**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6142 del 2010, proposto da:
Monsud S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Barra, Maria Antonietta Barra, con domicilio eletto presso Giuseppe Mazzitelli in Roma, via Eudo Giulioli, 47/B/18;

***contro***

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS n. 13312/2010, resa tra le parti, concernente esclusione dall'appalto integrato per la progettazione e l'esecuzione lavori per adeguamento infrastrutture per esigenza allievi marescialli - fabbricato aeroporto di Viterbo - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Alessandra Bruni;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, la società Monsud s.p.a. impugna la sentenza 25 maggio 2010 n. 13312, con la quale il TAR per il Lazio, sez. I-bis, ha respinto il suo ricorso, proposto avverso il provvedimento di esclusione dalla gara per l'appalto integrato per la progettazione e l'esecuzione dei lavori per adeguamento infrastrutture per esigenze allievi marescialli, fabbricato aule didattiche e laboratori didattici – aeroporto di Viterbo.
L'esclusione della società è stata disposta per "assenza della dichiarazione di avvenuto sopralluogo", a fronte del disciplinare di gara che, al punto 6.1, dispone che "la documentazione amministrativa è composta, pena esclusione . . . " anche da "dichiarazione di avvenuto sopralluogo, rilasciata dall'Ente responsabile del sopralluogo di cui al successivo punto 7".

La sentenza impugnata – rigettata una eccezione di inammissibilità del ricorso – afferma:

- la società ha espressamente dichiarato di "conoscere ed incondizionatamente accettare il bando di gara ed il relativo disciplinare con riferimento a tutte le clausole, dati e prescrizioni del capitolato ad esso allegato", di modo che "difficilmente può, a posteriori, lamentare l'applicazione di una clausola del disciplinare di gara accettato";
- poiché la società ha omesso di presentare l'attestato di avvenuto sopralluogo, in considerazione di una precisa prescrizione in tal senso "non è consentito considerare una mera irregolarità sanabile l'omessa presentazione dell'attestato di sopralluogo, né è consentito superare quanto stabilito dalla lex specialis di gara richiamando l'art. 18 della l. 7 agosto 1990 n. 241";
- peraltro, non risulta applicabile l'art. 18 l. n. 241/1990 nel caso di specie, poiché "la dichiarazione richiesta non riproduce necessariamente dati desumibili da atti preesistenti presso l'amministrazione procedente o altra amministrazione, ma fa fede di un'attività di controllo direttamente compiuta dall'Ente responsabile del sopralluogo eseguito dall'impresa. Questa attività ricognitiva trova fondamento nella prescrizione del disciplinare ed esaurisce la propria funzione nell'ambito della procedura concorsuale, sicché l'ente responsabile era unicamente tenuto a rilasciare l'attestazione all'impresa a conclusione del sopralluogo, perché provvedesse a presentarla in allegato all'offerta, come previsto dalla clausola".

Avverso tale decisione, vengono proposti i seguenti motivi di impugnazione:

a) violazione e falsa applicazione artt. 24 e 113 Cost.; art. 376 c.p.c.; contraddittorietà della motivazione; poiché "l'accettazione espressa delle clausole contenute nel bando di una procedura ad evidenza pubblica non implica rinuncia e pertanto non preclude l'impugnazione della lex specialis come dell'atto applicativo dal quale deriva la lesione dell'interesse del partecipante;

b) erronea interpretazione e falsa applicazione artt. 1, co. 2, e 18 l. n. 241/1990; art. 71 DPR n. 554/1999 e 1 DPR n. 445/2000; art. 12 ss. Disp. prel. c.c.; violazione dei principi regolanti il giusto procedimento e della massima partecipazione alle gare; eccesso di potere per aggravamento del procedimento; contraddittorietà ed erroneo presupposto in fatto della motivazione; ciò in quanto "la prescrizione sanzionata a pena di esclusione contenuta nella lex specialis onera i partecipanti alla procedura selettiva di allegare alla domanda il certificato di compiuta visita dei luoghi di lavoro redatto e rilasciato dalla stessa stazione appaltante – che pure ne deteneva il possesso tanto da averne rilasciato copia in seguito all'istanza di accesso agli atti – si pone in palese contrasto con l'esigenza di semplificazione amministrativa e con il divieto di aggravamento del procedimento"; d'altra parte, le amministrazioni devono acquisire di ufficio "i documenti, necessari all'istruttoria, già in loro possesso".

L'appellante ripropone, inoltre, la domanda di risarcimento del danno subito per la illegittima esclusione, quantificandolo nella somma "pari al 10 % dell'importo a base di gara come ribassato nell'offerta dell'appellante", o, in subordine, la diversa somma ritenuta dal giudice "tenuto conto delle potenzialità di successo del ricorrente, del numero dei concorrenti e della misura del ribasso offerto". L'appellante chiede, inoltre, il cd. danno curriculare "per la perdita della possibilità dell'impresa di arricchire il proprio curriculum professionale".

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa, che – preliminarmente ribadita l'inammissibilità del ricorso instaurativo del giudizio di I grado per tardività – ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

DIRITTO

2. Preliminarmente, il Collegio deve rigettare l'eccezione di inammissibilità del ricorso instaurativo del giudizio di primo grado, stante la sua infondatezza (il che rende superfluo esaminare se l'eccezione sia stata ritualmente proposta per il tramite di appello incidentale, proposto con la memoria di costituzione).

Ed infatti, l'impresa attuale appellante ha impugnato, in primo grado, per il tramite del provvedimento di esclusione anche la clausola del bando dalla quale la causa di esclusione è prevista; e ciò in quanto l'interesse ad

agire contro quest'ultima sorge per il tramite dell'atto amministrativo (provvedimento di esclusione) che di essa fa applicazione.

Né rileva – come pure affermato dalla sentenza di primo grado – che l'avere dichiarato di "conoscere ed incondizionatamente accettare il bando di gara ed il relativo disciplinare con riferimento a tutte le clausole, dati e prescrizioni del capitolato ad esso allegato", renderebbe difficile "a posteriori, lamentare l'applicazione di una clausola del disciplinare di gara accettato".

E', infatti, del tutto evidente che l'amministrazione non può subordinare la partecipazione ad una gara ad una preventiva dichiarazione "liberatoria" in ordine alle clausole del bando che regola la medesima.

Ciò si pone in contrasto sia con gli artt. 24 e 113 Cost. (che prevedono e garantiscono il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione), sia con gli stessi principi di imparzialità e buon andamento amministrativo, volti anche a tutelare la par condicio di coloro – imprese e cittadini – che entrano in contatto con la P.A., al fine di instaurare con essa rapporti contrattuali, al tempo stesso così garantendo alla P.A. la più ampia possibilità di scelta del contraente più adeguato.

Le considerazioni ora espresse fondano l'accoglimento del primo motivo di appello.

E' analogamente fondato il secondo motivo (sub b dell'esposizione in fatto).

L'art. 18 della l. 7 agosto 1990 n. 241, prevede, tra l'altro, ai commi 2 e 3:

"2. I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti.

3. Parimenti sono accertati d'ufficio dal responsabile del procedimento i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare".

Appare, dunque, evidente come l'amministrazione (e per essa il responsabile del procedimento):

- per un verso, deve acquisire d'ufficio quei documenti, in proprio possesso o comunque istituzionalmente detenuti da altre amministrazioni, attestanti fatti, stati o qualità soggettivi";

- per altro verso, deve accertare d'ufficio quei fatti, stati o qualità che essa stessa è tenuta a certificare, non potendo addossare al privato partecipante al procedimento l'onere di documentazione di circostanze che è la stessa amministrazione procedente a dover certificare.

Proprio quest'ultima circostanza ricorre nel caso di specie, laddove il disciplinare di gara, nell'ambito delle "modalità di compilazione e presentazione del plico contenente l'offerta e i documenti a corredo", prevede che, tra la documentazione amministrativa da allegare a pena di esclusione, debba essere ricompresa la "dichiarazione di sopralluogo, rilasciata dall'Ente responsabile del sopralluogo", e dunque, in questo caso, dalla stessa amministrazione.

Non può, dunque, trovare adesione la sentenza appellata, laddove afferma che

"la dichiarazione richiesta non riproduce necessariamente dati desumibili da atti preesistenti presso l'amministrazione procedente o altra amministrazione, ma fa fede di un'attività di controllo direttamente compiuta dall'Ente responsabile del sopralluogo eseguito dall'impresa". E ciò in quanto:

- per un verso, l'ipotesi che ricorre nel caso di cui al presente giudizio è quella di cui al comma 3 dell'art. 18, avendo l'amministrazione richiesto al privato in un procedimento l'allegazione di una certificazione di un fatto che essa stessa doveva rilasciare;

- per altro verso, anche a voler sostenere che il caso in esame rientra nella generale ipotesi di cui al comma 2, il "fatto" dell'avvenuto sopralluogo era ormai documentato e "agli atti" della amministrazione procedente, che ben

poteva acquisire di ufficio copia del documento richiesto.

Da quanto esposto consegue sia l'illegittimità della clausola del bando che prevede, a pena di esclusione, la necessità di allegazione di un attestato in ordine ad un fatto, che la stessa amministrazione procedente è tenuta a rilasciare; sia l'illegittimità del provvedimento che tale esclusione ha disposto, in luogo di procedere ad una integrazione istruttoria, per di più da effettuarsi di ufficio.

Per le ragioni esposte, ed in relazione ad entrambi i motivi proposti, l'appello deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata ed annullamento degli atti oggetto di impugnazione con il ricorso instaurativo del giudizio di primo grado.

3. La domanda di risarcimento del danno, riproposta dall'appellante nel presente grado di giudizio, deve essere accolta, nei limiti di seguito esposti.

Questa Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi in tema di risarcimento del danno da perdita di chance (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012 n. 1957), esponendo considerazioni dalle quali non vi è motivo di discostasi nella presente sede.

Ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il danno è risarcibile soltanto laddove esso consiste in un danno/evento ingiusto, tale essendo quello consistente nella lesione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che fonda la sussistenza di una posizione soggettiva.

Deve trattarsi di un danno che presuppone la titolarità di un interesse apprezzabile, differenziato, giuridicamente rilevante e meritevole di tutela e che inerisce al contenuto stesso della posizione sostanziale.

Tale danno ingiusto deve essere inoltre ricollegabile, con nesso di causalità immediato e diretto, al provvedimento impugnato, e, nel caso in cui la posizione di interesse legittimo appartenga alla species del cd. interesse pretensivo, esso deve concernere l'ingiusto diniego o la ritardata emanazione di un provvedimento amministrativo richiesto.

Secondo questo Consiglio di Stato (sez. V, 2 febbraio 2008 n. 490) "il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile" e ciò è quello che "distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile".

In tal senso, la giurisprudenza ha ancorato il risarcimento del danno cd. "da perdita di chance" a indefettibili presupposti di certezza dello stesso, escludendo il caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita. Ed infatti, in tale ultimo caso, risulta pienamente esaustiva la tutela ripristinatoria offerta dall'annullamento e dalle sue conseguenze (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2004 n. 5440; sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1014; sez. VI, 23 luglio 2009 n. 4628; Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007 n. 15947).

In ogni caso, non si è ritenuto configurabile un danno risarcibile per equivalente, allorché, per effetto dell'annullamento del provvedimento amministrativo (nel caso considerato, aggiudicazione), vi sia ripetizione della attività amministrativa, e quindi il ripristino della chance del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011 n. 854; 24 gennaio 2011 n. 462; 28 agosto 2009 n. 5105).

Quanto al requisito soggettivo della colpa, questa deve essere valutata tenendo conto dei vizi che inficiano il provvedimento, della gravità delle violazioni ad essa imputabili (anche alla luce del potere discrezionale concretamente esercitato), delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati al procedimento (Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3827).

In definitiva, può affermarsi che, nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, la prova dell'esistenza del medesimo interviene in base ad una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua "certezza", la quale presuppone:

- in primis, l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale della quale possa assumersi essere intervenuta una lesione; e laddove vi è esercizio di potere tale posizione sostanziale è l'interesse legittimo;
- in secondo, l'esistenza di una lesione, che sussiste sia laddove questo possa essere a tutta evidenza e concretamente riscontrato, sia laddove vi sia "una rilevante probabilità del risultato utile" frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione.

Quanto a questo secondo aspetto, l'esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene:
- o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori (ad esempio, con riferimento alle gare d'appalto, si è in presenza di un contratto eseguito o in esecuzione, che avrebbe dovuto essere certamente eseguito da una diversa impresa, in luogo di quella beneficiaria di aggiudicazione illegittima);
- o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza;
- ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. "più probabile che non" (Cass. civ., n. 22022/2010), e cioè "alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali" (Cass., sez. III civ., n. 22837/2010).

Nel caso dei procedimenti di gara o di concorso, la posizione giuridica sostanziale del partecipante assurge sicuramente ad interesse legittimo (pretensivo) con riferimento all'ammissione a partecipare alla gara o alle prove del concorso medesimo, ovvero in relazione ad una valutazione delle prove o dell'offerta svolte non immune da vizi di legittimità.

Tali situazioni giuridiche, tuttavia, possono ricevere tutela - sol che il titolare la richieda onerandosi del rispetto delle norme procedurali previste - eminentemente sul piano ripristinatorio, mediante annullamento del provvedimento illegittimo e, prima ancora, mediante l'adozione di provvedimenti cautelari da parte del giudice.

Ciò in quanto, nell'interesse legittimo pretensivo, l'oggetto della posizione, tale da definirne il contenuto sostanziale (nel cd. lato interno della relazione) non è un "bene" già esistente nel patrimonio giuridico del titolare, bensì la stessa possibilità di conseguimento di un utilitas per il tramite dell'esercizio del potere amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2011 n. 4644).

E' del tutto evidente che l'illegittimo esercizio del potere comporta un vulnus per la posizione giuridica di interesse legittimo. Ma tale vulnus – afferendo, a tutta evidenza, ad una situazione dinamica di possibilità di conseguimento di una utilitas – non può che ricevere riparazione se non per il tramite di una tutela del tipo ripristinatorio, per mezzo, cioè, dell'annullamento dell'atto, che consente il riesercizio del potere amministrativo, e quindi il ristabilirsi della "chance di conseguimento dell'utilità finale".

E ciò con la sola eccezione – come affermano le stesse Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 6594/2011, ma in tal senso già la sent. n. 500/1999) – di ipotesi di istanze obiettivamente fondate, tali definibili sulla base della situazione concreta dell'istante, dell'assetto normativo applicabile al caso di specie, e del concreto modus agendi, in ipotesi analoghe, della Pubblica Amministrazione.

In questo senso deve essere interpretata anche quella giurisprudenza (Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005 n. 6), che afferma come "anche con riferimento alla perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, sembra preferibile conformarsi al criterio equitativo . . . (già adottato qualche volta dalla giurisprudenza amministrativa), riconoscimento al concorrente dell'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta", o che aggiunge altre voci di danno risarcibile, tra le quali il cd. danno curriculare (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; sez. V., 23 luglio 2009 n. 4594).

Nel caso di esclusione dalla gara, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance, occorre fornire

prova certa in ordine alla circostanza che l'offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al concorrente medesimo, di modo che questi si vede privato sia del "lucro", derivante dall'esecuzione del contratto, sia dell'acquisizione di un elemento curriculare positivo, da far valere in ulteriori e successive procedure di gara.

Il risultato interpretativo ora esposto non costituisce, peraltro, una "singolarità" dell'interesse legittimo e delle sue possibilità di tutela risarcitoria.

Al contrario, esso sembra trovare indiretta conferma nella giurisprudenza, anche del giudice civile, in tema di responsabilità precontrattuale, dove (peraltro con ben più accentuato fondamento) uno dei potenziali contraenti confida nella positiva conclusione del contratto.

Ebbene, in questi casi - che pure sono fondati sul ben più pregnante affidamento ingenerato in uno dei potenziali contraenti dal comportamento dell'altra parte, e per i quali non è ovviamente prevista alcuna altra forma di tutela, e segnatamente quella ripristinatoria - la giurisprudenza àncora il risarcimento del danno al cd. "danno emergente per spese sostenute" (oltre alle eventuali occasioni contrattuali perse, in ordine alle quali occorre fornire prova rigorosa); e ciò in quanto questo si colloca nei limiti del cd. interesse negativo, e cioè dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale (Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 1977 n. 73; Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008 n. 6264). Esula, dunque, dalla ricostruzione del danno risarcibile, ogni profilo di "lucro cessante" (cui occorre riportare il danno da perdita di chance).

Nel caso di specie, non vi è alcuna prova che l'appellante, quale impresa illegittimamente esclusa, avrebbe conseguito l'aggiudicazione e conseguentemente stipulato il contratto.

Al contrario, risulta invece evidente che l'appellante ha sostenuto le spese di partecipazione alla gara (danno emergente) senza poter conseguire il (pur limitato) risultato di poter partecipare alla gara medesima, e ciò per effetto dell'illegittima esclusione disposta dall'amministrazione.

Ne consegue che la proposta domanda di risarcimento del danno deve essere accolta nei limiti delle spese sostenute dall'impresa appellante - e da essa documentabili - per la partecipazione alla gara.

In considerazione della complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Monsud s.p.a. (n. 6142/2010) lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

a) accoglie la domanda di annullamento di cui al ricorso instaurativo del giudizio di I grado ed annulla gli atti con il medesimo impugnati;

b) accoglie la domanda di risarcimento del danno, nei limiti di cui in motivazione;

Compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

**L'ESTENSORE** **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2014

IL SEGRETARIO

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