

Pubblicato il 22/08/2018

N. 05014/2018REG.PROV.COLL.

N. 00996/2014 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 996 del 2014, proposto da ..... s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in .....

***contro***

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati ..... e ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in .....; ....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso .....

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA – TRIESTE - SEZIONE I n. 00320/2013, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del ..... e della .....

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati .....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

Con la sentenza n. 716 del 26 ottobre 2009, il T.A.R. Friuli-Venezia-Giulia si pronunciava, in senso reiettivo, sul ricorso con il quale la società ..... s.r.l., odierna appellante, gravava, con riferimento al lotto n. 5, gli atti della gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura di "plusosimetri e monitor multi parametrici trasportabili per le Aziende del Servizio Sanitario Regionale", indetta ed espletata dal ..... (ora Azienda Ospedaliera Universitaria .....).

Con il ricorso suindicato, la società ricorrente aveva contestato, in particolare, la dichiarazione di inammissibilità della sua offerta economica, adottata dalla stazione appaltante sulla scorta della seguente motivazione: "...in quanto contrariamente a quanto previsto nel capitolato speciale di gara che prevedeva la quotazione obbligatoria di tutti gli accessori, la stessa è risultata priva della quotazione del modulo aggiuntivo di memoria come opzionale/accessorio", desumendone che l'offerta non era stata "...redatta secondo le prescrizioni dell'articolo 6 delle norme di partecipazione alla gara".

L'appalto veniva conseguentemente aggiudicato alla società ..... s.r.l., con la quale l'amministrazione appaltante stipulava in data 27 gennaio 2009 il relativo contratto.

Il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado – il quale, va evidenziato, conteneva anche la domanda di risarcimento del danno – veniva respinto dal T.A.R., con la sentenza suindicata, sulla scorta della ritenuta infondatezza dei motivi di ricorso.

Proposto dalla società soccombente appello avverso la sentenza di primo grado, la V Sezione di questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7270 del 1° ottobre 2010, in riforma della stessa, lo accoglieva, evidenziando l'insussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione dell'impugnato provvedimento di esclusione: ciò in quanto "dall'esame della documentazione in atti non vi è dubbio che l'offerta della ..... s.r.l. contenesse effettivamente tutti gli elementi indicati nell'articolo 5 delle Norme di partecipazione alla gara ed in particolare l'indicazione del prezzo unitario, in cifre ed in lettere, dell'apparecchiatura offerta nella configurazione presentata, con dettaglio dei codici, del nome commerciale e della configurazione offerta, nonché, a titolo di specificazione, anche l'indicazione in dettaglio dei singoli prezzi di tutti gli accessori opzionali disponibili (non inseriti nell'offerta base) (...) Il fatto che detta offerta, come accertato in sede di verifica dal seggio di gara, fosse asseritamente priva della quotazione del modulo aggiuntivo di memoria (circostanza questa che non è affatto contestata) non ne consentiva la declaratoria di non conformità alle prescrizioni della *lex specialis* della gara e non ne giustificava la esclusione dalla gara, atteso che tale elemento non costituiva un elemento aggiuntivo (opzionale) rispetto alla configurazione base dell'apparecchiatura offerta, ma costituiva invero un elemento proprio della predetta configurazione base, così che non era ipotizzabile neppure una sua autonoma quotazione".

*In limine*, il giudice di appello aveva cura di precisare "per completezza che non risulta riproposta in appello la domanda risarcitoria avanzata in primo grado".

Con il ricorso n. 72/2011, l'odierna appellante adiva nuovamente il T.A.R. Friuli-Venezia-Giulia con domanda risarcitoria, ma la stessa veniva dichiarata inammissibile con la sentenza appellata con il ricorso in esame, sulla scorta dei seguenti passaggi motivazionali:

"Risulta che la domanda risarcitoria, pur proposta in primo grado, non è stata riproposta in appello, onde la ricorrente non può avvalersi della sentenza del Consiglio di Stato per chiedere, in questa sede, il risarcimento del danno, negato dal TAR e non impugnato. Di conseguenza il ricorso va dichiarato inammissibile".

Mediante i motivi di appello proposti avverso la suddetta sentenza, viene in primo luogo censurata la statuizione di inammissibilità da essa recata, facendo essenzialmente leva sul carattere dipendente della domanda risarcitoria rispetto a quella caducatoria e sull' "effetto espansivo interno" che ex art. 336 c.p.c. - disposizione cui viene attribuita portata generale - deriverebbe dalla sentenza di annullamento del giudice di appello nei confronti della decisione negativa sulla domanda risarcitoria adottata dal giudice di primo grado, e comunque contestando che sulla domanda risarcitoria si sia formato il giudicato (sostanziale).

Nel merito, viene riproposta la domanda risarcitoria avanzata in primo grado, evidenziando la parte appellante che essa, avendo conseguito il migliore piazzamento nella graduatoria conclusiva della gara, tanto da essere stata dichiarata (prima dell' illegittimo provvedimento di esclusione) aggiudicataria provvisoria, meritava l' aggiudicazione definitiva della stessa, ove non ne fosse stata illegittimamente esclusa.

Ai fini della quantificazione del danno (determinato in € 134.000,00, oltre accessori), la parte appellante richiama la documentazione depositata in primo grado (in particolare, la tabella di cui al documento n. 31) ai fini della dimostrazione del mancato guadagno e chiede, comunque, l' espletamento di apposita c.t.u..

La Regione ..... eccepisce preliminarmente la sua carenza di legittimazione passiva, già dedotta in primo grado, opponendosi comunque all' accoglimento dell' appello.

Si è altresì costituita l' Azienda Ospedaliera Universitaria ..... la quale, oltre a ribadire l' inammissibilità della domanda risarcitoria (assumendo che la stessa, ai sensi dell' art. 101, comma 2, c.p.a., deve intendersi rinunciata, con la conseguente formazione del giudicato sul corrispondente capo reiettivo contenuto nella sentenza n. 716/2009), contesta il *quantum* del risarcimento preteso dalla parte appellante, allegando che ai fini della sua determinazione, nella misura suindicata, vengono considerate forniture (di *optionals* ed accessori) e servizi (di manutenzione post-garanzia) di cui le Aziende Sanitarie non hanno di fatto beneficiato, non essendosi avvalse della relativa facoltà contemplata dalla *lex specialis* ma essendosi limitate a richiedere la fornitura nella configurazione base del lotto n. 5, pur incrementata nel numero originariamente previsto di *monitors*.

Tanto premesso in punto di fatto, e venendo alle valutazioni del collegio, deve preliminarmente disporsi l' estromissione dal giudizio della Regione ....., in accoglimento della relativa eccezione, non promanando da essa (ma dall' Azienda Ospedaliera Universitaria ....., subentrata al Centro Servizi Condivisi della Regione ..... ) gli atti dalla cui adozione è derivato il danno di cui viene chiesto il ristoro per equivalente.

Nel merito, è fondato il motivo di appello inteso a lamentare l' erroneità della declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, fondata sulla mancata riproposizione, nell' ambito del giudizio di appello instaurato avverso la sentenza del T.A.R. Friuli-Venezia-Giulia n. 716/2009, della domanda risarcitoria accanto a quella di annullamento dei provvedimenti originariamente impugnati.

Deve invero osservarsi, in primo luogo, che il T.A.R., con la sentenza citata, non ha statuito espressamente in ordine alla domanda di risarcimento del danno, considerandola (non rileva se impropriamente o meno) assorbita (dal pronunciato rigetto della domanda di annullamento).

La citata sentenza non fa infatti alcuna menzione, nella sua portata motivazionale e nel suo esito dispositivo, della domanda risarcitoria: né ne statuisce espressamente il rigetto, anche solo quale conseguenza della insussistenza di alcuno dei suoi elementi costitutivi (compreso quello attinente alla

ingiustizia del danno, di cui la illegittimità del provvedimento lesivo costituisce una componente ineliminabile, sebbene – come è noto - non esclusiva).

E' altresì indiscussa (oltre che espressamente rilevata dal giudice di appello con la sentenza n. 7270/2010) la mancata riproposizione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., della medesima domanda risarcitoria.

Tuttavia, a prescindere dagli effetti caducanti eventualmente derivanti, ai sensi dell'art. 336, comma 1, c.p.c., dalla "riforma o dalla cassazione parziale sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata" e dalla applicabilità della norma al processo amministrativo (ai sensi dell'art. 39, comma 1, c.p.a., a mente del quale "per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali"), deve osservarsi che, in base al disposto di cui al già citato art. 101, comma 2, c.p.a., "si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello": ebbene, proprio alla luce di tale ultima disposizione, è evidente che, anche ammesso che la domanda risarcitoria abbia costituito oggetto di rinuncia (*ex lege*, quale conseguenza della sua mancata riproposizione in appello), la rinuncia medesima non potrebbe costituire ostacolo alla ripresentazione della suddetta domanda nell'ambito di un autonomo giudizio, nel rispetto (di fatto avvenuto), del termine di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a..

Come statuito da questo Consiglio di Stato (cfr. Sezione IV, n. 2666 del 4 maggio 2018), infatti, "nel processo amministrativo la rinuncia alla domanda non va confusa con la rinuncia agli atti del giudizio atteso che, nel caso di rinuncia agli atti del giudizio, si può parlare di estinzione del processo, cui consegue una pronuncia meramente processuale, potendo essere la domanda riproposta nel caso in cui siano ancora aperti i termini per far valere in giudizio la pretesa sostanziale; la rinuncia all'azione comporta, invece, una pronuncia con cui si prende atto di una volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguente inammissibilità di una riproposizione della domanda; in quest'ultimo caso non vi può essere estinzione del processo, in quanto la decisione implica una pronuncia di merito, cui consegue l'estinzione del diritto di azione, atteso che il giudice prende atto della volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta nel processo" (*ex multis*, di recente, Consiglio di Stato sez. III 21 giugno 2017 n. 3058)".

Ebbene, non può revocarsi in dubbio che una volontà rinunciativa *ex lege*, quale quella derivante dall'applicazione dell'art. 101, comma 2, c.p.a., non può assumere di per sé valenza di volontà di rinunciare alla pretesa sostanziale, con la conseguente limitazione dei relativi effetti al processo nell'ambito del quale si sia perfezionata e senza preclusioni di sorta in ordine alla riproposizione della relativa domanda in un altro contesto processuale.

Rimosso, quindi, l'ostacolo all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ravvisato dal giudice di primo grado nella sua inammissibilità, deve rilevarsi che la stessa è meritevole di accoglimento.

La soluzione affermativa, quanto all'*an* della pretesa risarcitoria, è insita, dal punto di vista oggettivo, nella indubbia spettanza alla società appellante del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione del contratto, essendone risultata meritevole la sua offerta, sulla base dell'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: aggiudicazione, già ottenuta in via provvisoria, di cui solo l'adozione dell'illegittimo provvedimento di esclusione ha impedito il consolidamento nella forma definitiva.

Sempre sul piano oggettivo, è incontestato che il contratto, stipulato dalla stazione appaltante con la società ..... s.r.l. in data 27 gennaio 2009, ha avuto completa esecuzione, attesa la sua durata annuale: in tal modo precludendo alla parte appellante di ottenere il soddisfacimento del suo interesse sostanziale mercé gli effetti ripristinatori e conformativi conseguenti alla sentenza di appello n. 7270/2010 e lasciando residuare, come riconosciuto dalla stessa sentenza qui appellata, il (solo) rimedio risarcitorio per equivalente.

Quanto invece all'elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria, non può non richiamarsi, per dimostrare l'irrilevanza di una sua specifica dimostrazione da parte del soggetto interessato, quanto statuito da questo Consiglio di Stato (cfr., ad es., Sez. V, n. 772 del 25 febbraio 2016), nel senso che "la giurisprudenza ormai consolidata di questo Consiglio di Stato esclude che tale questione (della colpa: *n.d.e.*) abbia rilievo ai fini dell'affermazione della responsabilità delle stazioni appaltanti per i danni da illegittima aggiudicazione (da ultimo, tra le numerosissime: Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839; Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 802, 13 dicembre 2013, n. 6000; Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 285, 31 dicembre 2014, n. 6450, 21 giugno 2013, n. 3397, 18 febbraio 2013, n. 933; Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, 28 luglio 2015, n. 3728). Ciò in conformità ai vincolanti principi di diritto espressi nella sentenza della Corte di giustizia sopra citata, nella quale è specificato che nei giudizi sugli appalti pubblici il rimedio del risarcimento per equivalente monetario "può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva (...) soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata - così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 - alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice" (§ 39). In ragione di ciò e del vincolo di conformarsi alle decisioni della Corte cui è tenuto il giudice nazionale, ogni questione relativa all'elemento soggettivo diviene irrilevante".

Meno semplice è invece la risoluzione della questione quantificatoria, contrapponendosi sul punto le allegazioni delle parti, come dianzi riassunte.

Premesso che la pretesa risarcitoria non può considerarsi incisa, anche solo nel *quantum*, dalla considerazione del cd. *aliunde perceptum* (in quanto, venendo in rilievo un appalto di fornitura, non sarebbe stata ravvisabile alcuna incompatibilità tra la contestuale esecuzione del contratto *de quo* e di identica fornitura a favore di altro committente), risulta opportuno rimettere alle parti medesime, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., in mancanza di opposizione da parte loro, la definizione del suindicato aspetto della controversia risarcitoria.

Deve pertanto ordinarsi all'Amministrazione appellata di proporre a favore della società appellante, entro 60 giorni decorrenti dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, di una somma a titolo risarcitorio nel rispetto dei criteri di seguito indicati:

- preliminare determinazione del corrispettivo che sarebbe spettato all'impresa appellante, tenendo conto dei prezzi da essa offerti in gara, in relazione alle forniture/servizi eseguite, di fatto, dall'impresa aggiudicataria, in tale sua qualità, sulla scorta del contratto stipulato con la stazione appaltante in data 27 gennaio 2009 e per l'intero periodo della sua efficacia;
- successiva determinazione della percentuale di utile che l'impresa appellante avrebbe conseguito qualora fosse stata dichiarata aggiudicataria della gara, sulla scorta degli elementi informativi in ordine alla composizione della sua offerta ricavabili dalla documentazione da essa depositata in sede di gara;

- maggiorazione dell'importo così determinato, con decorrenza dalla data di stipula del contratto, di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'ISTAT, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione concordata, e con gli interessi dalla data della liquidazione concordata fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

E' fatta salva, nell'ipotesi di mancato raggiungimento di un accordo o di inadempimento degli obblighi da esso scaturenti, la facoltà per la parte interessata di adire questo giudice con il ricorso di ottemperanza, ai sensi della disposizione citata.

La peculiarità dell'oggetto della controversia, con particolare riguardo ai profili di ammissibilità del ricorso, giustifica infine la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, previa estromissione dal giudizio della Regione ....., lo accoglie, nei sensi e con gli effetti precisati in motivazione.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Ezio Fedullo**

**IL PRESIDENTE**

**Franco Frattini**

IL SEGRETARIO