



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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4529 del 2004 proposto da S.In.Con. (Societa' d'Informatica Consorziata) s.r.l. , in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Francesco Caricato, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Principessa Clotilde, 2 ;

***contro***

il Comune di San Giorgio Jonico (TA) , in persona del Sindaco “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso la stessa in Roma, via Cola di Rienzo n. 271 ;

***per la riforma***

della sentenza del TAR PUGLIA – SEZIONE STACCATA DI LECCE, SEZIONE II, n. 1296/2004, resa tra le parti, concernente RISARCIMENTO DEI DANNI DERIVANTI DALLA

## ILLEGITTIMA MANCATA AGGIUDICAZIONE DI APPALTO PER LA FORNITURA DEL SISTEMA INFORMATICO COMUNALE;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;  
viste le memorie difensive delle parti;  
visti tutti gli atti della causa;  
relatore nell'udienza pubblica del 21 ottobre 2011 il cons. Marco  
Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia e Lenoci;  
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.1.- 15 aprile 1998: il Comune di San Giorgio Jonico invita SINCON a partecipare alla gara per l'appalto del sistema informatico comunale. La lettera di invito prevede l'aggiudicazione in favore dell'offerta economica più vantaggiosa, come stabilito dall'art. 16, lett. b), del d. lgs. n. 358 del 1992. Alla procedura partecipano SINCON e Alphabyte .

Nella seduta del 1° giugno 1998 la commissione di gara, rilevato che SINCON non ha corredato la propria offerta “con i software relativi al condono edilizio ed alla gestione contratti” consente a SINCON di integrare la documentazione mancante.

Nella seduta del 15 giugno 1998 la commissione rileva che Alphabyte non ha contemplato nell'offerta “il collegamento ad Internet ed il sito Web comunale”, benché ciò fosse espressamente richiesto

dall'art. 1, comma 3, punto 4 del capitolato. Anziché escludere Alphabyte la commissione richiede alle due ditte partecipanti una variazione delle offerte economiche già presentate, disponendo che le stesse non dovessero più prevedere la voce “collegamento ad Internet e sito Web comunale”.

Con nota del 22 giugno 1998 SINCON manifesta perplessità sul comportamento della commissione di gara. La commissione esclude l'offerta di SINCON dalla procedura per il presunto rifiuto di presentare la nuova offerta, aggiudicando l'appalto ad Alphabyte, unica ditta rimasta in gara. L'aggiudicazione definitiva ad Alphabyte avviene con delibera di Giunta 7 luglio 1998, n. 150. Il 15 luglio 1999 viene stipulato il contratto.

1.2.-SINCON ricorre al TAR Puglia -Lecce avverso la propria esclusione e contro l'aggiudicazione dell'appalto ad Alphabyte, la quale propone ricorso incidentale sostenendo che SINCON non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura, avendo presentato una offerta priva di elementi essenziali.

Con ordinanza n. 923 del 16 settembre 1998 il TAR Lecce accoglie l'istanza di sospensiva di SINCON sul rilievo che l'esclusione della stessa è supportata dalla nota 16 giugno 1998 con la quale la commissione di gara ha illegittimamente modificato bando e capitolato, con conseguente illegittimità anche dell'aggiudicazione ad Alphabyte.

Comune e Alphabyte appellano l'ordinanza cautelare dinanzi alla

quinta sezione del Consiglio di Stato che, con ordinanze nn. 2377 e 2393 del 1998, rigetta gli appelli cautelari.

Nel frattempo il Procuratore della Repubblica di Taranto apre il procedimento penale n. R. G. 4118/98 nei confronti dei componenti della commissione di gara e del legale rappresentante di Alphabyte richiedendo il rinvio a giudizio degli stessi per i reati di cui agli articoli 81, 353 commi 1 e 3 e 479 cod. pen. per avere “fraudolentemente turbato la gara cui partecipavano la società Sincon ed Alphabyte srl, determinandone l’aggiudicazione per complessive lit. 278.253.600 in favore di quest’ultima” (nel 2001 il GIP di Taranto pronuncerà sentenza di proscioglimento, ex art. 425 c. p. p. , nei confronti di alcuni componenti della commissione, per non avere commesso il fatto. Nel 2007 anche un ulteriore componente della commissione, e il rappresentante di Alphabyte saranno assolti dal Giudice penale perché il fatto non sussiste).

Con sentenza n. 3436 del 2000 la II sezione del TAR di Lecce accoglie il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Alphabyte dichiarando di conseguenza inammissibile il ricorso principale di SINCON.

Con DGC 31 ottobre 2000, n. 206, recante “presa d’atto sentenza n. 3436/00 TAR Puglia –Lecce (controversia SINCON)”, adottata dopo che il difensore di Alphabyte aveva diffidato il Comune a eseguire gli obblighi contrattuali mediante il pagamento delle fatture rimaste inevase e consentendo all’aggiudicataria di completare la

fornitura secondo quanto pattuito, il Comune dà mandato al responsabile del servizio di porre in essere gli atti conseguenti alla sentenza.

SINCON propone appello avverso la sentenza del TAR e la quinta sezione del Consiglio di Stato, con decisione n. 349 del 2002, accoglie l'appello e, in riforma della sentenza appellata, annulla la DGC n. 150/98 di aggiudicazione in via definitiva, e gli altri atti impugnati da SINCON in primo grado.

Tre le statuizioni significative del giudice d'appello ai fini della definizione della controversia odierna:

a) la sentenza ha erroneamente ritenuto inammissibile il ricorso di SINCON, accogliendo la tesi esposta nel ricorso incidentale da Alphabyte, sul rilievo che l'offerta tecnica presentata da Sincon fosse incompleta e tale da comportarne l'esclusione senza possibilità di integrazione documentale, questo perché mancante del software relativo al condono edilizio ed alla gestione dei contratti. Vi sarebbe stata una carenza nella descrizione delle funzioni e dei programmi. La commissione ha ritenuto di ricorrere all'art.5 del capitolato chiedendo una integrazione documentale mentre, invece, si sarebbe verificata la violazione dell'art. 2 del capitolato che precisa gli elementi dell'offerta tecnica con la necessità di illustrare compiutamente le caratteristiche del software di base ed applicativo offerto. Al riguardo la V Sezione puntualizza che "se si tien conto anche della specifica possibilità di chiedere anche modifiche o

varianti ai progetti già presentati cui si riferisce l'art. 5 del capitolato era di certo consentita la integrazione documentale richiesta alla Società attuale appellante che aveva presentato i pacchetti software relativi al condono edilizio ed ai contratti come si evince dallo stesso verbale n. 5 del 1 giugno 1998 e che successivamente li ha integrati”;

b) con la nota 6 giugno 1998 la commissione di gara non avrebbe potuto richiedere una nuova offerta economica in applicazione dell'art. 5 del capitolato che non dava alcuna facoltà in tal senso e, quindi, la gara doveva procedere con l'esame delle offerte già presentate . Ciò anche considerando la modifica dell'oggetto della fornitura dovuta alla circostanza della esclusione dalla stessa dei materiali già in possesso dell'Amministrazione (il collegamento con Internet ed il sito WEB). “Costituisce una grave illegittimità – prosegue il Consiglio di Stato nel motivare la decisione di riformare Tar Lecce- la richiesta di una nuova offerta economica effettuata a buste aperte (relativamente a quelle contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica) e, per di più, quando una delle due ditte rimaste in gara non aveva presentato una offerta completa perché mancante proprio degli elementi ritenuti non necessari perché già in possesso dell'Amministrazione. L'eccesso di potere e la violazione delle norme speciali della gara sono evidenti”;

c) appare altresì evidente –soggiunge il Giudice d'appello- “la violazione da parte della Commissione di gara dell'art.4, punto 1) lett. B , lett. d) del Capitolato che prevedeva a pena di esclusione, tra gli

altri documenti, la presentazione di un manuale metodologico allegato “alla descrizione della metodologia adottata per la progettazione, sviluppo, gestione e manutenzione del software applicativo“ e che non ha portato alla esclusione dell’offerta della attuale controinteressata che non aveva presentato il manuale suddetto e che, invitata – come si è detto illegittimamente – ad integrare la documentazione ha presentato il manuale di altra ditta”.

1.3.- Ciò posto, con il ricorso n. 613 del 2003 SINCON ha chiesto al TAR di Lecce il risarcimento dei danni derivanti dall’illegittima aggiudicazione della procedura alla società Alphabyte, danni quantificati nella somma di € 53.425,55 oltre agli accessori.

Con la sentenza n. 1296 del 2004 il TAR ha respinto il ricorso. Dopo avere riepilogato l’andamento della procedura di gara e sintetizzato svolgimento ed esiti dei giudizi impugnatori dinanzi a TAR e Consiglio di Stato, il Collegio di primo grado ha ritenuto di essere “in presenza di una di quelle situazioni di obiettiva incertezza normativa (in questo caso, “interna” alla procedura e derivante dalla stessa formulazione della lex specialis della gara) che, per la giurisprudenza più recente in materia di responsabilità civile della p.a., esclude la stessa sussistenza dell’elemento soggettivo dell’illecito e, quindi, la possibilità di riportare la fattispecie alla previsione risarcitoria dell’art. 2043 c.c. “, non essendo agevole una interpretazione corretta dell’art. 5 del capitolato speciale, come testimoniato dalle contrastanti soluzioni adottate dal TAR e dal Consiglio di Stato e dalla difficoltà

di “individuare il discrimine logico tra omissioni progettuali non essenziali e quindi oggetto di possibile integrazione e quelle, invece, talmente connaturate agli elementi essenziali dell’offerta da non essere suscettibili di integrazione successiva” .

1.4.-SINCON ha chiesto al Consiglio di Stato la riforma della sentenza deducendo con un unico, articolato motivo, l’erroneità del presupposto motivazionale assunto dal TAR a sostegno della decisione. Nella seconda parte del ricorso in appello –da pag. 10- SINCON ha evidenziato l’esistenza dell’elemento soggettivo e del nesso causale tra fatto e danno, e l’insussistenza di motivi ostativi al soddisfacimento della pretesa alla quale l’appellante aspirava (nell’appello si afferma che ”se la P. A. avesse agito legittimamente, la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria dell’appalto”). Sulla quantificazione del danno, inteso sia come danno emergente, sia come lucro cessante, SINCON richiama la possibilità di applicare parametri equitativi.

Il Comune, nel costituirsi, ha rilevato, in via preliminare, l’omessa impugnazione, da parte di SINCON, della DGC n. 206 del 2000, adottata in esecuzione della sentenza del TAR di Lecce n. 3436/00. La difesa comunale ha quindi controdedotto contestando l’esistenza dei presupposti per riconoscere la responsabilità della P. A. .

2.-L’appello è fondato e va accolto e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata va accolto –anche se solo parzialmente- il ricorso proposto in primo grado, per le ragioni ed entro i limiti che

saranno specificati appresso.

2.1.- In via preliminare il Collegio rileva che l'omessa impugnazione, da parte di SINCON, della DGC n. 206 del 31 ottobre 2000, recante "presa d'atto sentenza n. 3436/2000 TAR Puglia –Lecce (controversia SINCON) ", con la quale il Comune aveva dato mandato, al responsabile del servizio competente, di porre in essere gli atti consequenziali alla sentenza citata, è priva di qualsivoglia rilevanza ai fini dell'ammissibilità del ricorso odierno, non potendo venire in rilievo, a quest'ultimo scopo, un atto, quale la DGC n. 206/00, in rapporto di consequenzialità immediata e diretta con la sentenza del TAR, esecutiva, atto non contraddistinto da valutazioni nuove e autonome rispetto a quanto considerato in precedenza.

Ciò premesso, ai fini dell'accoglimento dell'appello assume rilievo centrale la motivazione della decisione della Sezione n. 349 del 2002 (v. sopra, p. 1.2. , verso la fine).

Con la sentenza citata, passata in giudicato, la Sezione, nel risolvere le questioni fondamentali della controversia, in fatto e in diritto, con statuizioni coperte da forza di giudicato e comunque condivisibili, ha osservato in sintesi che:

a) considerata la possibilità, sancita dall'art. 5 del capitolato, di chiedere alle concorrenti anche modifiche o varianti ai progetti già presentati, era consentita, nella specie, l'integrazione documentale richiesta a SINCON, la quale "aveva presentato i pacchetti software relativi al condono edilizio ed ai contratti come si evince dallo stesso

verbale n. 5 del 1 giugno 1998 e che successivamente li ha integrati”;

b) la commissione di gara non avrebbe potuto richiedere una nuova offerta economica in applicazione dell’art. 5 del capitolato, il quale non dava alcuna facoltà in tal senso e quindi la gara avrebbe dovuto procedere con l’esame delle offerte già presentate . Ciò anche considerando la modifica dell’oggetto della fornitura dovuta alla circostanza della esclusione dalla stessa dei materiali già in possesso dell’Amministrazione (il collegamento con Internet ed il sito WEB). “Costituisce una grave illegittimità –ha proseguito la Sezione- la richiesta di una nuova offerta economica effettuata a buste aperte (relativamente a quelle contenenti la documentazione amministrativa e l’offerta tecnica) e, per di più, quando una delle due ditte rimaste in gara non aveva presentato una offerta completa perché mancante proprio degli elementi ritenuti non necessari perché già in possesso dell’Amministrazione. L’eccesso di potere e la violazione delle norme speciali della gara sono evidenti”;

c) la commissione di gara ha violato l’art.4, punto 1) lett. B , lett. d) del Capitolato che prevedeva a pena di esclusione, tra gli altri documenti, la presentazione di un manuale metodologico allegato “alla descrizione della metodologia adottata per la progettazione, sviluppo, gestione e manutenzione del software applicativo“ e che non ha portato alla esclusione dell’offerta (di Alphabyte) che non aveva presentato il manuale suddetto e che, invitata – come si è detto illegittimamente – ad integrare la documentazione ha presentato il

manuale di altra ditta”.

Dunque:

-SINCON non andava esclusa;

-Alphabyte andava esclusa e

-comunque la commissione di gara non poteva, a norma di capitolato –modificando in modo illegittimo la “lex specialis di gara”- richiedere una nuova offerta economica alle concorrenti, a maggior ragione in presenza di una variazione –sopravvenuta a buste aperte- dell’oggetto della fornitura: la procedura doveva proseguire con l’esame delle offerte già presentate.

Diversamente da quanto ritenuto dal TAR, l’assunto relativo alla incertezza ricavabile dalla formulazione dell’art. 5 del capitolato, in coordinamento con l’art. 2 della “lex specialis”, sui contenuti minimi dell’offerta, il che ha condotto il giudice di primo grado a escludere la stessa sussistenza dell’elemento soggettivo dell’illecito, risulta smentito dai passaggi motivazionali, sopra sintetizzati, della decisione del Consiglio di Stato (in disparte l’osservazione che in sede cautelare la posizione di SINCON era stata apprezzata in modo favorevole sia dal TAR –con ord. n. 923/98- , sia dal Consiglio di Stato –con ord. nn. 2377 e 2383 / 98).

E’ vero che dalla lettura del capo di motivazione riassunto alla lettera a) si ricava che questa Sezione, con la decisione n. 349 del 2002, ha riconosciuto la correttezza della decisione della commissione di gara per avere (in un primo momento) ammesso SINCON al prosieguo

della procedura consentendole di integrare la documentazione concernente i software relativi a condono edilizio e gestione dei contratti (salvo escludere l'impresa in seguito, per un'altra ragione e in modo illegittimo) .

E può convenirsi sul fatto che il Comune, incaricando il responsabile del servizio competente di porre in pagamento le fatture insolute, a partire dal 31.10.2000 (a quella data la fornitura hardware e software risultava eseguita), avesse inteso adempiere alla sentenza del TAR – esecutiva- n. 3436 del 19.10.2000, su sollecitazione del legale di Alphabyte (si veda la lettera dell'avv. F. Baldassarre al Sindaco del 26.10.2000). Anche se va osservato che nel caso di esecuzione di sentenza non passata in giudicato occorre evitare che si producano effetti irreversibili, dovendosi considerare che la sentenza di primo grado potrebbe essere riformata, e che negli ultimi mesi del 2000 il procedimento penale era ancora pendente e SINCON aveva proposto immediato appello al Consiglio di Stato (appello che verrà definito pochi mesi dopo la presentazione, con la decisione n. 349/02 preceduta dal dispositivo n. 427 del 16.7.2001).

E tuttavia, anche a voler prescindere dal rilievo per cui può non valere a escludere la colpa la circostanza che il giudice di primo grado abbia dato ragione all'Amministrazione con decisione riformata in grado d'appello, non apparendo ragionevole dare risalto, ai fini risarcitori, a un fatto successivo a quello che ha generato l'illecito giacché, aderendo a quest'ultima tesi, la colpa potrebbe essere

ravvisata solo se il privato ottenesse ragione in entrambi i gradi del giudizio, finendo così il procedimento di primo grado per assumere importanza decisiva; in disparte, si diceva, l'argomento ora svolto, nella condotta complessiva del Comune vanno riconosciuti gli estremi della colpa, quale elemento costitutivo della responsabilità risarcitoria per equivalente.

Non spetta al Collegio apprezzare il grado della colpa dell'Ente.

Ma, anche a non voler porre in risalto la terminologia impiegata dalla Sezione nella decisione n. 349 del 2002, specie là dove la condotta della commissione di gara –che, si noti, dev'essere composta da soggetti professionalmente qualificati, in ragione della delicatezza delle operazioni da eseguire- è valutata gravemente illegittima e la Sezione fa riferimento a evidenti violazioni della "lex specialis", resta il fatto che dalle considerazioni formulate dal Consiglio di Stato, sopra riassunte alle lett. b) e c), risulta nel complesso addebitabile al Comune un comportamento colposo, sul piano della violazione di regole di normale diligenza e perizia. In altre parole, gli errori interpretativi nei quali è incorso il Comune nella vicenda in questione sono maturati in un contesto in cui all'indirizzo di organi della P. A. potevano essere rivolti addebiti ragionevoli, specie sul piano della diligenza e della perizia. Le disposizioni della "lex specialis" di gara non presentavano particolari difficoltà di lettura e applicazione. Gli errori suddetti non appaiono scusabili.

Quasi inutile soggiungere la irrilevanza, ai fini di causa, degli avvenuti

rimborsi delle spese legali sostenute, dai dipendenti comunali componenti della commissione di gara, in relazione al giudizio penale conclusosi con la sentenza di proscioglimento del GIP.

Appare evidente inoltre l'esistenza del nesso causale tra fatto e danno e, quindi, la riconducibilità del pregiudizio risarcibile a un comportamento della P. A. .

In particolare, se la P. A. non fosse incorsa nella commissione delle illegittimità su enunciate, il servizio avrebbe dovuto essere assegnato a SINCON.

Sul giudizio prognostico di spettanza a SINCON della pretesa sostanziale, a parte che, in base a quanto statuito dalla Sezione con la decisione n. 349/02, Alphabyte andava esclusa e, di conseguenza, SINCON si sarebbe dovuta ritrovare quale unica partecipante alla gara, correttamente l'appellante precisa che qualora SINCON non fosse stata illegittimamente esclusa dalla procedura, sarebbe dovuta risultare aggiudicataria dell'appalto di fornitura —o, in ogni caso, avrebbe avuto una elevatissima probabilità di conseguire l'aggiudicazione della fornitura. Al fine di comprovare quanto or ora affermato si ritiene utile rinviare agli atti di causa e, in particolare, alla CTU 15.6.1999 presentata nel proc. pen. n. 4118/98 della Proc. Rep. Trib. Taranto (è appena il caso di precisare che l'attendibilità delle risultanze peritali non risulta indebolita dal proscioglimento degli imputati da parte del GIP di Taranto. Anzi, nella sentenza del GIP del 12.1.2001 si afferma che “l'esame della procedura posta in essere

dalla commissione evidenzia, così come chiaramente rappresentato dal consulente tecnico nominato dal PM, indiscutibili anomalie... (che) depongono esclusivamente per l'ipotesi dell'errore in buona fede generato dalla difficoltà della commissione nel penetrare l'esatta portata delle problematiche giuridiche connesse alla procedura stessa con esclusione, pertanto, di ogni volontario ricorso a mezzi fraudolenti...”).

Dalla CTU –v. fogli 664 e 665- emerge che:

-l'offerta presentata da SINCON era di € 249.500, inferiore quindi, e in modo significativo, alla offerta di Alphabyte. La commissione, per le offerte economiche, avrebbe dovuto attribuire 40 punti a SINCON e 38,40 ad Alphabyte;

-la commissione aveva proceduto alla valutazione tecnica dei progetti presentati assegnando ad Alphabyte punti 51,93 e a SINCON punti 53,01, per un punteggio totale attribuibile ad Alphabyte di 90,33 contro i 93,01 assegnabili a SINCON che, dunque, pur dovendosi tenere conto del criterio seguito dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 16/B) del d. lgs. n. 358/92, sarebbe risultata con ogni probabilità vincitrice della gara.

Il Collegio condivide la tesi dell'appellante: SINCON è stata lesa nella sua posizione di aspettativa all'aggiudicazione e va risarcita per equivalente, avendo perduto il bene sostanziale al quale aspirava (il servizio è stato fornito e Alphabyte è stata pagata : v. DGC 16.5.2003, n. 81, recante approvazione atto di transazione con

Alphabyte).

2.2.- Per quanto riguarda la prova del danno, il Collegio, premesso di ritenere utilizzabili parametri equitativi ai sensi degli articoli 1226 e 2056 cod. civ. , è dell'avviso che il danno vada riconosciuto e commisurato in via esclusiva con riferimento al profilo del lucro cessante, entro i limiti che saranno specificati tra breve.

Più precisamente:

a) non sono liquidabili le spese e i costi sostenuti da SINCON per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara. La partecipazione alla gara implica infatti oneri che, almeno di regola, restano a carico del soggetto che abbia inteso prendere parte a una procedura di selezione, e ciò sia nel caso di aggiudicazione, sia nella ipotesi di mancata aggiudicazione : le spese di partecipazione alla gara sono il “prezzo dell'acquisto di una opportunità di guadagno” (così Cons. St. , V, 808/10, p. 17.3. ; v. anche IV, n. 6485 del 2010, § 44, cui si rinvia ai sensi degli articoli 60, 74 e 88, comma 2, lett. d) del cod. proc. amm.);

b) non è riconoscibile il “pregiudizio economico sofferto in relazione alle spese legali” sopportate da SINCON nel giudizio impugnatorio terminato con la dec. Cons. St. , V, n. 349/02 di accoglimento dell'appello avverso TAR Lecce n. 3436/00 e di accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ( a spese del grado d'appello compensate) , pregiudizio che l'appellante quantifica in oltre 22.000 euro. In sede di liquidazione del risarcimento del danno per mancata

aggiudicazione non è, infatti, ravvisabile una responsabilità delle parti per spese legali e danni processuali atteso che, per quanto riguarda in particolare le spese legali si tratta di danni successivi all'aggiudicazione, come tali non riconoscibili. In materia di spese processuali trova inoltre applicazione non la disciplina dell'illecito aquiliano dettata dall'art. 2043 cod. civ. , ma la disciplina di cui agli articoli 90 e seguenti c. p. c., applicabili anche nei giudizi amministrativi (conf. Cons. St. , V, 6873/09 e IV, 3340/08; v. anche CdS, VI, n. 2751/08, cui si rinvia ex c. p. a. );

c) circa il risarcimento del danno per lucro cessante, da riconoscersi in relazione all'utile economico che sarebbe derivato dalla esecuzione del servizio, ribadito che, in base a quanto è dato prevedere, non sussistevano ragioni ostative all'aggiudicazione del servizio a SINCON e che l'aggiudicazione non è stata disposta a favore dell'appellante proprio a causa dell'illegittimità dell'azione amministrativa, la giurisprudenza (Cons. St. , V, 2725 / 11, cui si rinvia ex artt. 60, 74 e 88 c. p. a. ) riconosce la spettanza dell'utile di impresa nella misura del 10 % del prezzo offerto dalla ditta in sede di partecipazione alla gara soltanto qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze e i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre nel caso in cui tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'appellante possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori (o servizi o

forniture), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa. Diversamente opinando l'utilizzo del criterio del 10 % (il quale trae origine dall'art. 345 della l. n. 2248/1865 –Allegato F, norma abrogata dall'art. 256 del d. lgs. n. 163/06) condurrebbe, almeno di regola, al risultato per cui il risarcimento dei danni sarebbe per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale, con il che si creerebbe la distorsione per cui il ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito per lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfetaria gli consentirebbe (Cons. St., 2226/11, e ivi rif. ulteriori).

Nel caso in esame, nel quale il prezzo offerto da SINCON ammontava a lire 249.500.000, pari a € 128.874, la percentuale del 10 % va ridotta della metà, vale a dire alla misura del 5 % dell'offerta presentata, pari a euro  $(12.887,4 : 2 =) 6.443,7$  (sull'onere della prova, in tema di assenza dell'“aliunde perceptum”, gravante sulla impresa v. Cons. St. , IV, 6485/10 da § 46 a § 49 , CdS, V, 2226/11 cit. e V, n. 1738/11 ).

Vale aggiungere che nel caso di specie non assume rilievo la tesi dell'appellante secondo cui l'aver perso illegittimamente la gara avrebbe precluso a SINCON la possibilità di acquisire, dal Comune di San Giorgio Jonico, ulteriori estensioni dell'appalto, sia di carattere infrastrutturale, sia di servizi. Si tratta infatti di ipotesi non

verificabile, e che risulta contraddetta dal rilievo difensivo comunale per cui nessun contratto è stato stipulato tra Comune e Alphabyte in ordine al servizio manutenzione e al relativo corrispettivo. La manutenzione risulta essere stata assicurata da Alphabyte soltanto per il periodo di garanzia di 12 mesi decorrente dalla stipula del primo contratto, senza che Alphabyte abbia chiesto e ottenuto dall'Ente alcun pagamento. Stando alle affermazioni difensive comunali la prevista stipula del contratto triennale per la manutenzione di hardware e software non ha avuto seguito.

d) quanto al risarcimento del cosiddetto “danno curriculare”, vale a dire al ristoro del pregiudizio economico connesso alla impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico collegato alla esecuzione del servizio in argomento, l'impiego di criteri equitativi impone di riconoscere anche questa voce di danno nella misura del 10 % di quanto riconosciuto per la voce di danno sub c) (detto altrimenti, nella misura dello 0,5 % dell'offerta fatta dalla impresa).

e) Trattandosi di debito di valore, all'appellante spetta anche la rivalutazione monetaria dal giorno della stipulazione del contratto da parte dell'impresa dichiarata illegittimamente aggiudicataria fino alla pubblicazione della presente sentenza, a decorrere dalla quale, in forza della liquidazione giudiziale, 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.

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 (giurisprudenza pacifica, il che esime da citazioni particolari).

Spese , diritti e onorari del doppio grado seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente decidendo sull'appello in epigrafe lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata accoglie in parte il ricorso proposto in primo grado e condanna il Comune resistente a risarcire a SINCON il danno nella misura precisata in motivazione, oltre agli accessori.

Condanna il Comune appellato a rimborsare alla ricorrente le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano nella misura complessiva di € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre a IVA e a CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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