



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 in appello iscritto al numero di registro generale 2078 del 2009, proposto da:

COMUNE DI PONTASSIEVE, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Vicicone, con domicilio eletto presso Alessandro Turco in Roma, largo dei Lombardi, n. 4;

contro

SOCIETA' LADURNER S.P.A e SOCIETA' HYDRA S.R.L., ognuna in persona del legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso Damiano Pallottino in Roma, piazza dei Caprettari, n. 70;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, Sez. II, n. 279

del 7 marzo 2008, resa tra le parti, concernente RISARCIMENTO DANNI PER MANCATA AGGIUDICAZIONE APPALTO DI SERVIZI IDRICI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società Ladurner S.p.A. e Hydra s.r.l., che hanno anche spiegato appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Cecchi, per delega dell'Avv. Vicicone, e Farnetani;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la decisione n. 6143 del 7 novembre 2002, riformando la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Toscana, sez. II, n. 245 del 4 marzo 1999, accoglieva il ricorso proposto dalla Ides s.r.l., mandataria dell'A.T.I. costituita con Hydra s.r.l., seconda classificata nella gara indetta dal Comune di Pontassieve per l'affidamento in appalto del servizio di gestione degli impianti di depurazione e di trattamento delle acque di fognatura, ed annullava la delibera della giunta del comune di Pontassieve n. 96 del 28 aprile 1998 di aggiudicazione del predetto appalto alla Teseco S.p.A.

Veniva infatti ritenuto fondato ed assorbente il primo motivo di censura, con cui era stata denunciata la falsa applicazione delle norme di gara ed il travisamento del contenuto della offerta della ricorrente, in quanto la commissione giudicatrice non solo aveva violato il principio secondo il quale la specificazione e l'integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte, indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, può essere fatta solo prima dell'apertura delle buste recanti le offerte, ma aveva anche modificato tali criteri sull'errato presupposto che tutti i progetti offerti in gara prevedessero lavori per la cui realizzazione era necessario tutto il primo anno di gestione, laddove il progetto offerto dalla Ides s.r.l. prevedeva invece l'immediata entrata in produzione già nel primo anno di esercizio.

2. Ladurner GMBH, cessionaria di azienda dell'originaria Ides s.r.l., e Hydra s.r.l. hanno successivamente proposto azione per il risarcimento dei danni e l'adito Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, con la sentenza n. 279 del 7 marzo 2008, ritenuti sussistenti i presupposti della responsabilità civile con particolare riguardo all'elemento soggettivo ed espletata apposita consulenza tecnica d'ufficio, ha condannato l'intimata amministrazione comunale al pagamento della somma di €. 380.947,46, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal 1° novembre 1991 fino alla pubblicazione della sentenza e interessi legali sulla somma così determinata dalla pubblicazione della

sentenza fino al soddisfo, e spese legali.

3. Con atto di appello notificato il 18 febbraio 2009 il comune di Pontassieve ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di quattro articolati motivi di gravame.

Con il primo motivo, lamentando "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2043 C.C. sotto il profilo della ripartizione dell'onere della prova e della valutazione della colpa della pubblica amministrazione", l'amministrazione appellante ha dedotto l'assoluta carenza di prova della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, neppure a livello di mero indizio, con conseguente infondatezza della domanda proposta, rilevando che il vizio che aveva determinato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, annullato dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la decisione n. 6143 del 7 novembre 2002, non poteva configurarsi quale violazione del generale di principio di imparzialità dell'azione amministrativa e non poteva essere qualificato come colpa grave, difettando la negligenza e l'imperizia della commissione giudicatrice, configurandosi invece come errore scusabile dipendente dalla oggettiva difficoltà di interpretazione ed applicazione della normativa a causa del tecnicismo della materia e dalle altrettanto oggettive difficoltà di valutazione della posizione delle imprese concorrenti alla stregua delle previsioni della *lex specialis* (difficoltà di valutazione che, secondo l'appellante, trovavano riscontro nello stesso contrasto

tra la decisione di primo grado – che aveva respinto il ricorso – e quella di appello – che l’aveva invece accolto).

Con il secondo motivo, rubricato “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 21 L. 1034/1971 in riferimento all’ambito oggettivo del giudicato nei giudizi impugnatori”, è stata contestata la quantificazione del danno operata dal consulente tecnico d’ufficio e acriticamente recepita dai primi giudici, rilevandosi che non era stata neppure adeguatamente provata l’esistenza di un danno risarcibile; in particolare, secondo la tesi dell’appellante, il tribunale aveva inopinatamente ritenuto coperta dal giudicato (e quindi non più passibile di essere rimessa in discussione) la delicata questione della valutazione della stessa sostenibilità e realizzabilità della proposta progettuale dell’A.T.I. Ides s.r.l., non potendo ammettersi che il solo annullamento dell’aggiudicazione comportasse automaticamente l’aggiudicazione della gara in favore della seconda classificata.

Con il terzo motivo è stata poi denunciata “Violazione dell’art. 21 L. 1034/1971 sotto il profilo dell’erronea ed omessa valutazione delle risultanze istruttorie”, sostenendosi che i primi giudici avevano frettolosamente ed immotivatamente ritenuto insufficienti, ai fini della prova della non realizzabilità del progetto proposto dall’A.T.I. Ides, le puntuali eccezioni svolte in sede di operazioni di consulenza tecnica dal proprio perito di parte, laddove quest’ultimo aveva invece puntualmente indicato per ogni singolo elemento dell’offerta dell’A.T.I. Ides i profili che la rendevano incongrua e non idonea

rispetto al servizio oggetto della gara di appalto e che non potevano non influire sulla eventuale determinazione del danno risarcibile.

Infine con il quarto motivo, l'amministrazione comunale di Pontassieve ha sostenuto "In subordine: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F", rilevando in ogni caso che l'ammontare del risarcimento del danno riconosciuto dai primi giudici (€. 380.947,46, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legittimi) era assolutamente erroneo ed esagerato, potendo essere riconosciuto soltanto il lucro cessante nella misura del 5% (anche in ragione del criterio di aggiudicazione, costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa) dell'importo dell'appalto.

Le società Ladurner S.p.A. e Hydra s.r.l., oltre a costituirsi in giudizio deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza degli avversi motivi di gravame, hanno spiegato appello incidentale affidato ad un unico motivo, rubricato "Violazione dell'art. 21 l. n. 1034/1971 ed errata valutazione delle risultanze istruttorie, falsa applicazione degli atti di gara, eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria", con il quale hanno sostenuto l'erroneità delle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio nella parte in cui questi, ai fini della quantificazione del danno patito: a) ha ridotto il periodo di riferimento da cinque a tre anni; b) non ha riconosciuto il danno finanziario conseguente ai minori oneri finanziari che sarebbero stati sostenuti con le banche se avessero potuto disporre della liquidità

derivante dal contratto di appalto in questione; c) ha operato un abbattimento dei ricavi pari al 30% e non ha riconosciuto le spese legali sostenute a titolo di danno emergente.

Le predette società hanno pertanto chiesto che il comune di Pontassieve fosse condannato al risarcimento dei danni quantificati in €. 842.646,00, oltre interessi al tasso del 9% dalla data della mancata aggiudicazione fino al saldo ovvero in subordine al tasso legale, eventualmente anche previa ammissione di ulteriore consulenza tecnica d'ufficio.

Con ordinanza n. 1941 del 17 aprile 2009 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

4. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive e richieste.

All'udienza del 13 marzo 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Il primo motivo di gravame, con il quale l'amministrazione appellante ha dedotto l'inammissibilità della domanda risarcitoria per la dedotta carenza dell'elemento soggettivo della colpa nella determinazione della commissione giudicatrice inerente alla valutazione delle offerte in gara, determinazione che aveva poi comportato l'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione, è infondato.

5.1. Se è vero, per un verso, che la giurisprudenza ha escluso ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno la sufficienza del solo annullamento del provvedimento lesivo, ritenendo necessaria la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa (C.d.S., sez. V, 24 giugno 2011, n. 3814), non può peraltro sottacersi, per altro verso, che essa ha anche ripetutamente affermato che, in caso di acclarata illegittimità dell'atto amministrativo, asseritamene foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio per ciò che attiene al profilo dell'elemento soggettivo della specie, potendo egli invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa, spettando poi all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una fonte normativa di formulazione incerta o di recente entrata in vigore ovvero di notevole complessità del fatto o di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti (C.d.S., sez. V, 23 gennaio 2012, n. 265; 2 novembre 2011, n. 5837).

5.2. Applicando tali principi al caso in esame, deve rilevarsi che l'amministrazione appaltante non ha fornito alcuna prova, neppure a livello di mero indizio, della ricorrenza di una fattispecie di errore scusabile, non potendo a tal fine ritenersi sufficienti le semplici deduzioni difensive circa la pretesa complessità ed il presunto tecnicismo della materia e delle oggettive difficoltà di valutazione

delle offerte delle singole imprese concorrenti, trattandosi di deduzioni che si connotano quali mere inammissibili opinioni dissenzienti rispetto alle puntuali e motivate convinzioni dei primi giudici, essendo per contro incontestabile (e coperto dal giudicato) che causa dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui si discute è stata la inopinata modifica, in sede di valutazione delle offerte, dei criteri generali fissati nella *lex specialis*.

Sul punto, anche a voler prescindere dalla già rilevata assoluta carenza di prova, non può sottacersi che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non è dato rinvenire, né nella stessa *lex specialis* della gara, né nelle disposizioni normative che disciplinano la materia dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, alcun dubbio interpretativo sulla immodificabilità da parte della commissione giudicatrice (e comunque successivamente alla apertura delle buste contenenti l'offerta) dei criteri di valutazione delle offerte stesse, ciò costituendo pacificamente una macroscopica violazione dei fondamentali principi di par condicio e affidamento posti a garanzia della legittimità della procedura concorsuale.

Né può condividersi l'assunto dell'amministrazione appaltante, secondo cui l'errore della commissione giudicatrice sarebbe stato determinato dalla complessità e dal tecnicismo della specifica disciplina stabilita dalla *lex specialis* per la valutazione delle offerte tecniche, in quanto proprio l'esistenza del consolidato ed indiscusso principio che vieta la modifica (ivi compresa l'integrazione) dei criteri

di valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice e comunque dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, avrebbe dovuto imporre alla commissione stessa un doveroso atteggiamento di prudenza e di diligenza consistente quanto meno nella puntuale richiesta alla stessa amministrazione appaltante di un apposito parere, di cui invece non vi è alcuna traccia; né dalla lettura della documentazione versata in atti emergono eventuali dubbi o incertezze che avrebbero caratterizzato l'operato della commissione di gara, dubbi ed incertezze che avrebbero costituito almeno un elemento indiziante delle difficoltà interpretative in cui si era venuta a trovare la commissione stessa.

5.3. Sotto altro profilo deve aggiungersi che, ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo dell'illecito imputabile alla pubblica amministrazione, la giurisprudenza ha chiarito che non assume alcun rilievo il fatto che il provvedimento fonte del danno sia stato prima riconosciuto legittimo dal tribunale amministrativo regionale, atteso che, anche a voler prescindere dalla considerazione che unica è la regola di giudizio applicabile al caso concreto, ancorché essa si realizzi attraverso il doppio grado di giudizio, una diversa conclusione comporterebbe che la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile nelle sole ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi di giudizio, finendo per essere così irragionevolmente decisivo il giudizio di primo grado (C.d.S., sez. V, 8 giugno 2011, n. 3452); pertanto neppure il dedotto contrasto tra la

sentenza del giudice di primo grado e la decisione di appello (contrasto che può considerarsi del tutto fisiologico nella dialettica processuale e che non è sufficiente a configurare la fattispecie del contrasto giurisprudenziale che per la cui composizione l'affare può essere deferito all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, non trattandosi di contrasto tra sezioni di detto consesso) può in qualche modo rendere apprezzabile il dedotto, ma non provato e non sussistente, errore scusabile.

In definitiva, quindi, il motivo di gravame in esame deve essere respinto.

6. Possono essere esaminati congiuntamente gli altri tre motivi di gravame, con i quali il Comune di Pontassieve, lamentando “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 21 L. 1034/1971 in riferimento all’ambito oggettivo del giudicato nei giudizi impugnatori” (secondo motivo), “Violazione dell’art. 21 L. 1034/1971 sotto il profilo dell’erronea ed omessa valutazione delle risultanze istruttorie” (terzo motivo) e “In subordine violazione e/o falsa applicazione dell’art.345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F” (quarto motivo), ha sostanzialmente dedotto l’erroneità della pronuncia impugnata sia in relazione alla fondatezza della pretesa risarcitoria che alla quantificazione del danno.

Al riguardo si osserva quanto segue.

6.1. L’amministrazione appellante ha innanzitutto sostenuto che, ai fini della stessa sussistenza nel caso di specie di un danno risarcibile,

doveva valutarsi la realizzabilità dell'offerta presentata dall'A.T.I. Ides s.r.l., questione a suo avviso non coperta dal giudicato formatosi sulla decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6143 del 7 novembre 2002: su tale aspetto i primi giudici avevano inopinatamente omesso qualsiasi indagine e lo stesso consulente tecnico d'ufficio aveva superficialmente ed immotivatamente respinto al riguardo tutti i puntuali rilievi sollevati dal consulente dell'amministrazione, procedendo così alla determinazione dell'ammontare del risarcimento come se il danno fosse ricollegabile puramente e semplicemente alla illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

Tale articolata e suggestiva argomentazione non merita condivisione, essendo smentita in punto di fatto dalle stesse risultanze documentali (quanto alla presunta inidoneità della offerta dell'A.T.I. Ides s.r.l. a soddisfare le esigenze dell'amministrazione appaltante) e dalla stessa motivazione della decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6143 del 7 novembre 2002 (quanto alla questione della possibilità della predetta A.T.I. Ides s.r.l. di aggiudicarsi l'appalto).

6.1.1. Quanto al primo profilo deve osservarsi che dagli atti di causa e dalla lettura della più volte citata decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6143 del 7 novembre 2002, si evince inconfutabilmente che nel corso del procedimento di gara l'amministrazione appaltante, e per essa la commissione giudicatrice, non ha mai dubitato della completezza e della idoneità dell'offerta

presentata dall'A.T.I. Ides s.r.l., tant'è che la stessa è stata valutata positivamente, conseguendo un punteggio tale (punti 73,687) da consentirle di classificarsi al secondo posto della graduatoria di merita; in particolare dall'esame della tabella dei punteggi assegnati dalla commissione giudicatrice alle offerte presentate dalle ditte ammesse alla gara, risulta che l'offerta dell'A.T.I. Ides conseguì apposito punteggio anche per il merito tecnico (punti 9), per il sub – criterio concernente la percentuale da destinare al Comune dei ricavi extra – flussi (punti 4,704) e per quello relativo al minimo annuo garantito sui ricavi extra – flussi (punto 4,147).

Emerge dunque per tabulas che proprio l'amministrazione appaltante ritenne l'offerta completa e valida anche sotto il profilo tecnico, laddove se vi fossero stati dubbi sulla realizzabilità della proposta progettuale presentata sarebbe stato dovere precipuo dell'amministrazione appaltante (ed in particolare della commissione giudicatrice) di escluderla dalla gara.

Poiché ciò non è avvenuto, ogni questione al riguardo deve ritenersi definitivamente preclusa, non potendo ammettersi che per contestare la fondatezza della domanda risarcitoria l'amministrazione possa surrettiziamente reintrodurre questioni che attenevano in realtà all'esercizio della funzione amministrativa, non esercitata o non correttamente esercitata, pena la macroscopica violazione dei principi costituzionali di cui all'art. 24 e 113 della Costituzione e di effettività della tutela giurisdizionale.

6.1.2. Quanto al secondo profilo è sufficiente poi rilevare che nella decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6143 del 7 novembre 2002, a proposito del contestato operato della commissione giudicatrice, si afferma (pag. 5): “Ciò ha comportato la mancata attribuzione di punteggio nei confronti dell’offerta dell’associazione temporanea di imprese guidata dalla IDES, relativamente al ricavo medio da questa indicato nel primo anno di esercizio. E quindi, il mancato conseguimento del primo posto nella graduatoria e dell’aggiudicazione dell’appalto, come indicato nella proiezione matematica prodotta nel giudizio di primo grado, la cui esattezza non è stata posta in dubbio dalle controparti. Queste ultime si limitano, invece, a contestare la fattibilità della previsione contenuta nel progetto offerta della IDES, secondo il quale questa prevedeva di realizzare immediatamente la prima fase degli interventi, nel giro di 15 – 30 giorni, in modo da “far entrare immediatamente in produzione il trattamento dei reflui extra fognari, e conseguire subito introiti, già nel primo anno di esercizio”. Si tratta però di un’integrazione postuma della motivazione, effettuata peraltro dai patroni delle parti al solo fine di difendere l’amministrazione in giudizio, che non trova alcun appiglio negli atti della commissione di gara. Anzi da questi ultimi emerge che tale aspetto del progetto della IDES, cui è stato attribuito il giudizio di “buono” nella valutazione finale, non è stato oggetto di critiche”.

Non può pertanto ragionevolmente dubitarsi che senza l’illegittima

determinazione della commissione di gara l'A.T.I. Ides s.r.l. sarebbe stata aggiudicataria dell'appalto in questione.

D'altra parte è appena il caso di rilevare che ai fini della (ammissibilità e) fondatezza della domanda risarcitoria di cui si discute è del tutto irrilevante che la lex specialis di gara prevedesse che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quest'ultimo essendo notoriamente uno strumento per la selezione dell'offerta (e del contraente) migliore, non residuando in campo all'amministrazione appaltante un ulteriore potere discrezionale di valutazione discrezionale dell'offerta già selezionata come migliore (salvo che non ricorrano i presupposti per procedere in autotutela all'annullamento della gara ovvero che vengano accertati in capo alla ditta selezionata l'esistenza di circostanze ostative alla stipula del contratto, tutte situazioni di cui non vi è traccia nel caso di specie); né può ammettersi che, sempre ai fini della (ammissibilità e) fondatezza della pretesa risarcitoria fosse necessario, come pure sostenuto dall'appellante, la verifica dell'anomalia dell'offerta dell'A.T.I. Ides s.r.l., non avendo del resto l'amministrazione appellante giammai contestato in alcun modo la congruità complessiva, ivi compreso l'aspetto meramente economico, dell'offerta presentata, né avendo in tal senso indicato la eventuale sussistenza di elementi indizianti.

6.2. Passando alla questione concernente la concreta determinazione

del danno si deve osservare quanto segue.

6.2.1. Innanzitutto, anche alla luce delle osservazioni svolte nei paragrafi precedenti, deve escludersi che spettasse alle ricorrenti di provare che il progetto dell'A.T.I. Ides s.r.l. fosse esente da carenze o anomalie che non ne consentivano la realizzazione, trattandosi della prova contraria del fatto posto a fondamento della stessa pretesa risarcitoria (completezza ed idoneità dell'offerta, già positivamente valutata dalla commissione di gara) che, secondo le prescrizioni dell'art. 2697 C.C., incombeva proprio all'amministrazione appellante e che in ogni caso non può ritenersi soddisfatto con la mera proposizione, in sede di svolgimento delle operazioni di consulenza tecnica d'ufficio, di mere argomentazioni da parte del consulente dell'amministrazione volte ad introdurre dubbi sulla congruità e sulla realizzabilità dell'offerta presentata in sede di gara dall'A.T.I. Ides s.r.l. (tanto più che, com'è noto, la consulenza non è neppure un mezzo di prova, bensì di valutazione delle prove già prodotte in giudizio).

Deve poi aggiungersi, sempre in linea preliminare, che, sulla base dei prospettati motivi del gravame principale e di quello incidentale, non vi è motivo per disporre una nuova consulenza tecnica d'ufficio, tanto più che le critiche rivolte a quella svolta in primo grado non concernono in realtà la correttezza e le modalità di espletamento, ma soltanto, più in generale, la stessa completezza, adeguatezza e realizzabilità dell'offerta presentata dall'A.T.I. Ides s.r.l. (questioni

sulla cui fondatezza e rilevanza si rinvia a quanto già osservato nei paragrafi precedenti).

6.2.3. Ciò precisato, è da ritenersi fondata e deve essere pertanto accolta la censura con la quale l'appellante amministrazione di Pontassieve ha lamentato l'erroneo riconoscimento a titolo di risarcimento del danno in favore delle ricorrenti in primo grado della somma €. 7.788,46, quali spese per la predisposizione degli atti di gara.

Invero, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo per discostarsi, i costi sostenuti per la partecipazione alla gara non sono risarcibili dall'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto, in quanto la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese costi che ordinariamente restano a carico delle stese, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; i costi di partecipazione si configurano infatti come danno emergente (e sono quindi risarcibili) solo nel caso in cui l'impresa sia stata illegittimamente esclusa dalla gara, atteso che in questo caso viene in rilievo la pretesa del partecipante a non essere coinvolto in trattative inutili (C.d.S., sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5168; 18 marzo 2011).

Del resto non è ammissibile che attraverso il risarcimento del danno per equivalente l'impresa possa conseguire un beneficio (astrattamente) maggiore di quello che avrebbe conseguito con la aggiudicazione.

E' stato anche precisato che in sede di liquidazione del risarcimento del danno per mancata aggiudicazione di una gara di appalto non è configurabile una responsabilità delle parti per spese e danni processuali, atteso che si verte pur sempre in tema di diritti costituzionalmente garantiti e che per quanto riguarda in special modo le spese legali (sostenute per l'annullamento della gara) si tratta di danni in realtà successivi all'aggiudicazione e sono indirettamente legati a quest'ultima e come tali non risarcibili (C.d.S., sez. V, 5 novembre 2009, n. 6873; sez.VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

6.2.3. Quanto alla determinazione dell'ammontare del danno, stimato dal consulente tecnico d'ufficio nominato dai giudici di primo grado, in €. 373.159,00, in relazione ai tre anni di durata del contratto oggetto dell'appalto, la Sezione è dell'avviso che essa non meriti alcuna censura.

Come si è già accennato le deduzioni svolte al riguardo dall'amministrazione appellante muovono dall'erroneo presupposto dell'inidoneità ovvero della non realizzabilità dell'offerta dell'A.T.I. Ides s.r.l., omettendo di considerare che, così come si è detto, detta offerta era stata già positivamente valutata dalla commissione giudicatrice; costituiscono inoltre mere argomentazioni contrarie, prive di qualsiasi supporto probatorio, quelle concernenti la pretesa sopravvalutazione dell'utilizzo della capacità di trattamento della capacità residua (c.d. extraflusso).

Per contro deve rilevarsi che la stima del danno appare

correttamente improntata alla puntuale e prudente individuazione delle singole voci di ricavo e dei costi che ragionevolmente avrebbero caratterizzato il servizio oggetto di appalto nel periodo contrattuale: sul punto deve ancora sottolinearsi, per un verso, che l'amministrazione appellante non ha provato, né ha fornito elementi indiziati al riguardo, circa l'eventuale aliunde perceptum da parte delle ricorrenti in primo grado, mentre per altro verso non può nel caso di specie neppure farsi riferimento al criterio forfettario del 10% dell'utile che si sarebbe conseguito, in quanto oggetto dell'appalto era non solo la gestione degli impianti di depurazione e di trattamento delle acque di fognatura (per la quale soltanto era indicato un importo a base d'asta, oggetto di ribasso in sede di offerta), ma anche la concessione dell'utilizzo della capacità di trattamento residuo, così che del tutto correttamente il consulente tecnico ha stimato il danno tenendo conto della complessiva attività (triennale) che sarebbe stata espletata dall'aggiudicataria A.T.I. Ides s.r.l.

L'appello principale deve essere accolto nei limiti indicati.

6.3. Non merita invece favorevole apprezzamento l'appello incidentale.

Infatti:

a) quanto all'arco temporale da considerare ai fini della determinazione del danno, non poteva che tenersi conto, come correttamente operato dal consulente tecnico d'ufficio, della durata triennale del contratto, così come previsto dal bando di gara: la

proroga biennale, pure prevista, non costituiva un effetto automatico e vincolato dell'originario vincolo contrattuale, ma presupponeva una autonoma valutazione discrezionale della stazione appaltante ("previo accertamento della ragioni di convenienza e di pubblico interesse ai sensi dell'art. 44 della legge n. 742/1994"), così che rispetto ad essa l'aggiudicatario non poteva vantare alcun diritto;

b) quanto al risarcimento dei danni conseguenti agli asseriti minori oneri finanziari che, secondo la loro prospettazione, gli appellanti incidentali avrebbero sostenuto se avessero potuto disporre della liquidità derivante dal contratto di appalto, si tratta di un danno del tutto ipotetico e non provato, tanto più che gli importi indicati nella consulenza tecnica d'ufficio come ricavi dall'attività di funzionamento non costituiscono neppure entrate effettive e reali, ma solo stile prudenziali e ragionevole ai soli fini della quantificazione del danno risarcibile e non possono pertanto in alcun modo essere valutato come fonti certe di guadagno che avrebbero limitato o reso meno gravosa l'asserita posizione finanziaria degli appellanti (posizione anche questa data per presupposta, me giammai provata;

c) come si è già avuto modo di rilevare, le spese sostenute per la partecipazione alla gara e quella legali non costituiscono poste risarcibili, mentre l'abbattimento operato dal consulente tecnico d'ufficio del 30% del quantitativo di extraflusso, cui corrispondere un analogo abbattimento degli stimati ricavi, non è meritevole di

censura perché tale decurtazione è stata adeguatamente e ragionevolmente motivata, riguardando soltanto i primi otto mesi di funzionamento dell'impianto, nei quali si giustifica una ridotta attività dello stesso dovuto ai tempi di avviamento ed alla necessità dei notori interventi per portare l'attività dell'impianto a regime; né del resto le appellanti hanno effettivamente fornito prove per confutare adeguatamente le condivisibili conclusioni del consulente tecnico d'ufficio.

7. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, deve essere accolto in parte l'appello principale, nei sensi di cui in motivazione, e deve essere invece respinto l'appello incidentale; per l'effetto, in parziale riforma della impugnata sentenza, deve essere accolto in parte il ricorso di primo grado, pure nei sensi di cui in motivazione.

La reciproca soccombenza e la peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dal Comune di Pontassieve e sull'appello incidentale spiegato dalle società Ladurner S.p.A. e Hydra s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Toscana, sez. II, n. 279 del 7 marzo 2008, accoglie in parte il primo, nei sensi di cui in motivazione, e respinge il secondo e, per l'effetto, in parziale riforma

della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso di primo grado, nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/07/2012

IL SEGRETARIO

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