



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9907 del 2009, proposto da:
Provincia autonoma di Bolzano in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Costa, Maria Larcher, Renate Von Guggenberg, presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, via Bassano del Grappa, 24;

contro

Pedacta s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale capogruppo e dell'associazione temporanea di imprese formata con Holler KG di Holler Klaus e Regensberger Innenausbau s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi e Karl Zeller, presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Arte s.r.l., non costituita nel giudizio d'appello;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO, n. 362/2009, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER FORNITURA ARREDAMENTO UNIVERSITA'

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pedacta s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2011 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti gli avvocati Costa, Von Guggenberg e Andrea Reggio D'Acì per delega dell'avvocato Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) La Provincia autonoma di Bolzano chiede la riforma della sentenza con la quale il Tribunale regionale di giustizia amministrativa – sezione autonoma di Bolzano, ha accolto il ricorso proposto dalla società Pedacta, - che ha partecipato in associazione temporanea con le imprese in epigrafe indicate alla gara indetta il 7 marzo 2003 per la fornitura dell'arredamento della libera Università di Bolzano secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con base d'asta pari a 1.435.582,00 euro - , avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla società Arte.

Il capitolato d'appalto prevedeva che nella busta B, relativa alla documentazione tecnica, dovesse essere contenuta, a pena d'esclusione, una copia del "fascicolo valutazione qualità" con descrizione delle caratteristiche tecniche, della marca e del tipo di prodotto offerto e la documentazione tecnica di tutti i prodotti offerti per le voci del fascicolo valutazione qualità; era inoltre previsto che, su richiesta dell'amministrazione, il concorrente avrebbe dovuto produrre idonea campionatura nonché documentazione integrativa.

Nel corso della seduta del 31 luglio 2007, a seguito della valutazione tecnica da parte dell'apposita commissione delle offerte delle sette imprese ammesse alla gara, la s.r.l. Arte otteneva 65,23 punti e la ATI Pedacta 69,52.

Il Presidente della commissione di gara procedeva quindi all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, a seguito della quale ad Arte venivano attribuiti 16,70 punti e a Pedacta 12,23; Arte veniva così ad ottenere 81,93 punti, classificandosi prima, e Pedacta 81,75, situandosi al secondo posto. L'appalto veniva quindi aggiudicato all'impresa Arte al prezzo di 977,235,00 euro.

II) La ATI Pedacta ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti della procedura, lamentando la mancata esclusione di Arte e la valutazione tecnica della qualità e della funzionalità dei prodotti offerti, nella parte in cui alle concorrenti Arte e Pedacta è stato attribuito il medesimo punteggio per le scaffalature e non è stata invece disposta l'esclusione della prima. Secondo la ricorrente, il bando di gara prevedeva tra l'altro l'obbligo di specificare un'offerta opzionale per dotare le scaffalature modulari di ante scorrevoli, obbligo non assolto da Arte, che quindi avrebbe dovuto essere esclusa.

III) Il Tribunale adito ha accolto il ricorso, rilevando che il "fascicolo valutazione qualità", sub pos. 5.1.2 prescriveva che l'offerta avrebbe dovuto comprendere porte a due ante in lamiera come accessori per scaffalature modulari per ateliers di progettazione; tale condizione era stata specificata dall'ufficio appalti con nota del 2 maggio 2007, nel senso che l'uso di porte scorrevoli, da fornirsi su richiesta, doveva essere possibile ed evincibile dalla documentazione, anche se non necessariamente compreso nel prezzo offerto. Secondo la sentenza impugnata, tale condizione, contrariamente a quanto sostenuto in giudizio dalla Provincia di Bolzano e da Arte s.r.l., non era stata soddisfatta da quest'ultima, la quale, conseguentemente, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Poiché, peraltro, la fornitura era stata già eseguita, il TRGA ha proceduto a quantificare il risarcimento dovuto alla ricorrente (che, come detto, si era classificata al secondo posto della gara e che, quindi, sarebbe risultata aggiudicataria nel caso di esclusione della controinteressata) per i danni subiti dalla mancata aggiudicazione, riducendo l'importo calcolato dalla ricorrente quale utile d'impresa (85.000,00 euro) del 10% a titolo di *aliunde perceptum*, così pervenendo alla somma di 76.500,00 euro, arrotondata a 80.000,00 euro comprensiva di interessi legali e rivalutazione monetaria.

IV) Tale sentenza è stata oggetto di appello da parte della Provincia autonoma di Bolzano e di appello incidentale da parte di Pedacta s.r.l. (che, nel resistere, ripropone i motivi dichiarati assorbiti in primo grado).

L'appello principale contesta sia che l'offerta di Arte non prevedesse la possibilità di fornire, a richiesta, porte scorrevoli, sia che la mancata documentazione su tale possibilità fosse causa di esclusione; contesta inoltre la quantificazione del danno da risarcire, calcolato unicamente con riferimento al lucro cessante dichiarato dall'interessata e senza che la stessa avesse provato, come era suo onere, l'assenza dell'*aliunde perceptum*, il che avrebbe dovuto comportare la quantificazione del danno nella percentuale del 5% o del 3% dell'offerta.

Nella memoria depositata nell'imminenza dell'odierna udienza, la Provincia appellante oppone anche la mancanza di colpa nella propria azione, elemento psicologico necessario per integrare la fattispecie risarcitoria, anche in considerazione che il rigetto della domanda di sospensione dell'aggiudicazione, proposta da Pedacta e respinta dal TRGA con ordinanza n. 145 del 18 settembre 2007, faceva confidare nella legittimità del procedimento seguito.

L'appello incidentale presentato da Pedacta condizionatamente all'accoglimento dell'appello principale investe la sentenza nella parte in cui applica la riduzione del 10% del risarcimento del danno, calcolato sulla base d'asta, in ragione della

presunzione delle forniture che la ricorrente avrebbe potuto eseguire in luogo di quella oggetto della mancata aggiudicazione, presunzione non applicabile al settore delle forniture, nel quale è possibile eseguire un numero illimitato di commesse.

V) Venendo, quindi, al merito della controversia, vengono in evidenza le seguenti questioni:

- con riferimento all'appello principale: 1) se la condizione della presentazione dell'offerta tecnica in modo tale da rendere evincibile la possibilità di inserire porte scorrevoli fosse prescritta a pena di esclusione; 2) in via subordinata, se l'offerta di Arte s.r.l. rendesse palese tale possibilità e, quindi, sia stata legittimamente o meno ammessa alla gara; 3) se, con riferimento al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno in capo alla ricorrente, sia ammissibile la censura di omessa considerazione, da parte del giudice di primo grado, dell'elemento colpa, sollevata dall'Amministrazione appellante solo con memoria; 4) in via subordinata, se l'elemento colpa abbia o meno rilevanza ai fini che ne occupano, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010) secondo la quale la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione; 5) se, posto che ne sia riconosciuta la risarcibilità sotto i profili di cui sopra, il danno sia stato correttamente quantificato dalla sentenza impugnata;

- con riferimento all'appello incidentale, avente per oggetto, come detto, esclusivamente la quantificazione del risarcimento, (subordinatamente

all'accoglimento dell'appello principale) se la sentenza abbia correttamente applicato i criteri elaborati dalla giurisprudenza, in particolare per quanto riguarda *l'aliunde perceptum*.

Per quanto riguarda la questione sub1), ritiene il Collegio che la sentenza impugnata abbia correttamente interpretato la clausola del capitolato di gara, come specificato, prima dello scadere del termine per la presentazione dell'offerta (9 maggio 2007), dall'ufficio appalti con nota del 2 maggio 2007 (nota controfirmata dalla s.r.l. e allegata all'offerta con valore di accettazione) secondo la quale nel fascicolo valutazione qualità, da inserire nella busta contenente la documentazione tecnica dell'offerta, la voce relativa alla pos. 5.1.2 per le porte delle scaffalature modulari avrebbe dovuto essere compilata in modo tale da rendere "possibile ed evincibile" l'uso di porte scorrevoli, pur costituendo queste un optional da fornire su richiesta, e da valutare come miglioria nel caso che fossero già comprese nel prezzo.

Dal tenore della suddetta clausola si ricava, infatti che l'espressa indicazione della possibilità di inserimento delle stesse al posto delle porte a battente, e l'immediata evincibilità di tale possibilità dalla documentazione tecnica costituiva elemento essenziale dell'offerta ("l'uso di porte scorrevoli deve essere possibile ed evincibile dalla documentazione", poiché "questa voce su richiesta dovrà essere fornita con porte scorrevoli").

L'esclusione per omessa indicazione della possibilità indicata procede, quindi, dalla stessa definizione dell'offerta come richiesta dalla legge di gara, definizione rispetto alla quale nessuna rilevanza può avere l'omessa comminatoria della esclusione nel capitolato di gara, dal momento che l'offerta carente dell'elemento considerato si configura come difforme dalle caratteristiche della fornitura, volute dalla stazione appaltante. Ne consegue anche che nessun obbligo di richiedere integrazione o regolarizzazione documentale può ritenersi gravare sulla stazione appaltante,

poiché tale regolarizzazione può essere consentita solo quando i vizi rilevati nell'offerta siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore materiale, altrimenti venendosi ad alterare la *par condicio* tra i concorrenti.

2) La sentenza merita conferma anche per quanto riguarda la non corrispondenza dell'offerta presentata da Arte s.r.l. alle caratteristiche sopra descritte.

L'impresa aggiudicataria ha infatti previsto la fornitura di porte in acciaio e porte a due ante in acciaio: l'assunto che le porte a doppio battente, che hanno formato oggetto dell'offerta, siano equivalenti, nel gergo tecnico, a porte scorrevoli, è smentito dalla considerazione del diverso modo di movimento possibile per l'apertura, essendo di comune esperienza che solo le porte scorrevoli necessitano di spazio unicamente laterale (ed è presumibilmente questa l'esigenza tenuta presente nella redazione della clausola considerata). In nessuna parte dell'offerta tecnica della Arte era prevista la possibilità di fornire gli scaffali con porte scorrevoli, né una tale possibilità può essere desunta dalla dichiarazione datata 7 agosto 2007 della ditta Constructor, produttrice delle porte, versata agli atti del giudizio, dal momento che, a prescindere da altre considerazioni, tale dichiarazione non ha formato oggetto della documentazione presentata ai fini della partecipazione alla gara, il cui deposito doveva avvenire, come si è detto, entro il 9 maggio 2007.

Correttamente, quindi, la sentenza impugnata ha desunto dalla mancata previsione, nell'offerta di Arte, della possibilità di fornire l'optional considerato (e, quindi, dalla mancata corrispondenza dell'offerta alle prescrizioni della gara) l'illegittimità dell'ammissione alla gara stessa della impresa poi risultata aggiudicataria.

3) La censura relativa all'omessa considerazione, da parte del primo giudice, dell'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione, elemento necessario ad integrare l'obbligo di risarcire il danno per la mancata aggiudicazione alla ricorrente, che, in quanto seconda classificata, avrebbe vinto la gara, è

inammissibile in quanto introdotta in giudizio non con il ricorso in appello, ma con semplice memoria non notificata alle controparti. Con l'atto introduttivo del giudizio la Provincia autonoma di Bolzano contesta, infatti, solo il *quantum* del risarcimento, per la mancata considerazione, da parte del TRGA, dell'*aliunde perceptum*, la cui mancanza avrebbe dovuto essere provata dalla ricorrente al fine della dimostrazione dell'esistenza e dell'entità del danno lamentato, ma non svolge alcuna considerazione avverso la configurabilità stessa dell'obbligo risarcitorio sotto il profilo soggettivo.

L'inammissibilità della censura considerata priva di rilevanza la questione di cui al punto 4).

5) L'appello principale è invece fondato nella parte in cui contesta la misura del risarcimento riconosciuto dalla sentenza impugnata alla impresa ricorrente per mancato guadagno nella percentuale del 10% dell'utile posto a base d'asta.

Come sostenuto dall'appellante, tale misura non appare adeguata.

La consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004) afferma che il mancato utile spetta, in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, nella misura integrale solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi, e di qui la decurtazione del risarcimento di una misura per *aliunde perceptum vel percipiendum*.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 1227 cod.civ., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno. Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà

aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative.

Pertanto, non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività.

Di qui la piena ragionevolezza della detrazione, affermata dalla giurisprudenza, dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50%, sia dell'*aliunde perceptum*, sia dell'*aliunde percipiendum* con l'*originaria diligenza*.

Inoltre, nel caso specifico, come sostiene l'Amministrazione appellante e riconosce la stessa sentenza impugnata, la ricorrente in primo grado non ha fornito alcuna prova puntuale di non aver potuto eseguire altrove incarichi lucrativi, nonostante la mancata aggiudicazione della gara, né ha fornito, di ciò, alcuna giustificazione plausibile, non valendo a tanto il generico calo di fatturato lamentato per l'anno 2007 (ed in tal senso infondato si appalesa l'appello incidentale proposto dalla impresa resistente, non essendo condivisibile l'asserita inapplicabilità del principio al settore degli appalti di forniture, al quale appare, invece, perfettamente attinente).

Pertanto la somma spettante a Pedacta a titolo di risarcimento per lucro cessante deve essere determinata nel 10% dell'importo dell'offerta economica da quest'ultima presentata, ridotto al 5% tenendo conto dell'*aliunde perceptum* presumibile dell'impresa e secondo un criterio di riduzione in via equitativa sovente applicato nella giurisprudenza di questo Consiglio (sez. IV, 07 settembre 2010 , n. 6485; sez. VI, 9 marzo 2007 , n. 1114; sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

VI) In conclusione, l'appello principale è solo parzialmente fondato e va accolto con conseguente riforma della sentenza impugnata limitatamente alla parte in cui determina la misura del risarcimento dovuto alla ricorrente in primo grado, che

deve essere ridotto con applicazione del criterio sopra specificato; l'appello incidentale è infondato e deve essere respinto.

Data la soccombenza parziale reciproca, le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti per questo secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie in parte nei sensi di cui sopra e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, determina i criteri per il risarcimento del danno dovuto alla ricorrente come specificato in motivazione.

Respinge l'appello incidentale.

Compensa le spese per il secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente FF

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/04/2011

IL SEGRETARIO

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