

Sentenza di primo grado e decisione del Consiglio di Stato che ritengono illegittimo aver annullato un'aggiudicazione (con conseguente richiesta di escussione della cauzione provvisoria): ora la decisione sul risarcimento del danno da mancata aggiudicazione (risarcimento del danno per equivalente, rapportato alla perdita del risultato utile che le ditte ricorrenti si proponevano di conseguire dall'esecuzione del suddetto contratto), considerato fondamentale un concorso di colpa da parte della ditta aggiudicataria che riduce l'importo concesso (ridotto quindi del 25%!)

Da un errore della Stazione Appaltante nel ritenere perentorio (a norma dell'attuale articolo 48 del codice dei contratti) anche il termine da assegnare all'aggiudicatario per la verifica del reale possesso dei requisiti di ordine speciale (scongiurando così anche l'escussione della cauzione provvisoria) deriva la condanna da parte del giudice amministrativo al risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, non senza però considerare un concorso di colpa da parte dell'avente diritto per aver comunque presentato in ritardo (ancorché la perentorietà del termine fosse illegittima) i documenti richiesti

L'esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente ha trovato giustificazione nella dichiarata natura perentoria del termine assegnato per la produzione dei documenti suddetti, il cui mancato rispetto ha comportato l'automatica estromissione dalla licitazione della ditta inadempiente ma l'asserita perentorietà del termine suddetto evidenziata nel disciplinare di gara e nella lettera di richiesta dei documenti cui si è fatta cenno, è stata ritenuta illegittima dal giudice amministrativo anche in appello, con le quali è stato posto in evidenza, oltre alla inconciliabilità della soluzione interpretativa del quadro normativo di riferimento privilegiata dall'organo di gara, anche la contraddittorietà dell'operato della stazione appaltante per quanto concerne il riferimento compiuto, per suffragare la tesi della perentorietà del termine suddetto, ad un atto di regolazione dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici del 30.3.2000 che, invece, per quanto riguardava la situazione della richiesta dei documenti alle ditte dichiarate aggiudicatrici di una gara pubblica, propendeva chiaramente per qualificare il termine da assegnare alle stesse per la materiale produzione di tali atti, come ordinario e non perentorio. Donde, a fronte delle accennate valutazioni compiute dal giudice amministrativo a giustificazione del disposto annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente, ritiene il Collegio, che **il comportamento posto in essere dagli organi del Comune intimato sia da qualificare sicuramente colposo**, in quanto frutto di una errata interpretazione del quadro normativo di riferimento che non può essere addebitato ad un errore scusabile, dal momento che le norme di legge alle quali doveva uniformarsi il disciplinare di gara, non creavano particolari problemi interpretativi, né esisteva un oscillante orientamento della giurisprudenza sul punto, **per cui le giustificazioni addotte dai difensori del Comune per confutare la contestata negligenza nell'operato della Commissione di gara e degli organi decidenti dell'Amministrazione, ad avviso del Collegio, non sono in grado di integrare gli estremi dell'errore scusabile** con riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza amministrativa e, quindi, non consente di escludere la colpa dell'apparato amministrativo nella causazione del danno derivante dall'avvenuta adozione degli atti illegittimi ritenuti generatori del danno patrimoniale rivendicato dalle imprese ricorrenti. Per cui, con riferimento a quanto si è avuto modo di precisare, ritiene il Collegio che l'operato degli organi del Comune intimato dal quale viene fatto dipendere il danno oggetto di accertamento in questa sede giurisdizionale **sia da qualificare sicuramente negligente e frutto di una superficiale valutazione dei fatti addotti a sua giustificazione e, quindi, di una errata applicazione del quadro normativo di riferimento** che, come ha avuto modo di precisare il TAR delle Marche ed il Consiglio di Stato nelle decisioni cui si è fatto cenno, non consentiva di procedere alla esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente per il solo fatto del mancato rispetto del termine assegnato per la presentazione della documentazione integrativa richiesta, tanto più che il raggruppamento di imprese attuale ricorrente non era rimasto affatto inadempiente a tale adempimento avendo provveduto comunque a spedire nei termini gli atti richiesti dalla stazione appaltante i quali, seppure tardivamente (26.10.2000, ore 9,03), erano comunque stati acquisiti dal dirigente responsabile del procedimento prima dell'approvazione dell'operato della commissione di gara e, quindi, dell'aggiudicazione definitiva

della licitazione, formalizzata con provvedimento n.1299 del 27.10.2000 del Dirigente del Settore Lavori Pubblici., \_ ai fini della concreta liquidazione del danno, reputa tuttavia Collegio che la minore gravità del comportamento negligente imputabile alla P.A. possa essere opportunamente valorizzata per attenuare gli oneri risarcitori a carico della medesima, secondo quanto previsto **dall'art 2056 del cod. civ. che per quanto riguarda la valutazione dei danni da atto illecito rinvia ai criteri fissati dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del cod. civ., tenuto conto che quest'ultima norma, in particolare, consente di ridurre proporzionalmente la quantificazione dei danni nel caso in cui il creditore ha concorso con il suo comportamento a cagionare il pregiudizio asserito derivante dal provvedimento illegittimo: *il raggruppamento di imprese ricorrente ha sicuramente contribuito con il suo comportamento a favorire la sua esclusione dal procedimento di scelta del contraente, a causa del mancato rispetto del termine che, seppure illegittimamente, l'organo di gara aveva espressamente qualificato come perentorio, con il chiaro intendimento di volere sanzionare con l'estromissione dalla gara le ditte inadempienti.***

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1302 del 19 settembre 2008 emessa dal Tar Marche, Ancona

In tema di presupposti per la richiesta del risarcimento del danno:

Passando quindi all'esame del merito della causa avente ad oggetto la domanda di accertamento della responsabilità del Comune intimato e la sua condanna al risarcimento del danno asserito arrecato al raggruppamento di imprese ricorrente a causa della illegittima esclusione da una gara ad evidenza pubblica della quale esso era stato in precedenza dichiarato aggiudicatario a titolo provvisorio, bisogna in primo luogo considerare che la responsabilità della Pubblica Amministrazione dipendente dalla avvenuta adozione di atti e provvedimenti illegittimi, è stata inquadrata dalla giurisprudenza prevalente all'interno della responsabilità extracontrattuale di cui all'art 2043 del cod.civ. (Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500; Cons. St., Sez.IV, 6 luglio 2004, n.5012; Sez. VI, 23 giugno 2006, n.3981; C.G.A., 18 aprile 2006, n. 153).

Ciò comporta che, ai fini della sussistenza della responsabilità aquiliana di cui al citato art 2043 del cod. civ., occorre verificare se l'evento asserito generatore del danno sia stato determinato da un comportamento antigiusuridico della P.A., posto in essere da organi della stessa Amministrazione i quali hanno operato in piena capacità di intendere e di volere ed in assenza di cause tipizzate di giustificazione (art 2044 e seguenti del cod. civ.).

Inoltre, il comportamento della P.A., oltre che antigiusuridico, deve anche essere colpevole, cioè frutto di un processo volitivo che non ci doveva essere, nel senso che il provvedimento illegittimo ritenuto lesivo deve essere stato adottato con coscienza e volontà del fatto lesivo (ossia con dolo) oppure per effetto di comportamenti colposi elusivi di un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione dell'atto viziato (Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2006, n.1591; TAR Abruzzo, PE, 22 febbraio 2007, n.196).

Ma non solo

< Ciò posto, per quanto riguarda la vicenda di cui è causa, dal momento che non può essere revocata in dubbio la sussistenza della piena capacità di intendere e di volere in capo al funzionario cui è imputabile l'avvenuta adozione del provvedimento asserito generatore di danno, la cui antigiusuridicità non può parimenti essere messa in discussione, dal momento che lo stesso è stato annullato dal Giudice amministrativo (nella specie dal TAR delle Marche con la sentenza n.303 del 23 marzo 2001, confermata, a seguito di appello dell'Amministrazione, dal Consiglio di Stato, Sez. quinta, con la

decisione n.3558 del 16 giugno 2003) ai fini della verifica della esistenza degli elementi costitutivi dell'obbligo dell'Amministrazione intimata a risarcire i danni rivendicati dalla parte ricorrente, si impone al Collegio l'accertamento della sussistenza o meno dell'elemento psicologico della colpa in capo ai soggetti che hanno agito per conto dell'Amministrazione mediante l'adozione del provvedimento illegittimo ritenuto generatore di danno.

A tale riguardo, occorre tenere presente che la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la riconosciuta presenza di vizi di illegittimità nei provvedimenti amministrativi, annullati in sede giurisdizionale, non indica presuntivamente di per sé gli estremi di una condotta colposa cui possa ricollegarsi automaticamente l'obbligo risarcitorio nei confronti del destinatario dell'atto, in base al solo dato oggettivo della violazione di una norma di azione, dovendosi, invece, in relazione alle singole fattispecie concrete, prendere in considerazione il comportamento complessivo degli organi che sono intervenuti nel procedimento, il quadro delle norme rilevanti ai fini dell'adozione della statuizione finale, nonché la presenza di possibili incertezze in relazione al contenuto prescrittivo delle disposizioni medesime, onde apprezzare se l'organismo procedente sia incorso nella violazione delle comuni regole di buona amministrazione, di correttezza, di imparzialità e di buon andamento (Cons. St., Sez V, 13 luglio 2006, n.4440; C.G.A., 23 luglio 2007, n.679; TAR Lazio, Sez. I, 4 febbraio 2008, n.940).

Sempre a proposito della valutazione dell'elemento psicologico della colpa, bisogna ulteriormente segnalare, come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, che il suo vaglio va compiuto alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento asserito generatore di danno e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione, nella considerazione dell'ampiezza degli apprezzamenti discrezionali rimessi all'organo amministrativo e con riferimento alle condizioni concrete in cui ha operato l'Autorità amministrativa, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato da parte del giudice.

Il che porta ad escludere la sussistenza di negligenza ed imperizia e, quindi, di colpa nell'assunzione dell'atto viziato, allorché ricorrano i presupposti dell'errore scusabile, rinvenibile nel caso di contrasti giudiziari, incertezza del quadro normativo di riferimento o di complessità della situazione di fatto (Cons. St., Sez.IV, 29 settembre 2005, n.5204; C.G.A., 22 giugno 2006, n.312; TAR Lazio, Sez.I/ter, 16 giugno 2006, n.4731; TAR Emilia Romagna, PR, 21 febbraio 2007, n.54; TAR Marche, 5 settembre 2007, n.1260).>

Nella particolare fattispecie di cui si parla...

< Ciò premesso, dalla ricognizione degli atti di causa, il Collegio ha potuto rilevare che la mancata definitiva aggiudicazione in favore del raggruppamento di imprese ricorrente, della gara ad evidenza pubblica indetta dal Comune di San Benedetto del Tronto per l'affidamento del contratto di appalto dei lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione comunale, 2° lotto, sito in zona Sentina, ha trovato giustificazione nell'accertato mancato rispetto, da parte dell'ATI ricorrente, del termine fissato dalla stazione appaltante per la trasmissione della documentazione attestante il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara, la cui sussistenza era stata solamente auto-dichiarata in sede di gara, la cui certificazione doveva pervenire alla stazione appaltante entro il 21.10.2000, mentre è stata recapitata il giorno 26.10.2000, a mezzo del servizio postale, pur essendo provato in atti che il plico contenente i relativi documenti e certificati, era stato spedito il 20.10.2000 e cioè prima della scadenza del termine assegnato dall'Amministrazione.

La suddetta esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente ha trovato quindi giustificazione nella dichiarata natura perentoria del termine assegnato per la produzione dei documenti suddetti, il cui mancato rispetto ha comportato l'automatica estromissione dalla licitazione della ditta inadempiente.>

Ma fu solo colpa dell'amministrazione?

< Assodata quindi l'impossibilità di considerare incolpevole l'operato dell'Amministrazione intimata per quanto riguarda l'adozione del provvedimento ritenuto dalla parte ricorrente come generatore dei danni per il cui accertamento è stato proposto il ricorso in epigrafe, ritiene tuttavia il Collegio, pur nella consapevolezza che la responsabilità aquiliana della Pubblica Amministrazione per i danni conseguenti ad illegittimo svolgimento dell'azione amministrativa non richiede, quale criterio soggettivo di imputazione, la colpa grave, essendo sufficiente per la sua sussistenza anche comportamenti costituenti espressione di un minore grado di negligenza e quindi di colpevolezza (*culpa levis*), ai fini della concreta liquidazione del danno, reputa tuttavia Collegio che la minore gravità del comportamento negligente imputabile alla P.A. possa essere opportunamente valorizzata per attenuare gli oneri risarcitori a carico della medesima, secondo quanto previsto dall'art 2056 del cod. civ. che per quanto riguarda la valutazione dei danni da atto illecito rinvia ai criteri fissati dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del cod. civ., tenuto conto che quest'ultima norma, in particolare, consente di ridurre proporzionalmente la quantificazione dei danni nel caso in cui il creditore ha concorso con il suo comportamento a cagionare il pregiudizio asserito derivante dal provvedimento illegittimo (Cons.St., Sez.VI, 16 settembre 2004, n.5995; TAR Abruzzo, 14 settembre 2007, n.554; TAR Sicilia, 6 giugno 2008, n.779).

Donde, con riferimento a quanto si è avuto modo di precisare, ritiene quindi il Collegio che nella vicenda di cui è causa il raggruppamento di imprese ricorrente ha sicuramente contribuito con il suo comportamento a favorire la sua esclusione dal procedimento di scelta del contraente, a causa del mancato rispetto del termine che, seppure illegittimamente, l'organo di gara aveva espressamente qualificato come perentorio, con il chiaro intendimento di volere sanzionare con l'estromissione dalla gara le ditte inadempienti.

Per cui, con riferimento a tale circostanza, è indubbio che con il suo comportamento l'ATI ricorrente ha sicuramente contribuito a favorire la decisione adottata dalla stazione appaltante, dal momento che non risulta al Collegio che la tardiva trasmissione dei documenti sia stata accompagnata da giustificazioni dirette a rappresentare le ragioni del differimento dell'incombente documentale imposto dalla stazione appaltante o, comunque, ad evidenziare il rispetto del termine suddetto, a fronte della sua asserita natura ordinatoria e non perentoria, come erroneamente ritenuto dalla P.A., in modo da richiamare l'attenzione della stazione appaltante su tale circostanza e, quindi, evitare che la stessa provvedesse a dare un puntuale applicazione alla sanzione estromissiva che aveva palesato di comminare, in caso di trasmissione tardiva della documentazione richiesta. >

E allora?

< Una volta acclarata la colpevolezza dell'Apparato amministrativo nella adozione del provvedimento illegittimo asserito generatore dei danni patrimoniali rivendicati dalla parte ricorrente con la presente iniziativa giudiziaria, ai fini della loro individuazione, bisogna osservare che l'avvenuta riferita esecuzione, da parte di altra impresa dichiarata aggiudicatari della gara, del contratto che l'ATI ricorrente si proponeva di vedersi affidato all'esito della licitazione di cui era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria, preclude il risarcimento in forma specifica ed impone al Collegio di far luogo ad un risarcimento del danno per equivalente, rapportato alla perdita del risultato utile che le ditte ricorrenti si proponevano di conseguire dall'esecuzione del suddetto contratto.

In proposito, bisogna tenere presente che, anche qualora si volesse qualificare il pregiudizio suddetto come danno da perdita di chance, poiché, il raggruppamento di imprese ricorrente era stato dichiarato soltanto aggiudicatario provvisorio della licitazione, dal momento che l'aggiudicazione definitiva

risultava subordinata alla verifica del possesso dei requisiti economici e tecnici da documentare con gli atti richiesti dalla stazione appaltante e, quindi, non vi era la certezza assoluta sulla conclusione in suo favore del relativo procedimento di scelta del contraente, bisogna nel contempo considerare che, nel caso di specie, risultava altamente probabile, sulla base di un giudizio prognostico desunto anche dagli elementi addotti in giudizio dai difensori di parte ricorrente, che tali requisiti oggetto di successiva verifica, sussistevano e, quindi, in caso di tempestiva produzione dei documenti vi era la quasi sicura possibilità che la gara ad evidenza pubblica sarebbe stata aggiudicata in via definitiva in favore del raggruppamento di imprese ricorrente, con il conseguente affidamento del contratto di appalto (Cons. St., Sez. IV, 4 ottobre 2007, n.5174).

Pertanto, con riferimento a tale circostanza, ritiene il Collegio che la quantificazione del danno di cui viene chiesto il risarcimento con il ricorso di cui è causa sia che lo si qualifichi come danno da perdita di chance che da mancata aggiudicazione, esso deve essere comunque rapportato al lucro cessante che consiste, nel caso di specie, nella liquidazione per equivalente in favore delle parti ricorrenti di una somma di denaro corrispondente all'utile economico che alle stesse sarebbe derivato dalla esecuzione dei lavori suddetti e che va determinato, in assenza di diversi riscontri fattuali, nella misura media del 10 per cento dell'ammontare della base d'asta ribassata dall'offerta presentata dal raggruppamento di imprese ricorrente (11,25%), assumendo valore referenziale le norme di cui all'art 345 della legge 20 marzo 1865, n.2248, all. F) e l'art 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, comunemente recepite come espressive del criterio generale di quantificazione del margine di profitto nei contratti con la Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, nel caso di specie, il Collegio ritiene di fare proprio l'orientamento della giurisprudenza che propende per riconoscere nella sua interezza l'utile di impresa nella misura predetta, qualora l'impresa possa documentare di non avere potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi lasciati disponibili per la esecuzione di altri lavori nel periodo in cui avrebbe dovuto dare attuazione al rapporto contrattuale che si prefiggeva di costituire con l'Amministrazione intimata, in assenza dell'illegittima esclusione dalla gara.

Mentre, nel caso in cui tale dimostrazione non sia offerta, come si è verificato nella vicenda oggetto di giudizio, è da ritenere che l'impresa stessa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori e servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con la conseguenza che in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa in misura pari al 5 per cento dell'offerta, in considerazione della compensazione che si è realizzata presuntivamente tra il danno corrispondente al mancato guadagno derivante dalla mancata esecuzione del contratto di cui si controverte ed il corrispondente lucro derivante dall'avvenuta esecuzione di altro contratto in alternativa a quello non aggiudicato dall'Amministrazione resistente, nel rispetto principio della compensatio lucri cum damno, secondo il quale il risarcimento del danno deve essere necessariamente ridotto in proporzione ad un eventuale vantaggio patrimoniale ed economico di cui il danneggiato ha potuto usufruire indirettamente in alternativa a quello che si proponeva di conseguire con la esecuzione del contratto che gli è stata negata da altro soggetto giuridico, non avendo lo stesso il diritto di arricchirsi indebitamente a seguito di un evento esterno e non dipendente (Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n.5860; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n.6666; V. TAR Sicilia, Sez. III, 6 giugno 2007, n.1592; Cassazione - sez. III civile, 30 gennaio - 14 giugno 2001, n. 8062; Sezione II Civ. 8 gennaio 2003, n.77) >

Ma di quanto va ridotto per l'asserito concorso di colpa della ditta ricorrente?

**< Tale importo, riconosciuto ai fini risarcitori, dovrà inoltre ridotto equitativamente del 25 per cento, ai sensi dell'art 1227 del cod.civ., a fronte del riconosciuto concorso di colpa del raggruppamento di imprese ricorrente nella**

**causazione del danno oggetto di ristoro, in quanto, come si è avuto modo di chiarire in precedenza, con il tardivo invio della documentazione richiesta dalla Stazione appaltante le ditte ricorrenti hanno sicuramente contribuito a favorire colposamente l'errore in cui è incorso il Comune intimato. >**

**In conclusione quindi**

Per effetto di tale accoglimento del ricorso va anche pronunciata la condanna dell'Amministrazione intimata a risarcire le ditte ricorrenti dei danni patrimoniali suddetti mediante la corresponsione di una somma di denaro pari al 5 per cento dell'ammontare della base d'asta dei lavori suddetti (€ 2.540.911,13), ribassata di una percentuale corrispondente all'offerta presentata dal raggruppamento di imprese ricorrente (11,25%). La somma suddetta spettante a titolo di risarcimento danni dovrà essere ulteriormente ridotta di una percentuale del 25% a titolo di concorso di colpa dell'ATI ricorrente nella causazione del danno risarcito, il tutto maggiorato di rivalutazione monetaria e di interessi legali come per legge, dalla data di pubblicazione della presente decisione al soddisfo.

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 546 del 2005, proposto dalla s.p.a. ALFA IDROIMPIANTI, con sede in Napoli e dalla s.p.a BETA, con sede in Pozzuoli (NA), in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi dagli avv.ti Raffaele Ferola, Giancarlo Sorrentino e Silvia Galmozzi, presso quest'ultima elettivamente domiciliati in Ancona, al Corso Mazzini, n.122;

contro

il COMUNE di SAN BENEDETTO del TRONTO (AP), in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marina Di Concetto e Andrea Galvani, elettivamente domiciliato in Ancona, alla Via Menicucci, n.1, preso l'avv. Andrea Principi;

per l'accertamento

del diritto delle società ricorrenti a vedersi risarciti per equivalente i danni patrimoniali asseriti subiti per effetto della loro illegittima esclusione dalla gara ad evidenza pubblica bandita dall'intimato Comune di San Benedetto del Tronto in data 8.8.2000, per la realizzazione di lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione comunale, 2° lotto, sito in zona Sentina, per un importo complessivo di lire

4.919.890.000, pari ad €. 2.540.911,13, con conseguente condanna del Comune intimato al pagamento delle somme dovute a titolo di risarcimento danni;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Benedetto del Tronto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16/04/2008, il dott. Galileo Omero Manzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con atto ritualmente notificato e depositato le società indicate in epigrafe hanno proposto ricorso per l'accertamento della responsabilità dell'intimato Comune di San Benedetto del Tronto asserita derivante dalla riconosciuta illegittimità, da parte del giudice amministrativo, dei provvedimenti con i quali i competenti organi dell'Ente locale suddetto hanno a suo tempo disposto la esclusione delle imprese ricorrenti, facenti parte di apposita Associazione temporanea di imprese -A.T.I.- dalla gara ad evidenza pubblica indetta dallo stesso ente per la individuazione del contraente cui affidare in appalto i lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione comunale, 2° lotto, situato in zona Sentina, dopo avere in un primo tempo aggiudicato provvisoriamente la stessa gara all'ATI di cui le ditte ricorrenti facevano parte.

Infatti, con sentenza del TAR delle Marche n. 303 del 2001, confermata a seguito di appello dal Consiglio di Stato, Sez. quinta, con decisione n. 335 del 16 giugno 2003, è stata riconosciuta la illegittimità della disposta esclusione dalla gara cui si è fatto cenno del raggruppamento di imprese di cui facevano parte le società ricorrenti, in quanto è stato acclarato che la documentazione trasmessa dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara per comprovare il possesso dei requisiti, auto-dichiarati in precedenza, di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, non risultava affatto presentata tardivamente rispetto al termine fissato dalla stazione appaltante e come tale, quindi, l'ATI interessata non poteva essere estromessa dal procedimento di scelta del contraente.

Sulla base di tali presupposti, le società ricorrenti con la presente iniziativa giudiziaria hanno chiesto al Tribunale adito la condanna del Comune intimato al risarcimento per equivalente del danno patrimoniale asserito subito dalle stesse a causa della suddetta avvenuta esclusione dalla gara ad evidenza pubblica cui si è fatto cenno e, quindi, della mancata aggiudicazione del contratto di appalto oggetto di affidamento, attesa la dichiarata impossibilità di conseguire un risarcimento in forma specifica, dal momento che, nelle more del riconoscimento, da parte dei giudici amministrativi, della illegittimità dei provvedimenti generatori di danno, i lavori edilizi oggetto del contratto di appalto sono stati affidati ad altra impresa concorrente, nella specie l'ATI costituita tra le imprese Ecotecnica e Biodepurance.

A fronte della ritenuta colpevolezza del comportamento dell'Amministrazione intimata nell'adozione degli atti illegittimi dai quali viene fatto dipendere il pregiudizio lamentato dalle ditte ricorrenti, da parte di queste ultime è stata richiesta la liquidazione in loro favore di una somma di denaro a titolo di risarcimento danni rapportata alle spese sostenute per la partecipazione alla gara e per la predisposizione dell'offerta, nonché all'utile conseguibile in caso di avvenuta esecuzione del contratto di appalto di cui le medesime erano risultate aggiudicatarie, pari alla percentuale del 10 per cento dell'importo del contratto a base d'asta, al netto del ribasso d'asta dell'11,25 per cento praticato in sede di offerta.

Nel contempo, è stata avanzata anche richiesta di liquidazione di un ulteriore danno in via equitativa, a titolo di perdita di qualificazione e capacità lavorativa, collegata alla mancata esecuzione dei lavori, il tutto maggiorato di rivalutazione ed interessi legali fino al soddisfo, trattandosi di un debito di valore.

Per contrastare l'iniziativa giudiziaria di parte ricorrente, in data 17.10.2005, si è costituito in giudizio il Comune di San Benedetto del Tronto i cui difensori, con successiva memoria depositata il 4.4.2008, hanno preliminarmente eccepito la inammissibilità della domanda risarcitoria avanzata con il ricorso, attesa l'assoluta genericità delle pretese fatte valere con il medesimo che non risulta supportato da alcun elemento probatorio in ordine alla sussistenza della colpa dell'Amministrazione nella causazione del pregiudizio lamentato con la conseguenza di rendere le relative pretese patrimoniali anche infondate.

A tale riguardo, per quanto concerne le ragioni che hanno, a suo tempo, giustificato la disposta esclusione del raggruppamento di imprese ricorrenti dalla gara ad evidenza pubblica di cui si controverte, i difensori del Comune resistente ritengono che l'interpretazione fornita dalla stazione appaltante di considerare perentorio il termine assegnato per la presentazione dei documenti diretti a comprovare il possesso dei requisiti di idoneità professionale richiesti dal bando di gara, in precedenza solo autocertificati, non integra un comportamento colpevole, essendo stato determinato da un errore scusabile causato dalla equivocità della clausola suddetta, confermata anche dal confuso orientamento espresso in proposito dall'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici con direttiva n. 15 del 2000 che aveva avuto modo di precisare come, in caso di mancato rispetto del termine assegnato dalla stazione appaltante per la produzione dei documenti di cui all'art 10, comma 1/quarter, della legge n. 109 del 1994, si poteva far luogo alla esclusione dalla gara della ditta inadempiente.

Per cui, con riferimento a tale accennato autorevole orientamento interpretativo della norma in questione al quale si era conformato il Comune di San Benedetto del Tronto, il suo operato, dal quale viene fatto dipendere l'accertamento della responsabilità invocato con il ricorso di cui è causa, non può essere ritenuto determinato da colpa nell'agire, poiché la diversa interpretazione che la giurisprudenza ha fornito della norma suddetta, è intervenuta successivamente al provvedimento di estromissione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente.

Anche la tempestiva avvenuta aggiudicazione della gara ad altra ditta con la stipula del contratto di appalto, non può essere addotta come manifestazione della volontà dell'Amministrazione comunale intimata di eludere la legge, dal momento che tale comportamento dell'ente locale è stato determinato dalla necessità di procedere alla rapida realizzazione dell'intervento costruttivo oggetto di affidamento a mezzo procedimento ad evidenza pubblica, per non incorrere nel rischio della perdita del relativo finanziamento.

A prescindere da tali assunti, i difensori del Comune ritengono comunque infondata la domanda di risarcimento danni avanzata dalle parti ricorrenti poiché la situazione che ha determinato la loro esclusione dalla gara è stata in un certo qual senso causata e favorita dal comportamento negligente tenuto dalle stesse che non si sono fatte carico di rispettare il termine assegnato dalla stazione appaltante per la presentazione dei documenti richiesti, contribuendo con tale comportamento

negligente a determinare una situazione di inadempienza rispetto ai doveri procedimentali imposti dall'art 10, comma 1/quarter della legge n. 109 del 1994.

In ogni caso, il diritto al risarcimento rivendicato dal raggruppamento di imprese ricorrente risulta basato su una mera aspettativa, dal momento che non è stata fornita alcuna prova che, a seguito della verifica dei documenti presentati tardivamente ed attestanti l'effettivo possesso dei requisiti di idoneità tecnica ed economica, lo stesso raggruppamento di imprese sarebbe stato dichiarato definitivamente aggiudicatario della gara.

In subordine, i difensori del Comune hanno comunque sostenuto la infondatezza della pretesa avanzata dalla parte ricorrente di far coincidere l'ammontare del risarcimento per equivalente con l'ammontare dell'utile di impresa presunto ricavabile dalla esecuzione del contratto del quale è stata illegittimamente privato, a fronte della omessa dimostrazione dell'avvenuta mancata utilizzazione nel periodo considerato delle maestranze, poiché è evidente che, se nel periodo in cui si avrebbe dovuto dare esecuzione al contratto con il Comune di San Benedetto del Tronto, le imprese ricorrenti hanno comunque dato esecuzione ad altri contratti, il risarcimento non può essere riconosciuto nell'ammontare preteso con il ricorso.

Viene inoltre contestata la pretesa di vedere ricomprese nel risarcimento anche le somme sostenute per partecipare alla gara, poiché in ogni caso la domanda di vedere liquidato un danno rapportato all'utile di impresa assorbe le spese suddette.

Nella imminenza della pubblica udienza di discussione della causa, la parte ricorrente ha depositato, in data 5.4.2008, una memoria con la quale ha ribadito le proprie tesi e conclusioni.

In particolare, è stato evidenziato che risulta provato in atti che non sussistevano dubbi sul fatto che, in mancanza di esclusione, il raggruppamento di imprese ricorrente sarebbe stato dichiarato aggiudicatario della gara di cui si controverte, poiché la documentazione tardivamente prodotta non è stata ritenuta idonea a comprovare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica ed economica, dal momento che non è stata incamerata la cauzione versata a garanzia della partecipazione alla gara e della serietà dell'offerta.

Con la memoria suddetta, la parte attrice si è inoltre fatta carico di quantificare i danni patrimoniali rivendicati con il ricorso a titolo di spese per la partecipazione alla gara e di lucro cessante rapportato al presunto utile di impresa derivante dalla mancata esecuzione del contratto, a cui le parti ricorrenti hanno aggiunto anche il danno da perdita di qualificazione e capacità collegato alla mancata esecuzione del contratto del cui affidamento è stato illegittimamente privato dall'Amministrazione intimata, asserito quantificabile nell'ammontare del 3 per cento del prezzo offerto per la esecuzione dello stesso contratto.

## DIRITTO

1) Va in primo luogo disattesa la preliminare eccezione di inammissibilità del ricorso opposta dal Comune resistente e fatta dipendere dall'asserita genericità degli assunti prospettati dalle parti ricorrenti in ordine alla colpevolezza dell'Amministrazione intimata nella adozione dei provvedimenti ritenuti illegittimi dal giudice amministrativo e considerati generatori del danno oggetto di accertamento in questa sede giurisdizionale.

Per quanto riguarda il giudizio impugnatorio davanti al giudice amministrativo, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire costantemente nel tempo che, ai fini della regolarità ed ammissibilità dei motivi del ricorso, basta che siano sufficientemente specificate le questioni che si intendono proporre al giudice, in modo da permettere l'identificazione dei vizi del provvedimento che si vuole denunciare e la individuazione delle norme ritenute violate, ancorché gli uni e le altre non siano precisamente ed

espressamente specificati, poiché la formulazione alquanto sintetica dei motivi non impedisce al giudice ed alle parti resistenti di coglierne il contenuto, stante anche il principio di cui all'art 156 del cod. proc. civ., secondo il quale non può essere dichiarata la nullità per inosservanza di forme di un atto processuale che abbia raggiunto il suo scopo (Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 1979, n.175; Sez.IV, 14 novembre 1997, n.1279; Sez. V, 4 maggio 2004, n.2715; TAR Sicilia, 11 settembre 1997, n.1360; TAR Friuli, 10 maggio 2007, n.350).

Ritiene in proposito il Collegio che tale principio diretto a valorizzare il potere del giudice di integrare il significato delle prospettazioni invalidatorie della parte ricorrente, trovi applicazione anche nel giudizio accertativo della responsabilità della P.A., almeno per quanto riguarda la configurazione della colpevolezza dell'operato dell'Amministrazione, soprattutto allorquando, come si è verificato nella vicenda oggetto di causa, in cui la stessa trova fondamento in una acclarata illegittimità, da parte del giudice amministrativo, dei provvedimenti asseriti generatori del danno che nella prospettazione della parte ricorrente sono da riferire presuntivamente a comportamenti colpevoli dell'autorità intimata.

Per cui, a fronte di tale assunto di colpa presunta sottoposto all'attenzione dell'organo giudicante, costituisce onere dell'Amministrazione intimata l'allegazione di elementi anche indiziari ascrivibili allo schema dell'errore scusabile volti a dimostrare l'assenza della colpa nel proprio operato asserito causativo di danno, essendo riservato comunque al giudice il potere di apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità ad attestare o ad escludere la colpevolezza dell'Amministrazione medesima.

Ma anche a volere prescindere dalle accennate considerazioni che portano in ogni caso ad escludere la prospettata inammissibilità del ricorso per genericità degli argomenti diretti a dimostrare la colpevolezza dell'Amministrazione intimata, nella vicenda di cui è causa, bisogna comunque tenere presente che i difensori della parti ricorrenti, al contrario di quanto eccepito dal Comune resistente, con l'atto introduttivo del giudizio e con la memoria successivamente depositata si sono fatti carico di evidenziare le ragioni che contribuiscono a qualificare come negligente l'operato della stazione appaltante per quanto riguarda l'interpretazione del bando di gara e delle norme di riferimento privilegiata dalla P.A. per supportare la mancata definitiva aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento di imprese attuale ricorrente che, in un primo tempo, era stato dichiarato provvisoriamente aggiudicatario della gara.

Donde, anche con riferimento a tale circostanza di fatto che smentisce l'assunto di genericità della prova della colpa dell'Amministrazione, l'eccezione di rito opposta dal Comune resistente deve essere respinta in quanto infondata.

2) Passando quindi all'esame del merito della causa avente ad oggetto la domanda di accertamento della responsabilità del Comune intimato e la sua condanna al risarcimento del danno asserito arrecato al raggruppamento di imprese ricorrente a causa della illegittima esclusione da una gara ad evidenza pubblica della quale esso era stato in precedenza dichiarato aggiudicatario a titolo provvisorio, bisogna in primo luogo considerare che la responsabilità della Pubblica Amministrazione dipendente dalla avvenuta adozione di atti e provvedimenti illegittimi, è stata inquadrata dalla giurisprudenza prevalente all'interno della responsabilità extracontrattuale di cui all'art 2043 del cod.civ. (Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500; Cons. St., Sez.IV, 6 luglio 2004, n.5012; Sez. VI, 23 giugno 2006, n.3981; C.G.A., 18 aprile 2006, n. 153).

Ciò comporta che, ai fini della sussistenza della responsabilità aquiliana di cui al citato art 2043 del cod. civ., occorre verificare se l'evento asserito generatore del danno sia stato determinato da un comportamento antigiuridico della P.A., posto in essere da organi della stessa Amministrazione i quali hanno operato in piena capacità di intendere e di volere ed in assenza di cause tipizzate di giustificazione (art 2044 e seguenti del cod. civ.).

Inoltre, il comportamento della P.A., oltre che antiggiuridico, deve anche essere colpevole, cioè frutto di un processo volitivo che non ci doveva essere, nel senso che il provvedimento illegittimo ritenuto lesivo deve essere stato adottato con coscienza e volontà del fatto lesivo (ossia con dolo) oppure per effetto di comportamenti colposi elusivi di un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione dell'atto viziato (Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2006, n.1591; TAR Abruzzo, PE, 22 febbraio 2007, n.196).

Ciò posto, per quanto riguarda la vicenda di cui è causa, dal momento che non può essere revocata in dubbio la sussistenza della piena capacità di intendere e di volere in capo al funzionario cui è imputabile l'avvenuta adozione del provvedimento asserito generatore di danno, la cui antiggiuridicità non può parimenti essere messa in discussione, dal momento che lo stesso è stato annullato dal Giudice amministrativo (nella specie dal TAR delle Marche con la sentenza n.303 del 23 marzo 2001, confermata, a seguito di appello dell'Amministrazione, dal Consiglio di Stato, Sez. quinta, con la decisione n.3558 del 16 giugno 2003) ai fini della verifica della esistenza degli elementi costitutivi dell'obbligo dell'Amministrazione intimata a risarcire i danni rivendicati dalla parte ricorrente, si impone al Collegio l'accertamento della sussistenza o meno dell'elemento psicologico della colpa in capo ai soggetti che hanno agito per conto dell'Amministrazione mediante l'adozione del provvedimento illegittimo ritenuto generatore di danno.

A tale riguardo, occorre tenere presente che la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la riconosciuta presenza di vizi di illegittimità nei provvedimenti amministrativi, annullati in sede giurisdizionale, non indica presuntivamente di per sé gli estremi di una condotta colposa cui possa ricollegarsi automaticamente l'obbligo risarcitorio nei confronti del destinatario dell'atto, in base al solo dato oggettivo della violazione di una norma di azione, dovendosi, invece, in relazione alle singole fattispecie concrete, prendere in considerazione il comportamento complessivo degli organi che sono intervenuti nel procedimento, il quadro delle norme rilevanti ai fini dell'adozione della statuizione finale, nonché la presenza di possibili incertezze in relazione al contenuto prescrittivo delle disposizioni medesime, onde apprezzare se l'organismo procedente sia incorso nella violazione delle comuni regole di buona amministrazione, di correttezza, di imparzialità e di buon andamento (Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2006, n.4440; C.G.A., 23 luglio 2007, n.679; TAR Lazio, Sez. I, 4 febbraio 2008, n.940).

Sempre a proposito della valutazione dell'elemento psicologico della colpa, bisogna ulteriormente segnalare, come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, che il suo vaglio va compiuto alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento asserito generatore di danno e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione, nella considerazione dell'ampiezza degli apprezzamenti discrezionali rimessi all'organo amministrativo e con riferimento alle condizioni concrete in cui ha operato l'Autorità amministrativa, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato da parte del giudice.

Il che porta ad escludere la sussistenza di negligenza ed imperizia e, quindi, di colpa nell'assunzione dell'atto viziato, allorché ricorrano i presupposti dell'errore scusabile, rinvenibile nel caso di contrasti giudiziari, incertezza del quadro normativo di riferimento o di complessità della situazione di fatto (Cons. St., Sez.IV, 29 settembre 2005, n.5204; C.G.A., 22 giugno 2006, n.312; TAR Lazio, Sez.I/ter, 16 giugno 2006, n.4731; TAR Emilia Romagna, PR, 21 febbraio 2007, n.54; TAR Marche, 5 settembre 2007, n.1260).

Ciò premesso, dalla ricognizione degli atti di causa, il Collegio ha potuto rilevare che la mancata definitiva aggiudicazione in favore del raggruppamento di imprese ricorrente, della gara ad evidenza pubblica indetta dal Comune di San Benedetto del Tronto per l'affidamento del contratto di appalto dei lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione comunale, 2° lotto, sito in zona Sentina, ha trovato giustificazione nell'accertato mancato rispetto, da parte dell'ATI ricorrente, del termine fissato dalla stazione appaltante per la trasmissione della documentazione attestante il possesso dei requisiti

economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara, la cui sussistenza era stata solamente auto-dichiarata in sede di gara, la cui certificazione doveva pervenire alla stazione appaltante entro il 21.10.2000, mentre è stata recapitata il giorno 26.10.2000, a mezzo del servizio postale, pur essendo provato in atti che il plico contenente i relativi documenti e certificati, era stato spedito il 20.10.2000 e cioè prima della scadenza del termine assegnato dall'Amministrazione.

La suddetta esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente ha trovato quindi giustificazione nella dichiarata natura perentoria del termine assegnato per la produzione dei documenti suddetti, il cui mancato rispetto ha comportato l'automatica estromissione dalla licitazione della ditta inadempiente.

Tuttavia, l'asserita perentorietà del termine suddetto evidenziata nel disciplinare di gara e nella lettera di richiesta dei documenti cui si è fatta cenno, è stata ritenuta illegittima dal giudice amministrativo con le sentenze sopra-richiamate, con le quali è stato posto in evidenza, oltre alla inconciliabilità della soluzione interpretativa del quadro normativo di riferimento privilegiata dall'organo di gara, anche la contraddittorietà dell'operato della stazione appaltante per quanto concerne il riferimento compiuto, per suffragare la tesi della perentorietà del termine suddetto, ad un atto di regolazione dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici del 30.3.2000 che, invece, per quanto riguardava la situazione della richiesta dei documenti alle ditte dichiarate aggiudicatrici di una gara pubblica, propendeva chiaramente per qualificare il termine da assegnare alle stesse per la materiale produzione di tali atti, come ordinatorio e non perentorio (vedi in proposito la sentenza del TAR Marche n. 303 del 2001, pag. 10).

Donde, a fronte delle accennate valutazioni compiute dal giudice amministrativo a giustificazione del disposto annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente, ritiene il Collegio, che il comportamento posto in essere dagli organi del Comune intimato sia da qualificare sicuramente colposo, in quanto frutto di una errata interpretazione del quadro normativo di riferimento che non può essere addebitato ad un errore scusabile, dal momento che le norme di legge alle quali doveva uniformarsi il disciplinare di gara, non creavano particolari problemi interpretativi, né esisteva un oscillante orientamento della giurisprudenza sul punto, per cui le giustificazioni addotte dai difensori del Comune per confutare la contestata negligenza nell'operato della Commissione di gara e degli organi decidenti dell'Amministrazione, ad avviso del Collegio, non sono in grado di integrare gli estremi dell'errore scusabile con riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza amministrativa e, quindi, non consente di escludere la colpa dell'apparato amministrativo nella causazione del danno derivante dall'avvenuta adozione degli atti illegittimi ritenuti generatori del danno patrimoniale rivendicato dalle imprese ricorrenti.

Per cui, con riferimento a quanto si è avuto modo di precisare, ritiene il Collegio che l'operato degli organi del Comune intimato dal quale viene fatto dipendere il danno oggetto di accertamento in questa sede giurisdizionale sia da qualificare sicuramente negligente e frutto di una superficiale valutazione dei fatti adottati a sua giustificazione e, quindi, di una errata applicazione del quadro normativo di riferimento che, come ha avuto modo di precisare il TAR delle Marche ed il Consiglio di Stato nelle decisioni cui si è fatto cenno, non consentiva di procedere alla esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente per il solo fatto del mancato rispetto del termine assegnato per la presentazione della documentazione integrativa richiesta, tanto più che il raggruppamento di imprese attuale ricorrente non era rimasto affatto inadempiente a tale adempimento avendo provveduto comunque a spedire nei termini gli atti richiesti dalla stazione appaltante i quali, seppure tardivamente (26.10.2000, ore 9,03), erano comunque stati acquisiti dal dirigente responsabile del procedimento prima dell'approvazione dell'operato della commissione di gara e, quindi, dell'aggiudicazione definitiva della licitazione, formalizzata con provvedimento n.1299 del 27.10.2000 del Dirigente del Settore Lavori Pubblici.

2/a) Assodata quindi l'impossibilità di considerare incolpevole l'operato dell'Amministrazione intimata per quanto riguarda l'adozione del provvedimento ritenuto dalla parte ricorrente come generatore dei

danni per il cui accertamento è stato proposto il ricorso in epigrafe, ritiene tuttavia il Collegio, pur nella consapevolezza che la responsabilità aquiliana della Pubblica Amministrazione per i danni conseguenti ad illegittimo svolgimento dell'azione amministrativa non richiede, quale criterio soggettivo di imputazione, la colpa grave, essendo sufficiente per la sua sussistenza anche comportamenti costituenti espressione di un minore grado di negligenza e quindi di colpevolezza (*culpa levis*), ai fini della concreta liquidazione del danno, reputa tuttavia Collegio che la minore gravità del comportamento negligente imputabile alla P.A. possa essere opportunamente valorizzata per attenuare gli oneri risarcitori a carico della medesima, secondo quanto previsto dall'art 2056 del cod. civ. che per quanto riguarda la valutazione dei danni da atto illecito rinvia ai criteri fissati dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del cod. civ., tenuto conto che quest'ultima norma, in particolare, consente di ridurre proporzionalmente la quantificazione dei danni nel caso in cui il creditore ha concorso con il suo comportamento a cagionare il pregiudizio asserito derivante dal provvedimento illegittimo (Cons.St., Sez.VI, 16 settembre 2004, n.5995; TAR Abruzzo, 14 settembre 2007, n.554; TAR Sicilia, 6 giugno 2008, n.779).

Donde, con riferimento a quanto si è avuto modo di precisare, ritiene quindi il Collegio che nella vicenda di cui è causa il raggruppamento di imprese ricorrente ha sicuramente contribuito con il suo comportamento a favorire la sua esclusione dal procedimento di scelta del contraente, a causa del mancato rispetto del termine che, seppure illegittimamente, l'organo di gara aveva espressamente qualificato come perentorio, con il chiaro intendimento di volere sanzionare con l'estromissione dalla gara le ditte inadempienti.

Per cui, con riferimento a tale circostanza, è indubbio che con il suo comportamento l'ATI ricorrente ha sicuramente contribuito a favorire la decisione adottata dalla stazione appaltante, dal momento che non risulta al Collegio che la tardiva trasmissione dei documenti sia stata accompagnata da giustificazioni dirette a rappresentare le ragioni del differimento dell'incombente documentale imposto dalla stazione appaltante o, comunque, ad evidenziare il rispetto del termine suddetto, a fronte della sua asserita natura ordinatoria e non perentoria, come erroneamente ritenuto dalla P.A., in modo da richiamare l'attenzione della stazione appaltante su tale circostanza e, quindi, evitare che la stessa provvedesse a dare un puntuale applicazione alla sanzione estromissiva che aveva palesato di comminare, in caso di trasmissione tardiva della documentazione richiesta.

2/b) Una volta acclarata la colpevolezza dell'Apparato amministrativo nella adozione del provvedimento illegittimo asserito generatore dei danni patrimoniali rivendicati dalla parte ricorrente con la presente iniziativa giudiziaria, ai fini della loro individuazione, bisogna osservare che l'avvenuta riferita esecuzione, da parte di altra impresa dichiarata aggiudicatari della gara, del contratto che l'ATI ricorrente si proponeva di vedersi affidato all'esito della licitazione di cui era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria, preclude il risarcimento in forma specifica ed impone al Collegio di far luogo ad un risarcimento del danno per equivalente, rapportato alla perdita del risultato utile che le ditte ricorrenti si proponevano di conseguire dall'esecuzione del suddetto contratto.

In proposito, bisogna tenere presente che, anche qualora si volesse qualificare il pregiudizio suddetto come danno da perdita di chance, poiché, il raggruppamento di imprese ricorrente era stato dichiarato soltanto aggiudicatario provvisorio della licitazione, dal momento che l'aggiudicazione definitiva risultava subordinata alla verifica del possesso dei requisiti economici e tecnici da documentare con gli atti richiesti dalla stazione appaltante e, quindi, non vi era la certezza assoluta sulla conclusione in suo favore del relativo procedimento di scelta del contraente, bisogna nel contempo considerare che, nel caso di specie, risultava altamente probabile, sulla base di un giudizio prognostico desunto anche dagli elementi addotti in giudizio dai difensori di parte ricorrente, che tali requisiti oggetto di successiva verifica, sussistevano e, quindi, in caso di tempestiva produzione dei documenti vi era la quasi sicura possibilità che la gara ad evidenza pubblica sarebbe stata aggiudicata in via definitiva in favore del raggruppamento di imprese ricorrente, con il conseguente affidamento del contratto di appalto (Cons. St., Sez. IV, 4 ottobre 2007, n.5174).

Pertanto, con riferimento a tale circostanza, ritiene il Collegio che la quantificazione del danno di cui viene chiesto il risarcimento con il ricorso di cui è causa sia che lo si qualifichi come danno da perdita di chance che da mancata aggiudicazione, esso deve essere comunque rapportato al lucro cessante che consiste, nel caso di specie, nella liquidazione per equivalente in favore delle parti ricorrenti di una somma di denaro corrispondente all'utile economico che alle stesse sarebbe derivato dalla esecuzione dei lavori suddetti e che va determinato, in assenza di diversi riscontri fattuali, nella misura media del 10 per cento dell'ammontare della base d'asta ribassata dall'offerta presentata dal raggruppamento di imprese ricorrente (11,25%), assumendo valore referenziale le norme di cui all'art 345 della legge 20 marzo 1865, n.2248, all. F) e l'art 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, comunemente recepite come espressive del criterio generale di quantificazione del margine di profitto nei contratti con la Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, nel caso di specie, il Collegio ritiene di fare proprio l'orientamento della giurisprudenza che propende per riconoscere nella sua interezza l'utile di impresa nella misura predetta, qualora l'impresa possa documentare di non avere potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi lasciati disponibili per la esecuzione di altri lavori nel periodo in cui avrebbe dovuto dare attuazione al rapporto contrattuale che si prefiggeva di costituire con l'Amministrazione intimata, in assenza dell'illegittima esclusione dalla gara.

Mentre, nel caso in cui tale dimostrazione non sia offerta, come si è verificato nella vicenda oggetto di giudizio, è da ritenere che l'impresa stessa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori e servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con la conseguenza che in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa in misura pari al 5 per cento dell'offerta, in considerazione della compensazione che si è realizzata presuntivamente tra il danno corrispondente al mancato guadagno derivante dalla mancata esecuzione del contratto di cui si controverte ed il corrispondente lucro derivante dall'avvenuta esecuzione di altro contratto in alternativa a quello non aggiudicato dall'Amministrazione resistente, nel rispetto principio della *compensatio lucri cum danno*, secondo il quale il risarcimento del danno deve essere necessariamente ridotto in proporzione ad un eventuale vantaggio patrimoniale ed economico di cui il danneggiato ha potuto usufruire indirettamente in alternativa a quello che si proponeva di conseguire con la esecuzione del contratto che gli è stata negata da altro soggetto giuridico, non avendo lo stesso il diritto di arricchirsi indebitamente a seguito di un evento esterno e non dipendente (Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n.5860; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n.6666; V. TAR Sicilia, Sez. III, 6 giugno 2007, n.1592; Cassazione - sez. III civile, 30 gennaio - 14 giugno 2001, n. 8062; Sezione II Civ. 8 gennaio 2003, n.77)

Tale importo, riconosciuto ai fini risarcitori, dovrà inoltre ridotto equitativamente del 25 per cento, ai sensi dell'art 1227 del cod.civ., a fronte del riconosciuto concorso di colpa del raggruppamento di imprese ricorrente nella causazione del danno oggetto di ristoro, in quanto, come si è avuto modo di chiarire in precedenza, con il tardivo invio della documentazione richiesta dalla Stazione appaltante le ditte ricorrenti hanno sicuramente contribuito a favorire colposamente l'errore in cui è incorso il Comune intimato.

La somma spettante a titolo di risarcimento per danno emergente da mancato guadagno, come sopra determinata, dovrà essere maggiorata di rivalutazione ed interessi legali, dalla data di adozione della presente decisione fino al soddisfo.

2/c) Va invece respinta la residua domanda di risarcimento diretta ad ottenere un separato ristoro a titolo di danno emergente per le spese asserite sostenute per la partecipazione alla gara, in quanto il risarcimento riconosciuto alle parti ricorrenti a titolo di lucro cessante assorbe chiaramente la suddetta ulteriore pretesa patrimoniale fatta valere con il ricorso, poiché è evidente che il conseguimento di una

somma di denaro a titolo di risarcimento, corrispondente a quella presuntivamente ottenibile in caso di esecuzione del contratto, non consente di ristorare separatamente le spese che la ditta contraente avrebbe comunque dovuto sopportare per la partecipazione alla gara in vista della esecuzione del contratto, il cui recupero avviene normalmente con l'utile economico d'impresa, dal momento che l'avvenuto ristoro dell'interesse positivo (cioè quello che l'impresa avrebbe tratto dall'aggiudicazione) esclude in radice la risarcibilità dell'interesse negativo (cioè quello relativo alle spese sostenute al predetto titolo) che è tipico della diversa ipotesi della responsabilità precontrattuale, il cui interesse è quello, appunto negativo, a non essere coinvolti in attività inutili (TAR Calabria, CZ, 27 novembre 2006, n.1452).

2/d) Inammissibile deve infine essere dichiarata la residua domanda risarcitoria preordinata ad ottenere il ristoro del danno da perdita di qualificazione dipendente dalla mancata avvenuta esecuzione dei lavori, dal momento che la parte ricorrente non ha fornito alcuna prova al riguardo preordinata a dare conto dell'effettivo mancato impiego delle maestranze e dei mezzi delle imprese associate, per la realizzazione di lavori alternativi a quelli che non hanno potuto eseguire per conto dell'Amministrazione resistente, nel periodo di durata del contratto non aggiudicato (Cons. St., Sez. IV, 10 agosto 2004, n.5500).

3) In conclusione, sulla base delle argomentazioni svolte il ricorso in epigrafe va in parte accolto ed in parte respinto, con il conseguente riconoscimento del diritto del raggruppamento di imprese ricorrente ad essere risarcito, nei limiti di seguito precisati, dei danni patrimoniali subiti per effetto dell'avvenuta illegittima esclusione dal procedimento di scelta del contraente indetto dall'Amministrazione comunale di San Benedetto del Tronto per l'affidamento dei lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione comunale, 2° otto, sito in zona Sentina

Per effetto di tale accoglimento del ricorso va anche pronunciata la condanna dell'Amministrazione intimata a risarcire le ditte ricorrenti dei danni patrimoniali suddetti mediante la corresponsione di una somma di denaro pari al 5 per cento dell'ammontare della base d'asta dei lavori suddetti (€ 2.540.911,13), ribassata di una percentuale corrispondente all'offerta presentata dal raggruppamento di imprese ricorrente (11,25%). La somma suddetta spettante a titolo di risarcimento danni dovrà essere ulteriormente ridotta di una percentuale del 25% a titolo di concorso di colpa dell'ATI ricorrente nella causazione del danno risarcito, il tutto maggiorato di rivalutazione monetaria e di interessi legali come per legge, dalla data di pubblicazione della presente decisione al soddisfo.

4) Sussistono nel contempo giusti motivi per disporre la compensazione delle spese ed onorari di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche accoglie in parte, per le ragioni e nei limiti di cui in motivazione, il ricorso in epigrafe e per l'effetto:

- riconosce il diritto delle imprese ricorrenti ad essere risarcite dei danni patrimoniali subiti per effetto dell'avvenuta illegittima loro esclusione dal procedimento di scelta del contraente indetto dall'Amministrazione comunale di San Benedetto del Tronto per l'affidamento dei lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione comunale, 2° otto, sito in zona Sentina;

- condanna il Comune di San Benedetto del Tronto al pagamento, in favore delle ricorrenti imprese s.p.a. ALDA Idroimpianti di Napoli e s.p.a. BETA di Pozzuoli, di una somma di denaro a titolo di risarcimento danni suddetto, da determinarsi con le modalità indicate in motivazione, maggiorata di rivalutazione monetaria ed interesse legali.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio del giorno 16/04/2008, con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Ranalli, Presidente FF

Giuseppe Daniele, Consigliere

Galileo Omero Manzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO