

Con il D.P.R. 30 marzo 2004 n. 115 vengono adottati i criteri per il rilascio dell'autorizzazione ministeriale alla prestazione, da parte degli intermediari finanziari, di fideiussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 30 della L. n. 109 del 1994 (ora art. 75 del decreto legislativo 163/2006 smi) : si tratta di una condizione ulteriore voluta dal legislatore per consentire a quei soli intermediari che, iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 cit. e perciò già abilitati a rilasciare garanzie in favore dei privati di operare anche in un settore al momento ancora precluso per una ritenuta persistente minore affidabilità della categoria rispetto alle banche ed alle assicurazioni; affidabilità, tuttavia, che nella valutazione del legislatore medesimo poteva essere pienamente recuperata ove vi fosse stato uno specifico assenso ministeriale poi correlato al riscontro di un dato requisito

Appare importante riportare il seguente pensiero espresso dal Consiglio di Stato nella decisione numero 1377 del 22 marzo 2007 in tema di condizioni per ammettere anche le Società di Intermediazione Finanziari quali garanti negli appalti pubblici:

<Invero, quanto al profilo della legittimità della esclusione dalla gara delle ditte che abbiano allegato, a titolo di cauzione provvisoria, una polizza fideiussoria rilasciata da intermediario finanziario che, se pur iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U. 1 dicembre 1993 n. 385, non sia stato appositamente autorizzato dal Ministero dell'economia, va considerato quanto segue: l'art. 30 della legge-quadro n. 109 del 1994, nel testo originario, stabiliva che l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici dovesse essere corredata da una cauzione pari al 2% dell'importo dei lavori; garanzia da prestare, oltre che in numerario o titoli di Stato o garantiti dallo Stato, anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa. Secondo la prevalente giurisprudenza la disposizione si riferiva alle sole imprese che esercitavano attività bancarie o assicurative in senso stretto e che, in quanto tali, garantivano la necessaria affidabilità in ragione del regime cui dovevano sottostare(Cons. Stato, V Sez., n. 355/01).Non era consentito, quindi, secondo la giurisprudenza, ampliare la tipologia dei depositi cauzionali, allargandola agli enti autorizzati ad operare nel settore dell'intermediazione finanziaria(Cons. Stato, V Sez., n. 5101/00). Successivamente, però, con l'art. 145, co.50 della legge n. 388 del 2000, di modifica del richiamato art. 30 della L. n. 109 del 1994, era disposto che le cauzioni provvisorie ai fini della partecipazione a dette gare potessero essere prestate, oltre che tramite fideiussione bancaria o assicurativa, anche mediante fideiussione rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385 del 1993 che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Rispetto alla normativa precedentemente in vigore era in tal modo ampliata la legittimazione, non di tutti gli intermediari finanziari, ma solo di quelli iscritti nell'indicato elenco speciale e che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie. La disposizione, inoltre, richiedeva una apposita autorizzazione ministeriale(cfr. Cons. Stato, VI Sez., n. 681/05).

Si trattava, all'evidenza, di una condizione ulteriore voluta dal legislatore per consentire a quei soli intermediari che, iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 cit. e perciò già abilitati a rilasciare garanzie in favore dei privati di operare anche in un settore al momento ancora precluso per una ritenuta persistente minore affidabilità della categoria rispetto alle banche ed alle assicurazioni; affidabilità, tuttavia, che nella valutazione del legislatore medesimo poteva essere pienamente recuperata ove vi fosse stato uno specifico assenso ministeriale poi correlato al riscontro di un dato requisito(cfr. dec. n. 681 cit.).

Con il D.P.R. 30 marzo 2004 n. 115, infatti, venivano adottati i criteri per il rilascio dell'autorizzazione ministeriale alla prestazione, da parte degli intermediari finanziari, di fideiussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 30 della L. n. 109 del 1994.

Così ricostruita la genesi e la portata precettiva della disposizione di cui all'art. 30 della l.n. 109 del 1994, come modificato dall'art. 145, co.50 della L.n. 388 del 2001, va dato atto che correttamente il TAR ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara delle società che avevano presentato polizze fideiussorie rilasciate da intermediari finanziari non autorizzati.

Tuttavia, la Sezione non ritiene condivisibile l'ulteriore assunto del TAR, secondo cui, in presenza di oggettiva incertezza della norma, la scelta compiuta dalla stazione appaltante, senza dubbio da censurare sul piano interpretativo, poteva indurre ad escludere la sussistenza di un errore colpevole, da cui il rigetto della domanda di risarcimento per equivalente.

Invero, da quanto esposto emerge che alla data di svolgimento della gara (2003) la disposizione di cui si discute era stata modificata proprio al fine di accrescere l'affidabilità degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco più volte citato e, per quanto qui interessa, prefigurava il procedimento di gara nella parte relativa alla legittimazione dei soggetti abilitati alla concessione di fideiussioni. L'Amministrazione di detta norma avrebbe potuto e dovuto approfondirne la portata, anche tenuto conto che l'orientamento della giurisprudenza amministrativa era nel senso della necessità, ai fini di cui si discute, dell'ulteriore assenso ministeriale (cfr. Cons. Stato, V Sez., n. 3716/02).

(Appare, peraltro, singolare che l'Amministrazione, dopo aver dato corretta applicazione della norma, abbia mutato parere ad un solo giorno di distanza).

La mancata rigorosa applicazione delle prescrizioni dettate dalla norma non poteva non riflettersi sulla legittimità delle determinazioni finali assunte in proposito.

Ne consegue che il TAR ha ingiustamente negato alla società ricorrente il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo subita dal raggruppamento d'impresе attuale ricorrente, il quale lo aveva ritualmente richiesto, restando preclusa la possibilità della reintegrazione in forma specifica, ossia dell'assegnazione dell'appalto all'odierna ricorrente, atteso che i lavori relativi all'appalto stesso risultano ormai conclusi.>

Ma altresì interessante appare il seguente pensiero in tema di risarcimento del danno:

< Per quanto riguarda la determinazione del danno subito, il Collegio non ritiene di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale, coerente con le esigenze di piena tutela degli amministrati postulate anche dall'ordinamento comunitario, secondo cui il danno ingiusto causato dalla Pubblica amministrazione (ancorché riferito, come nella fattispecie, alla lesione di interessi legittimi) comporta una responsabilità di tipo extracontrattuale che, ai sensi dell'art. 2043 Cod. civ., richiede comunque la verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa (cfr. Cons. Stato, IV Sez., n. 5012/04; n. 5500/04; n. 2408/06).

Nel caso in esame, come si è visto, non sembrano sussistere dubbi in ordine alla responsabilità dell'Amministrazione la quale, ponendo in essere un comportamento chiaramente colposo, non ha dato corretta applicazione alle norme che presiedevano lo svolgimento della gara in questione >

Ed ancora

< Per quanto riguarda la cd. perdita di chance, ai fini del risarcimento del lucro cessante, corrispondente al mancato guadagno, può farsi coerente riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248 allegato F, che quantifica nel 10% del valore dell'appalto, in via forfettaria ed automatica, il margine di guadagno presunto dell'appaltatore

nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici, tenuto altresì conto che il medesimo criterio è stato di recente ripreso dall'art. 37-septies, comma 1, lettera c), della L. 11 febbraio 1994 n. 109, aggiunto dall'art.11 della l. 18 novembre 1998, n. 415(cfr. Cons. Stato, IV Sez., n. 478 del 2005).

Può, quindi, procedersi alla individuazione dei criteri che, alla stregua dei principi sopraricordati, possono prendersi come base per la determinazione in concreto dell'ammontare del risarcimento spettante al raggruppamento ricorrente, il quale, in sede di proposizione dell'appello, ha indicato come riferimento l'ammontare del 10% dell'importo a base d'asta, per come eventualmente ribassato dall'impresa interessata, nonché, per quanto riguarda il pregiudizio subito in termini di qualificazione tecnico-economica per effetto della sottrazione del servizio, quale perdita di chance legata all'impossibilità di far valere in future procedure l'esecuzione dei lavori, il 5% dell'importo netto di aggiudicazione (o, in alternativa, il 3% del prezzo offerto dalla società in sede di gara>

In pratica quindi:

< La Sezione, sulla scorta degli elementi acquisiti, ritiene che il risarcimento del danno dovuto al raggruppamento ricorrente debba computarsi nei termini seguenti:

a) Danno emergente: dovrà tenersi conto, come stabilito dalla direttiva del Consiglio delle Comunità europee 92/13/CEE del 25 febbraio 1992, delle spese e dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione;

b) Lucro cessante: poiché il raggruppamento ricorrente, applicando correttamente la procedura di gara, avrebbe vinto la gara di cui si tratta, può convenirsi sulla eventuale determinazione della misura del lucro cessante nella misura massima del 10% dell'importo offerto dal medesima ricorrente, omettendosi le decurtazioni eventualmente da apportare in caso diverso>

ma attenzione:

< Quanto al pregiudizio per la perdita di opportunità in conseguenza dell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico collegato alla esecuzione dei lavori, il Collegio non può non rilevare che la richiesta si basa su valutazioni meramente ipotetiche, basate su elementi del tutto aleatori, dando per presupposti fatti non dimostrati, quale la tempestiva e corretta esecuzione dell'appalto in questione, nonché quello relativo alla successiva aggiudicazione di ulteriori appalti di lavori pubblici di maggiore impegno. In mancanza di una prova rigorosa del danno che si asserisce prodotto sotto il profilo in esame, deve concludersi che questa voce di danno non può essere riconosciuta.>

A cura di Sonia LAzzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso N. 2026 del 2006, proposto da Soc. Officine *** e *** s.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Ludovico Visone, elettivamente domiciliati in Roma, presso lo stesso in via degli Avignonesi n.5;

contro

- A.N.A.S. s.p.a., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato ex lege domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 13;

e

- *** S.r.l. in proprio e quale mandataria ATI,

- ATI *** S.r.l.,

- ATI – *** 2000 S.a.s.,

- ATI- ACIS S.r.l. .

per l'annullamento

alla sentenza n.19302/05 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sez. I, concernente asta pubblica per affidamento lavori di adeguamento di barriere metalliche di sicurezza;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla Camera di consiglio del 17 ottobre 2006 il cons. Anna Leoni;

Uditi, altresì, l'avv. Ludovico Visone e l'Avvocato dello Stato Linda;

FATTO

Con sentenza n. 2845 del 2004 il Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sez.I. annullava gli atti del procedimento relativi alla gara indetta dall'A.N.A.S. s.p.a. per l'affidamento di lavori di adeguamento delle barriere metalliche di sicurezza in località Paolise. La decisione veniva assunta su un ricorso dell'ATI Officine *** s.r.l. proposto avverso la determinazione della commissione che, dopo aver escluso nella seduta del 5/8/03 quarantotto imprese per vizi afferenti la cauzione provvisoria, aggiudicandole provvisoriamente i lavori, aveva il giorno successivo deciso di riammettere le stesse alla gara, con conseguente nuovo affidamento questa volta in favore dell'ATI *** s.r.l.- ** s.r.l.- *** 2000 di *** Marco & c. s.a.s. risultata essere la migliore offerente rispetto alla media come ricalcolata. Quanto alla domanda risarcitoria proposta, il T.A.R. la respingeva allo stato, ritenendo di subordinare l'accertamento del pregiudizio patito da parte ricorrente all'attività di esecuzione da compiersi da parte dell'A.N.A.S. s.p.a.

Nonostante la sentenza, passata in giudicato, fosse notificata all'Amministrazione e alla controinteressata non seguiva alcun atto di esecuzione alle prescrizioni ivi contenute. Parte ricorrente notificava, allora, espresso atto di diffida e messa in mora, in data 14/6/04, riscontrato dall'Amministrazione con una nota con cui comunicava che i lavori eseguiti a cura della ATI *** s.r.l.- ** s.r.l.- *** 2000 di *** Marco & C. s.a.s. erano ormai in fase di ultimazione.

Di fronte all'inerzia dell'A.N.A.S. s.p.a., l'ATI Officine *** s.r.l.- *** s.r.l. proponeva ricorso al medesimo TAR per l'esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 2845/04, chiedendo l'aggiudicazione in senso formale della gara a fini curricolari, nonché il ristoro del pregiudizio patrimoniale subito per effetto dell'illegittima attività amministrativa.

La stazione appaltante, con nota depositata agli atti in data 13/6/05, comunicava che i lavori avevano avuto completa esecuzione, per cui non era possibile procedere all'aggiudicazione in favore dell'ATI ricorrente.

Con ordinanza n. 739/05 il TAR ordinava all'ANAS di procedere alla rinnovazione virtuale del procedimento di gara.

Con atti depositati in data 29/9/05 l'ANAS ottemperava a quanto disposto, allegando gli atti del procedimento come rinnovato, tra cui il provvedimento n. 29670 del 27/9/05 con cui si era proceduto all'aggiudicazione virtuale della gara in favore dell'ATI ricorrente.

Il TAR, in sede di esecuzione di giudicato, con sentenza n. 19302/05 disponeva nei termini seguenti:

quanto al profilo del riconoscimento della titolarità formale della posizione di aggiudicatario, riteneva che la decisione avesse avuto puntuale esecuzione, attraverso la rinnovazione del procedimento e l'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione virtuale in favore dell'ATI ricorrente;

con riferimento al pregiudizio consistente nella mancata stipulazione del contratto e nel non aver potuto eseguire le opere, rilevava che, poiché era impossibile accedere ad una forma di risarcimento in forma specifica, essendo ormai intervenuta l'ultimazione dei lavori da parte della controinteressata, l'unica possibilità di ristoro restava quella del risarcimento per equivalente, individuato in base allo schema generale della responsabilità per atto o fatto illecito, nei suoi elementi costitutivi oggettivo e soggettivo. In tal senso riteneva che, per quanto concerneva l'elemento materiale, la stazione appaltante con il proprio comportamento avesse effettivamente precluso alla ricorrente ogni possibilità di essere dichiarata legittima affidataria dei lavori, avendo questa presentato la migliore offerta nell'ambito dell'originario procedimento di gara. Per quanto concerne l'aspetto soggettivo dell'elemento psicologico della colpa, riteneva che alla stazione appaltante dovesse essere riconosciuta la scusabilità dell'errore, in quanto la riammissione in gara delle 48 imprese originariamente escluse, per irregolarità della cauzione provvisoria prestata, era stata giustificata dalla circostanza per cui nella lex specialis di gara non era stato specificato che gli intermediari finanziari di cui queste si erano avvalse, pur essendo iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.lgs. n. 385/93, non erano in possesso della necessaria autorizzazione ministeriale. La soluzione adottata risentiva delle notevoli incertezze ed oscillazioni giurisprudenziali sussistenti all'epoca in materia di rilascio di garanzie negli appalti pubblici da parte degli intermediari finanziari. In tale situazione di oggettiva incertezza della norma la scelta compiuta dalla stazione appaltante, da censurarsi sul piano interpretativo, induceva tuttavia il TAR ad escludere la sussistenza di un errore colpevole;

Il TAR concludeva, quindi, nel senso del rigetto della domanda di risarcimento per equivalente, con compensazione delle spese processuali.

8. Avverso tale sentenza produceva appello la Soc. Officine ***, deducendo i seguenti motivi di ricorso:

8.1. Error in iudicando- Violazione di legge(artt. 2043 e ss. Cod. civ.)- Difetto di motivazione.

La violazione commessa dalla P.A. sarebbe grave, essendo essa perfettamente a conoscenza della normativa applicabile alla procedura concorsuale, tant'è che in un primo momento l'aveva applicata in modo corretto, escludendo tutte le imprese concorrenti la cui cauzione consisteva in una polizza fideiussoria rilasciata da intermediari non autorizzati dal Ministero del tesoro.

Inoltre, il giudice di I grado non avrebbe valutato l'apporto partecipativo dell'ATI ricorrente, trincerandosi dietro ad una non dimostrata incertezza giurisprudenziale.

8.2. Error in iudicando- Violazione di legge(artt. 2043 e ss Cod.civ.)- Contrasto con precedente giudicato.

Sarebbe erronea la ritenuta esimente della colpa della P.A. consistente nell'affermare che nel bando di gara non sarebbe stata prescritta per gli intermediari finanziari iscritti in un albo speciale anche la necessaria autorizzazione amministrativa ministeriale.

8.3. Error in iudicando- Violazione di legge(artt. 2043 e ss. Cod.civ.)- Difetto di motivazione.

La P.A. sarebbe stata assolta nonostante la documentata elusione di giudicato.

8.4. Error in procedendo- Violazione di legge(artt. 2727 e 2729 Cod. civ.; art. 116 C.p.c.; artt. 2043 e ss. Cod. civ.)- Difetto di motivazione.

Il privato danneggiato offre elementi indiziari circa la colpa della P.A., ma spetta all'amministrazione allegare gli elementi comprovanti l'errore scusabile, il che nella specie non sarebbe avvenuto.

8.5. Error in procedendo(art. 2909 Cod. civ.)- Difetto di motivazione- Contrasto con precedente giudicato.

Con la sentenza n. 2845/04 il TAR ha subordinato l'accoglimento della domanda risarcitoria all'accertamento della effettività del danno patito dalla ricorrente, laddove lo stesso giudice aveva già implicitamente riconosciuto l'esistenza di un danno ingiusto.

8.6. Riproposizione dei motivi del ricorso di I grado.

9. Il ricorso è stato inserito nel ruolo di Camera di consiglio del 17 ottobre 2006 e trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato e come tale va accolto nei termini di seguito indicati.

Invero, quanto al profilo della legittimità della esclusione dalla gara delle ditte che abbiano allegato, a titolo di cauzione provvisoria, una polizza fideiussoria rilasciata da intermediario finanziario che, se pur iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U. 1 dicembre 1993 n. 385, non sia stato appositamente autorizzato dal Ministero dell'economia, va considerato quanto segue: l'art. 30 della legge-quadro n. 109 del 1994, nel testo originario, stabiliva che l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici dovesse essere corredata da una cauzione pari al 2% dell'importo dei lavori; garanzia da prestare, oltre che in numerario o titoli di Stato o garantiti dallo Stato, anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa. Secondo la prevalente giurisprudenza la disposizione si riferiva alle sole imprese che esercitavano attività bancarie o assicurative in senso stretto e che, in quanto tali, garantivano la necessaria affidabilità in ragione del regime cui dovevano sottostare(Cons. Stato, V Sez., n. 355/01).Non era consentito, quindi, secondo la giurisprudenza, ampliare la tipologia dei depositi cauzionali, allargandola agli enti autorizzati ad operare nel settore dell'intermediazione finanziaria(Cons. Stato, V Sez., n. 5101/00). Successivamente, però, con l'art. 145, co.50 della legge n. 388 del 2000, di modifica del richiamato art. 30 della L. n. 109 del 1994, era disposto che le cauzioni provvisorie ai fini della partecipazione

a dette gare potessero essere prestate, oltre che tramite fideiussione bancaria o assicurativa, anche mediante fideiussione rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385 del 1993 che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Rispetto alla normativa precedentemente in vigore era in tal modo ampliata la legittimazione, non di tutti gli intermediari finanziari, ma solo di quelli iscritti nell'indicato elenco speciale e che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie. La disposizione, inoltre, richiedeva una apposita autorizzazione ministeriale(cfr. Cons. Stato, VI Sez., n. 681/05).

Si trattava, all'evidenza, di una condizione ulteriore voluta dal legislatore per consentire a quei soli intermediari che, iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 cit. e perciò già abilitati a rilasciare garanzie in favore dei privati di operare anche in un settore al momento ancora precluso per una ritenuta persistente minore affidabilità della categoria rispetto alle banche ed alle assicurazioni; affidabilità, tuttavia, che nella valutazione del legislatore medesimo poteva essere pienamente recuperata ove vi fosse stato uno specifico assenso ministeriale poi correlato al riscontro di un dato requisito(cfr. dec. n. 681 cit.).

Con il D.P.R. 30 marzo 2004 n. 115, infatti, venivano adottati i criteri per il rilascio dell'autorizzazione ministeriale alla prestazione, da parte degli intermediari finanziari, di fideiussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 30 della L. n. 109 del 1994.

Così ricostruita la genesi e la portata precettiva della disposizione di cui all'art. 30 della l.n. 109 del 1994, come modificato dall'art. 145 , co.50 della L.n. 388 del 2001, va dato atto che correttamente il TAR ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara delle società che avevano presentato polizze fideiussorie rilasciate da intermediari finanziari non autorizzati.

Tuttavia, la Sezione non ritiene condivisibile l'ulteriore assunto del TAR, secondo cui, in presenza di oggettiva incertezza della norma, la scelta compiuta dalla stazione appaltante, senza dubbio da censurare sul piano interpretativo, poteva indurre ad escludere la sussistenza di un errore colpevole, da cui il rigetto della domanda di risarcimento per equivalente.

Invero, da quanto esposto emerge che alla data di svolgimento della gara (2003) la disposizione di cui si discute era stata modificata proprio al fine di accrescere l'affidabilità degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco più volte citato e, per quanto qui interessa, prefigurava il procedimento di gara nella parte relativa alla legittimazione dei soggetti abilitati alla concessione di fideiussioni. L'Amministrazione di detta norma avrebbe potuto e dovuto approfondirne la portata, anche tenuto conto che l'orientamento della giurisprudenza amministrativa era nel senso della necessità, ai fini di cui si discute, dell'ulteriore assenso ministeriale(cfr. Cons. Stato, V Sez., n. 3716/02).

(Appare, peraltro, singolare che l'Amministrazione, dopo aver dato corretta applicazione della norma, abbia mutato parere ad un solo giorno di distanza).

La mancata rigorosa applicazione delle prescrizioni dettate dalla norma non poteva non riflettersi sulla legittimità delle determinazioni finali assunte in proposito.

Ne consegue che il TAR ha ingiustamente negato alla società ricorrente il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo subita dal raggruppamento d'impresae attuale ricorrente, il quale lo aveva ritualmente richiesto, restando preclusa la possibilità della reintegrazione in forma specifica, ossia dell'assegnazione dell'appalto all'odierna ricorrente, atteso che i lavori relativi all'appalto stesso risultano ormai conclusi.

3. Per quanto riguarda la determinazione del danno subito, il Collegio non ritiene di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale, coerente con le esigenze di piena tutela degli amministrati postulate anche dall'ordinamento comunitario, secondo cui il danno ingiusto causato dalla Pubblica amministrazione(ancorché riferito, come nella fattispecie, alla lesione di interessi legittimi) comporta una responsabilità di tipo extracontrattuale che, ai sensi dell'art. 2043 Cod. civ., richiede comunque la verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa(cfr. Cons. Stato, IV Sez., n. 5012/04; n. 5500/04; n. 2408/06).

Nel caso in esame, come si è visto, non sembrano sussistere dubbi in ordine alla responsabilità dell'Amministrazione la quale, ponendo in essere un comportamento chiaramente colposo, non ha dato corretta applicazione alle norme che presiedevano lo svolgimento della gara in questione.

Si deve ancora ricordare, preliminarmente, che il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione di cui all'art. 1223 Cod.civ., del danno emergente e del lucro cessante, ossia della diminuzione reale del patrimonio del privato, per effetto di esporsi connessi alla inutile partecipazione al procedimento di gara, nonché della perdita di una occasione di guadagno o comunque di una utilità economica connessa all'adozione o alla esecuzione del provvedimento illegittimo.

Per quanto riguarda l'onere della prova, per il danno emergente si ritiene sufficiente che siano documentate le spese sostenute, per il lucro cessante, invece, il privato deve dimostrare anche il mancato accrescimento della sua sfera patrimoniale nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento amministrativo riconosciuto illegittimo non fosse stato adottato od eseguito(cfr. Cons. Stato, AP n. 2/2003).

In ogni caso, poiché la L.n. 205/2000 non ha introdotto nel processo amministrativo l'azione di condanna generica al risarcimento dei danni prevista dall'art. 278 Cod. proc.civ., il giudice amministrativo è comunque tenuto ad indicare alla Pubblica amministrazione le modalità cui attenersi nella fase di successiva liquidazione, in base al disposto dell'art.35 del D.lgs. n. 80/89(cfr. Cons. Stato, IV Sez., n. 942/04).

Per quanto riguarda la cd. perdita di chance, ai fini del risarcimento del lucro cessante, corrispondente al mancato guadagno, può farsi coerente riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248 allegato F, che quantifica nel 10% del valore dell'appalto, in via forfettaria ed automatica, il margine di guadagno presunto dell'appaltatore nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici, tenuto altresì conto che il medesimo criterio è stato di recente ripreso dall'art. 37-septies, comma 1, lettera c), della L. 11 febbraio 1994 n. 109, aggiunto dall'art.11 della l. 18 novembre 1998, n. 415(cfr. Cons. Stato, IV Sez., n. 478 del 2005).

Può, quindi, procedersi alla individuazione dei criteri che, alla stregua dei principi sopraricordati, possono prendersi come base per la determinazione in concreto dell'ammontare del risarcimento spettante al raggruppamento ricorrente, il quale, in sede di proposizione dell'appello, ha indicato come riferimento l'ammontare del 10% dell'importo a base d'asta, per come eventualmente ribassato dall'impresa interessata, nonché, per quanto riguarda il pregiudizio subito in termini di qualificazione tecnico-economica per effetto della sottrazione del servizio, quale perdita di chance legata all'impossibilità di far valere in future procedure l'esecuzione dei lavori, il 5% dell'importo netto di aggiudicazione (o, in alternativa, il 3% del prezzo offerto dalla società in sede di gara).

4. La Sezione, sulla scorta degli elementi acquisiti, ritiene che il risarcimento del danno dovuto al raggruppamento ricorrente debba computarsi nei termini seguenti:

a) Danno emergente: dovrà tenersi conto, come stabilito dalla direttiva del Consiglio delle Comunità europee 92/13/CEE del 25 febbraio 1992, delle spese e dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione;

b) Lucro cessante: poiché il raggruppamento ricorrente, applicando correttamente la procedura di gara, avrebbe vinto la gara di cui si tratta, può convenirsi sulla eventuale determinazione della misura del lucro cessante nella misura massima del 10% dell'importo offerto dal medesimo ricorrente, omettendosi le decurtazioni eventualmente da apportare in caso diverso.

Quanto al pregiudizio per la perdita di opportunità in conseguenza dell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico collegato alla esecuzione dei lavori, il Collegio non può non rilevare che la richiesta si basa su valutazioni meramente ipotetiche, basate su elementi del tutto aleatori, dando per presupposti fatti non dimostrati, quale la tempestiva e corretta esecuzione dell'appalto in questione, nonché quello relativo alla successiva aggiudicazione di ulteriori appalti di lavori pubblici di maggiore impegno. In mancanza di una prova rigorosa del danno che si asserisce prodotto sotto il profilo in esame, deve concludersi che questa voce di danno non può essere riconosciuta.

c) Interessi e rivalutazione monetaria: sulle somme liquidate ai sensi di quanto indicato, trattandosi di debito di valore, deve aggiungersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, fino alla data di deposito della presente decisione (momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziaria, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Sulle somme rivalutate non si ritiene che vadano computati gli interessi legali, atteso che, in caso contrario, si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto in caso di assegnazione dell'appalto (cfr. C.G.A. n. 276/05; IV Sez. n. 2408/06).

Sulla somma totale, calcolata secondo le indicazioni di cui sopra, vanno invece computati gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione sino all'effettivo soddisfo.

5. Sulla base delle suesposte considerazioni, si dispone che l'ANAS provveda a liquidare in favore del raggruppamento appellante una somma a titolo sia di danno emergente sia di lucro cessante, determinata secondo i criteri suindicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione o, se anteriore, di notificazione della presente decisione.

6. Le spese, come da dispositivo, possono trovare equa compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione IV- definitivamente pronunciando in ordine al ricorso in appello indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, condanna l'ANAS a risarcire il danno subito dal raggruppamento ricorrente, liquidato secondo i termini indicati in motivazione.

Compensa fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 17 ottobre 2006, con l'intervento dei Signori:

Costantino SALVATORE - Presidente, f.f.

Vito POLI - Consigliere

Anna LEONI - Consigliere, est.

Bruno MOLLICA - Consigliere

Carlo DEODATO - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE, f.f.

Anna Leoni Costantino Salvatore

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 22/03/2007....

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott. Antonio Serrao

--

N.R.G. 2026/2006

RL