

"Omissis"

FATTO e DIRITTO

1.-La M.P. s.r.l. ha chiesto, ai sensi dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm. l'esecuzione per equivalente del giudicato di cui alla sentenza 20 luglio 2021, n. 5463, con la quale la Sezione, in accoglimento dell'appello della odierna ricorrente, ha annullato l'aggiudicazione, disposta dalla centrale unica di committenza Senise-Episcopia in favore della Epi Edil s.a.s., della procedura aperta per l'affidamento dello "*appalto dei lavori di adeguamento sismico dell'edificio sede della scuola primaria, sito in via Ing. G. Br. del Comune di Episcopia*".

La sentenza, in particolare, ha ritenuto illegittima la *lex specialis*, in relazione alle clausole che hanno incluso l'offerta tempo nell'ambito di quella tecnica (anziché di quella economica), derivandone in via consequenziale l'illegittimità dell'aggiudicazione (che ha riconosciuto il punteggio a tale titolo alla società Epi Edil, in violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, e invece zero punti alla ricorrente) con conseguente obbligo di integrale rinnovazione della procedura di gara.

A seguito dell'atto di significazione e diffida della M.P. s.r.l., il Comune di Episcopia ha rappresentato, con nota in data 2 agosto 2021, l'impossibilità di procedere alla riedizione della gara ed al subentro di altro operatore essendo ormai i lavori in fase di ultimazione.

2. - Con il presente ricorso la M.P. s.r.l. chiede, ai sensi dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., in sede di ottemperanza, il risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato. Configura la pretesa in termini di danno da mancata aggiudicazione, comprensivo del danno emergente (connesso alle spese sostenute per la partecipazione alla gara), per un importo di euro 18.000,00, e del lucro cessante (inteso come mancato profitto e come danno curricolare) pari ad euro 75.000,00; chiede infine il rimborso del contributo unificato relativo ai due gradi di giudizio (pari ad euro 10.000,00).

3. - Si è costituito in resistenza il Comune di Episcopia eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

4. - Nella camera di consiglio del 10 novembre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. - Occorre, ai fini del decidere, preliminarmente enucleare i limiti oggettivi del giudicato "da ottemperare".

La sentenza della Sezione ha ritenuto, attribuendo valore ermeneutico assorbente alle clausole di cui ai punti 4.1 e 7 del disciplinare di gara, illegittima la *lex specialis* di gara, nella parte in cui include l'offerta tempo nell'ambito di quella tecnica, per violazione del principio di segretezza dell'offerta economica; ha altresì statuito l'illegittimità in via derivata dell'aggiudicazione in favore di Epi Edil s.a.s.; per l'effetto, come conseguenza dell'annullamento della *lex specialis*, ha disposto l'integrale rinnovazione della procedura di gara.

6. - Tale premessa è funzionale a valutare la fondatezza della domanda risarcitoria per equivalente della ricorrente, prospettata in termini di danno da mancata illegittima aggiudicazione, in un contesto in cui il giudicato ha disposto

la rinnovazione della gara, senza accertare la specifica spettanza del bene della vita, schiudendo pertanto la strada ad un danno da perdita di *chance*.

Si deve peraltro valutare la specificità della fattispecie, in cui l'odierna ricorrente era risultata seconda graduata per effetto della mancata attribuzione del punteggio relativo all'offerta tempo, in quanto inserita dalla stessa nell'offerta economica, a fronte di una piena valutazione del criterio "C-Riduzione in giorni sul tempo di esecuzione" in favore della Epi Edil s.a.s., che tale offerta aveva incluso nell'ambito dell'offerta tecnica, in coerenza con la clausola della *lex specialis*, ritenuta illegittima dal giudicato.

Il problema si pone, evidentemente, con riguardo alla richiesta delle voci di danno attinenti al lucro cessante.

Non occorre peraltro approfondire tale tema, atteso che la richiesta di risarcimento del lucro cessante appare sfornita di prova e deve dunque essere respinta.

La ricorrente si è limitata ad affermare che il lucro cessante ammonti ad euro 75.000,00, includendo in tale voce il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto) e il danno curricolare (e cioè il pregiudizio causato all'impresa dal mancato arricchimento del *curriculum* e dell'immagine professionale per non poter indicare nello stesso l'avvenuta esecuzione dell'appalto), senza peraltro dimostrare e neppure dettagliatamente allegare come tale importo sia determinato.

Non attengono al mancato utile le fatture, versate in atti, relative al noleggio e/o all'acquisto dei materiali di cantiere non utilizzati a causa della mancata commessa, che peraltro non risultano, con sufficiente margine di evidenza, riferibili all'appalto in questione e neppure i contratti di lavoro non rinnovati. Quanto all'acquisto del materiale di cantiere, va comunque precisato che lo stesso non sarebbe ristorabile, difettando la prova che il ricorrente non abbia potuto utilizzarlo in altri lavori; opera invero la presunzione per cui chi partecipa alle gare non tiene ferme le proprie risorse, ma le impiega in altri appalti.

È noto come, per costante giurisprudenza, spetti all'impresa danneggiata offrire la prova rigorosa dell'utile di impresa che avrebbe in concreto conseguito ove fosse risultata aggiudicataria, e dunque del danno che assume di avere sofferto, atteso che nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento; la stessa valutazione equitativa (ai sensi dell'art. 1226 Cod. civ.) è consentita solamente in presenza di una situazione di impossibilità, o comunque di estrema difficoltà, di una precisa prova sull'ammontare del danno (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2).

La giurisprudenza ha anche affermato l'inapplicabilità del criterio forfettario del dieci per cento dell'importo a base d'asta per la quantificazione della perdita dell'utile conseguente ad illegittima mancata aggiudicazione, in quanto il danno deve essere provato e deve avere riguardo al margine di utile effettivo quale ritraibile dal ribasso offerto dall'impresa nel corso della gara (così, tra le tante, Cons. Stato, III, 22 luglio 2020, n. 4685).

Tale esito decisorio (di reiezione della domanda) si impone anche per il danno curricolare, in relazione al quale la giurisprudenza più recente richiede che venga fornita in sede giurisdizionale una prova adeguata in ordine sia all'*an* che al *quantum* (in termini Cons. Stato, III, 6 dicembre 2021, n. 8160; V, 19 maggio 2021, n. 3892). Il risultato non cambierebbe peraltro, nel caso di specie, anche

nell'ipotesi di definizione equitativa del danno curricolare, che andrebbe comunque calcolato in misura proporzionale all'importo riconosciuto a titolo di lucro cessante (Cons. Stato, VI, 27 marzo 2019, n. 2036).

A questo riguardo, generica è l'allegazione, peraltro formulata in via dubitativa e ipotetica, secondo cui il danno curricolare sarebbe ravvisabile nel non miglioramento della attestazione SOA rilasciata per il 2021, che avrebbe potuto cambiare (per categoria e classe) in caso di affidamento del lavoro oggetto di controversia. Il danno curricolare, nella prospettiva della mancata acquisizione di un livello superiore della qualificazione posseduta, deve infatti porsi come conseguenza diretta e immediata della mancata aggiudicazione (Cons. Stato, V, 7 novembre 2022, n. 9785).

7. - Residua la disamina della domanda di risarcimento del "danno emergente". Ribadito preliminarmente quanto già esposto in termini di onere della prova, occorre farsi carico dell'assunto difensivo dell'amministrazione resistente secondo cui la domanda sarebbe inammissibile in quanto dal giudicato non emergerebbe l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale (finalizzata all'aggiudicazione) e comunque non sarebbe postulabile l'antigiuridicità, da riferire non già all'atto annullato, ma alla condotta posta in essere dalla stazione appaltante, che, in pendenza del giudizio, non ha sospeso i lavori, in ragione dell'esito del giudizio di primo grado, a sé favorevole, e dell'assenza di misure cautelari.

Tale tesi non appare al Collegio condivisibile.

L'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., secondo la lettura offertane dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2; V, 26 maggio 2020, n. 3342), estende infatti il rimedio risarcitorio ad un danno connesso all'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica ed è previsto anche per il caso in cui, pur non configurandosi un inadempimento (implicante la violazione o la elusione), non è possibile attuare il giudicato. La norma in questione presenta dunque i caratteri della responsabilità oggettiva, potendo essere esclusa solamente in caso di insussistenza originaria o sopravvenuta del nesso di causalità (ad esempio, sussistendo una causa di giustificazione), ipotesi, questa, inconfigurabile nel caso di specie.

Quanto al profilo del mancato accertamento della pretesa sostanziale, giova rilevare che ovviamente questa ipotesi ricorre con evidenza nel caso di "danno da mancata aggiudicazione"; ma non può trascurarsi che l'art. 112, comma 3, nel testo attualmente vigente, dispone che può essere proposta *"azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato"*. L'ambito della norma è dunque più ampio, in quanto l'accertata impossibilità di esecuzione in forma specifica dell'obbligo nascente dal giudicato, con attribuzione "in natura" del bene della vita (nella specie, quanto meno, la rinnovazione della gara), non estingue l'obbligazione, ma la converte, *ex lege*, in una diversa obbligazione di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto.

7.1. - Posta questa premessa, va rammentato che la ricorrente riconduce nel danno emergente le spese sostenute per la partecipazione alla gara e per la formulazione dell'offerta.

Occorre precisare che in caso di domanda di risarcimento per mancata aggiudicazione, le spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara

non possono essere risarcite, trattandosi di costi destinati a rimanere a carico dell'impresa sia in caso di aggiudicazione, che di mancata aggiudicazione. Il concorrente può pretendere il ristoro solamente allorché lamenti, in chiave di responsabilità precontrattuale, di averli inutilmente sostenuti per essere stato coinvolto, in violazione delle regole di correttezza e buona fede, in una trattativa inutile.

In ragione anche della peculiarità del rimedio azionato, traente il proprio presupposto dall'impossibilità sopravvenuta di esecuzione in forma specifica del giudicato, devono ritenersi risarcibili i costi sostenuti per la formulazione dell'offerta, individuati dalla ricorrente, mediante gli scritti difensivi, nelle fatture dello Studio ing. Tr. e della Infordat Appalti s.r.l., oltre che nel costo del personale interno all'azienda utilizzato a tale scopo.

Quest'ultimo è del tutto indimostrato, e non è dunque suscettibile di utile apprezzamento.

Al contrario, deve essere risarcito il costo connesso alla fattura (n. 2/2020) dell'ing. Tr. (compenso professionale per incarico di predisposizione offerta tecnica migliorativa), pari ad euro 1.822,00, nonché gli importi riportati nelle fatture n. 282/2020 e n. 716/2020 della Infordat Appalti s.r.l., rispettivamente di euro 488,00 e di euro 732,00, per un totale di euro 3.042,00.

8. - Residua da esaminare la domanda di rimborso del contributo unificato relativo ai due gradi di giudizio di merito.

La domanda è fondata, nei termini di cui appresso.

A norma dell'art. 13, comma 6-*bis*. 1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, l'importo del contributo unificato va posto a carico della parte soccombente, anche in caso di compensazione delle spese di giudizio. Infatti l'obbligazione di pagamento del contributo unificato è tale *ex lege* per l'importo predeterminato e grava in ogni caso sulla parte soccombente, essendo sottratta alla potestà del giudice, sia quanto alla possibilità di disporre la compensazione, sia quanto alla determinazione del suo ammontare, tanto da non richiedere alcuna pronuncia in merito da parte del giudice stesso. Ne consegue che, da un lato, l'obbligazione del rimborso a carico del soccombente non necessita, ai fini della sua ottemperanza, dell'inserimento di una specifica statuizione nella sentenza e, dall'altro, che tale obbligazione grava sulla parte soccombente anche quando sia stata esonerata dal corrispondere le spese di lite alla controparte vittoriosa, avendo il giudice disposto la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

9. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso va accolto in parte, con conseguente condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento dei danni nella misura di euro 3.042,00, oltre che al rimborso del contributo unificato relativo ai due gradi del giudizio di cognizione.

Quanto alle spese di giudizio, vanno poste a carico dell'amministrazione resistente per la metà, in applicazione del criterio della soccombenza, risultando giustificata, in relazione all'esito decisorio, la compensazione parziale, e liquidate nella misura fissata nel dispositivo.

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie in parte il ricorso e, per l'effetto, condanna l'amministrazione resistente al risarcimento del danno, nella misura di euro

3.042,00, oltre che al rimborso del contributo unificato, nei sensi di cui alla motivazione.

Condanna l'amministrazione comunale resistente alla rifusione, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio, che, compensate per la metà, sono liquidate per la residua parte in complessivi euro duemila/00 (2.000,00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 04 GEN. 2023.