine ai parametri di quantificazione di tale voce di danno.

**Per lungo tempo la giurisprudenza ha fatto ricorso al criterio di liquidazione forfettaria del lucro cessante fondato sul parametro del 10 % dell'importo posto a base d'asta, di cui dell'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F.**

In senso contrario, **il più recente indirizzo pretorio** - in ossequio al generale principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., nonché al tenore letterale dell'art. 124, comma 1° c.p.a. laddove facente riferimento al "*danno subito e provato*" – **ha invece sostenuto la necessità che l'impresa assolva all'onere di provare la percentuale di utile che avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria dell'appalto**, prova desumibile, in via principale, dall'offerta economica presentata (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444; *idem*, 25 giugno 2013, n. 3437).

A sostegno di siffatta impostazione si è addotto almeno un duplice ordine di argomentazioni: *in primis*, la riferibilità dell'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F ad altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta negli appalti di lavori; in secondo luogo, la necessità di evitare che "*il risarcimento dei danni finisca per essere, per l'imprenditore, più favorevole dell'impiego del capitale (il che comporterebbe la mancanza di interesse del ricorrente a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfettaria gli consentirebbe)*" (così, Cons. Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725).

Tuttavia, **per l'ipotesi in cui non sia assolto l'onere probatorio in ordine all'utile ritraibile dall'esecuzione del contratto, la giurisprudenza ha offerto plurivoche soluzioni.**

Talvolta, infatti, in distonia con il più rigoroso orientamento incline a **rigettare la domanda risarcitoria non assistita dalla prova del danno**, ha optato per la **liquidazione in via equitativa, adottando come parametro di riferimento quello della media degli utili che le imprese normalmente traggono dalla partecipazione alle gare**, recentemente individuato in una misura percentuale variabile **dal 3 al 5% dell'offerta presentata in sede di gara** (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 gennaio 2014, n. 863; *idem*, Sez. I bis, 9 gennaio 2014, n. 255; Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437 cit.; *idem*, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279; *idem*, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115).

In merito al risarcimento del danno a titolo di lucro cessante, giova altresì precisare la necessaria applicazione del **principio dell'*aliunde perceptum vel percipiendum***, in forza del quale, posto che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, deve presumersi che l'impresa pretermessa abbia utilizzato mezzi e maestranze per lo svolgimento di altre commesse pubbliche o private, il mancato utile deve essere corrisposto nella misura integrale solo qualora l'operatore economico dimostri di non averli potuti altrimenti utilizzare (*ex multis*, T.A.R. Campania, Sez. II, 14 luglio 2014, n. 3906; T.A.R. Milano, Sez. III, 3 dicembre 2013 n. 2681).

Siffatta impostazione – ha chiarito il C.d.S. (Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115) - sottende l'applicazione del principio evincibile dall'art. 1227 c.c. e trasposto dal legislatore nell'art. 30 c.p.a., in omaggio al quale grava in capo al danneggiato il dovere di non

concorrere ad aggravare il danno.

Con riguardo alla seconda voce di danno liquidata in sentenza, ovvero il **cd. danno curriculare, che, com'è noto, si compendia nel pregiudizio patito dall'impresa in ragione del mancato arricchimento del proprio curriculum professionale**, suscettibile di incidere sulla sua competitività e, così, anche sulle future possibilità di aggiudicarsi ulteriori appalti, talune precisazioni devono essere operate in ordine al criterio di quantificazione del risarcimento.

Invero, è ormai consolidato l'assunto secondo cui: *“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, costituisce fonte per l'impresa di un vantaggio non patrimoniale ma – comunque - economicamente valutabile”,* sicché *“tale ben particolare pregiudizio, a prescindere dalla carenza di prove offerte dalla ricorrente in ordine alle perdite economiche da essa subite, fuoriesce dagli ambiti meramente probabilistici della valutazione delle chances e si pone in termini obiettivi per il fatto stesso dell'intervenuta esclusione della ricorrente dal mercato “pubblico”, ed è pertanto **intrinsecamente e necessariamente valutabile in termini equitativi ai sensi dell'art. 1226 c.c.**”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3035; *idem*, 19 novembre 2012, n. 5846; *idem*, Sez. IV, 16 maggio 2011, n. 2955).

Nondimeno, è dato riscontrare talune divergenze in ordine al **parametro alla stregua del quale la giurisprudenza suole operare la liquidazione in via equitativa: talvolta, l'importo dell'appalto (desumibile dall'offerta presentata in gara), talaltra, la somma riconosciuta a titolo di lucro cessante.**

Sul punto, la pronuncia in commento si connota per l'adesione - in continuità con il *decisum* di primo grado - alla prima delle predette soluzioni (quantificazione del risarcimento alla stregua dell'importo dell'appalto), reputata, nel caso di specie, *“più coerente con l'interesse sostanziale oggetto di risarcimento (ovvero l'arricchimento del proprio curriculum professionale grazie all'esecuzione di un appalto di un determinato valore)”*(*in terminis*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III n. 823 /2014).

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014, pp. 1994 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014.