

**APPALTI - ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE - PROCESSO AMMINISTRATIVO - DELL'ART. 124 COD. PROC. AMM - PRINCIPIO DISPOSITIVO - TUTELA IN FORMA SPECIFICA - RISARCIMENTO DEL DANNO PER EQUIVALENTE - RATIO E PRESUPPOSTI-PRINCIPIO DISPOSITIVO -**

Nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, prospetta una articolata struttura remediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte.

In particolare è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione:

a) per una "tutela in forma specifica", a carattere integralmente satisfattorio, affidata alla "domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto", il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione *ope judicis*, in termini di "dichiarazione di inefficacia", del contratto eventualmente già stipulato *inter alios* (essendo, per ovvie ragioni, preclusa la reduplicazione attributiva dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura evidenziale); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa;

b) per un "risarcimento del danno per equivalente", e ciò: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque "disponibile a subentrare nel contratto", anche in corso di esecuzione), nel qual caso la "condotta processuale" va anche apprezzata in termini concausali.

**Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 26/2024**

Publicato il 02/01/2024

**N. 00026/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 10544/2019 REG.RIC.**



**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 10544 del 2019, proposto da [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato [REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

*contro*

[REDACTED], non costituita in giudizio;

*nei confronti*

[REDACTED] in proprio e quale Capogruppo [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED] non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 01076/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2023 il Cons. [REDACTED]

[REDACTED] e udito per le parte appellante l'avv. [REDACTED]

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato via pec in data 13 dicembre 2019 ai procuratori costituiti in *prime cure* di [REDACTED], e depositato il successivo 20 dicembre il Comune [REDACTED] ha interposto appello avverso la sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 maggio 2019 n. 1076 che ha accolto il ricorso per risarcimento danni da mancata aggiudicazione proposto dalla indicata società nei confronti del Comune appellante.

2. Segnatamente con il ricorso di *prime cure* la società [REDACTED] aveva chiesto l'accertamento della responsabilità del [REDACTED] per l'illegittima aggiudicazione, in favore dell'A.T.I. avente come capogruppo [REDACTED], dell'appalto per l'ampliamento della Scuola elementare di Via Salvo D'Acquisto, di cui alla determina del Responsabile del Servizio Lavori pubblici del 25 febbraio 2004, n. 162 - annullata con la sentenza del medesimo Tar, Sez. III, del 10 febbraio 2009, n. 1235, passata in giudicato - e la conseguente condanna del predetto Comune al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali da essa ricorrente patiti.

2.1. Il Comune di [REDACTED], con delibera di Giunta n. 347 [REDACTED] [REDACTED] aveva infatti indetto una gara, da aggiudicarsi tramite asta pubblica con il criterio del massimo ribasso percentuale, per lavori di ampliamento della Scuola elementare di Via Salvo D'Acquisto, con un importo a base di gara pari a € 1.868.700,00, oltre € 86.000,00 per oneri di sicurezza, per un totale di € 1.954.700,00. Tra le prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara vi era la necessità di presentazione – a pena di esclusione – dell'originale della polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria e di rendere alcune dichiarazioni anche da parte degli amministratori già cessati dalle cariche sociali.

2.2. Alla gara avevano partecipato tredici concorrenti e all'esito del confronto era risultata aggiudicataria l'A.T.I. avente come capogruppo [REDACTED], che

aveva offerto un ribasso percentuale del 13,640%, mentre la ricorrente si era classificata al secondo posto, avendo offerto un ribasso del 13,570%.

2.3. Con ricorso proposto innanzi al T.A.R. per [REDACTED] la società [REDACTED] aveva impugnato la determina del Responsabile del Servizio Lavori pubblici del 25 febbraio 2004, n. 162, chiedendone l'annullamento in ragione dell'illegittima ammissione alla gara dell'A.T.I. aggiudicataria, con tutte le conseguenze anche in termini di effetti del contratto di appalto nel frattempo sottoscritto tra le parti.

2.3.1. A conclusione dell'iter in sede giurisdizionale – preceduto dalla proposizione di motivi aggiunti, dalla reiezione della domanda cautelare di sospensione dell'aggiudicazione da parte del Tar Campania - Salerno, dalla riassunzione del ricorso presso il Tar Lombardia Milano per ragioni di competenza e dall'interruzione del giudizio per fallimento di [REDACTED]. – veniva accolta la domanda di annullamento proposta da [REDACTED] difatti, con la sentenza del Tar Lombardia- Milano, Sez. III, del 10 febbraio 2009, n. 1235, passata in giudicato, venivano ritenute fondate le censure di ricorso relative alla illegittima ammissione dell'A.T.I. aggiudicataria, sia con riguardo alla mancata produzione in sede di gara dell'originale della polizza assicurativa inerente alla cauzione provvisoria, sia alla mancanza di alcune dichiarazioni da parte degli amministratori in carica nel triennio precedente.

2.3.2. [REDACTED] dopo la pubblicazione della sentenza, ovvero in data 24 ottobre 2009, chiedeva al Comune [REDACTED] di procedere all'affidamento dell'appalto in suo favore, ma ciò non avveniva.

3. Con il ricorso di *prime cure* pertanto la società [REDACTED] chiedeva al Comune il risarcimento del danno patito in ragione della mancata aggiudicazione in proprio favore della gara relativa ai lavori di ampliamento della Scuola elementare di Via Salvo D'Acquisto.

3.1. A sostegno del ricorso deduceva la violazione degli artt. 2043 cod. civ. e 30 e 124 del cod. proc. amm.; in particolare, veniva evidenziata la sussistenza di un fatto lesivo connotato da illegittimità – ossia l'ammissione alla gara dell'A.T.I. avente come capogruppo [REDACTED] in assenza di alcuni presupposti essenziali, come attestato dalla sentenza n. 1235/2009 del Tar Lombardia- Milano – che avrebbe determinato, quale nesso di causalità, il danno in capo alla ricorrente, visto che quest'ultima, seconda graduata, si sarebbe con certezza aggiudicata l'appalto in seguito all'esclusione dell'A.T.I. prima classificata, avendo offerto un ribasso percentuale del 13,570%, comunque inferiore alla nuova soglia di anomalia calcolata escludendo l'A.T.I. [REDACTED] e pari al 13,805%. Sull'elemento soggettivo, ossia la colpa della Stazione appaltante, veniva sottolineata la chiarezza e la puntualità delle previsioni della *lex specialis* che avrebbero dovuto indurre all'immediata esclusione dell'A.T.I. aggiudicataria, come stabilito anche nella sentenza n. 1235/2009.

Infine, con riguardo alla quantificazione del danno, considerata la base d'asta depurata dal ribasso percentuale offerto in gara dalla ricorrente, veniva chiesta, a titolo di lucro cessante, ossia di utile non percepito, una somma pari al 15% dell'offerta (ammontante ad € 242.267,61), cui doveva aggiungersi il danno curriculare, da quantificare equitativamente in una misura compresa tra l'1 e il 5% dell'importo globale dell'appalto.

3.2. Si costituiva in giudizio il Comune di [REDACTED], richiedendo il rigetto del ricorso.

4. Il Tar lombardo, con la sentenza odiernamente appellata, ha accolto il ricorso ritenendo sussistente il fatto lesivo, ossia l'evento pregiudizievole della sfera giuridica della società ricorrente, derivante da una attività amministrativa illegittima, ovvero *contra ius e non iure*, sulla base del rilievo che con sentenza del medesimo Tar, Sez. III, del 10 febbraio 2009, n. 1235, era stata annullata

l'aggiudicazione dell'appalto *de quo* in favore dell'A.T.I. controinteressata, emergendo di conseguenza l'ingiustizia del danno arrecato alla ricorrente che – quale seconda classificata, con offerta non anomala – avrebbe avuto titolo ad ottenere la predetta aggiudicazione.

4.1. Il primo giudice ha inoltre disatteso l'eccezione formulata dal Comune relativamente al concorso di colpa della danneggiata, evidenziando che la ricorrente oltre a proporre ricorso in sede giurisdizionale, avverso l'aggiudicazione dell'appalto, aveva anche proposto la domanda cautelare ed aveva altresì formulato una richiesta di subentro nell'esecuzione del contratto alla Stazione appaltante, rimasta senza esito.

4.2. Con riguardo *al quantum* il Tar ha precisato che *“la parte ricorrente ha dapprima, in sede di ricorso, chiesto il riconoscimento a titolo di lucro cessante, ossia di utile non percepito, di una somma pari al 15% dell'offerta (per un totale di € 242.267,61), mentre nella memoria depositata il 7 febbraio 2019 ha chiesto il riconoscimento di un utile del 14% sui lavori di nuova costruzione e dell'8% sui lavori di ristrutturazione (per un totale di € 166.195,67), come da prospetto depositato in giudizio.*

*Tuttavia la relazione di stima non ha specificato se le percentuali indicate in precedenza abbiano considerato la circostanza – evidenziata dalla ricorrente a pag. 11 del ricorso e sottolineata pure dalla difesa del Comune nelle proprie memorie – che, trattandosi di impresa proveniente dalla Provincia di Salerno e quindi operante fuori dalla Regione Lombardia, si sarebbero dovuti quantificare anche i costi di trasferimento delle maestranze e della loro permanenza sul luogo delle lavorazioni; in assenza di una tale indicazione oppure della prova che i predetti costi non sarebbero stati sopportati dalla ricorrente (ad esempio, attraverso l'assunzione di operai del luogo), appare opportuno ridurre, in via equitativa, le percentuali indicate in precedenza nel 10% dell'utile da riconoscersi sui lavori di nuova costruzione e del 5% sui lavori di ristrutturazione. Difatti, secondo una costante giurisprudenza “spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto,*

*poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.)” (Consiglio di Stato, III, 15 aprile 2019, n. 2435).*

*A ciò si deve aggiungere la mancata dimostrazione in ordine all'impossibilità di un diverso utilizzo della propria forza lavoro (c.d. aliunde perceptum), tenuto conto che “il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum” (Consiglio di Stato, V, 2 gennaio 2019, n. 14). Quindi, le percentuali indicate in precedenza devono essere decurtate del 50%: ne deriva che l'utile relativo ai lavori di nuova costruzione va riconosciuto nella misura del 5% e quello relativo ai lavori di ristrutturazione nella misura del 2,5%, sulla cifra proposta a titolo di offerta (dettagliata nell'all. 1 al ricorso)”.*

Pertanto il danno relativo alla perdita da lucro cessante è stato quantificato dal primo giudice in complessivi € 57.896,03 (ovvero € 47.679,08, a titolo di utile relativo ai lavori di nuova costruzione, ed € 10.216,95, a titolo di utile relativo ai lavori di ristrutturazione).

4.3. Il primo giudice ha altresì accolto la richiesta risarcitoria riferita al danno curricolare, riconosciuto nella misura dell'1% del valore dell'appalto e pertanto nella misura € 19.547,00, considerato che il valore complessivo dell'appalto ammontava ad € 1.954.700,00, evidenziando che la parte ricorrente aveva allegato che, avuto riguardo alla sua dimensione di impresa medio-piccola, peraltro operante al di fuori della Regione Lombardia, avrebbe potuto ottenere un rilevante prestigio e un consistente arricchimento delle proprie capacità operative, da poter utilizzare in successive occasioni, in cui sarebbe stato necessario valutare la qualità della propria attività di impresa.

5. Il Comune di [REDACTED] ha formulato in due motivi di appello le seguenti censure avverso la sentenza gravata:

I) *Error in iudicando*. Erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha riconosciuto la sussistenza dell'*an* del danno asseritamente subito dalla [REDACTED] nonostante quest'ultima non abbia fornito alcuna prova a sostegno della pretesa risarcitoria, né con riferimento al mancato profitto, né con riferimento al canno curriculare. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 40, 64 e ss, nonché 124, comma 1, c.p.a. e art. 2697 cod. civ..

II) In via subordinata. *Error in iudicando*. Erronea determinazione nella sentenza di primo grado del *quantum* del danno asseritamente subito dalla [REDACTED] Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 40, 64 e ss, nonché 124, comma 1, c.p.a. e art. 2697 cod. civ..

6. La società appellata non si è costituita, nonostante la ritualità della notifica.

6.1. In vista dell'udienza il Comune ha prodotto memoria di discussione, insistendo per l'accoglimento dell'appello, evidenziando che dalla visura camerale risulterebbe che la società appellata sarebbe sostanzialmente inattiva da circa undici anni e che la medesima società non si era mai attivata per l'esecuzione della sentenza di *prime cure*.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 30 novembre 2023, come da verbale di udienza.

## DIRITTO

8. In *limine litis* va precisato che - nonostante l'evocazione nell'odierno giudizio di [REDACTED] in proprio e quale Capogruppo Mandataria [REDACTED] [REDACTED] (in forza della determina del Responsabile del Servizio Lavori pubblici del 25 febbraio 2004, n. 162, annullata con la sentenza del Tar per la Lombardia, sez. III, del 10 febbraio 2009, n. 1235, passata in giudicato), dell'appalto per l'ampliamento della Scuola elementare di Via Salvo D'Acquisto -

avendo ad oggetto il presente giudizio la sola consequenziale richiesta risarcitoria, non sia configurabile alcun controinteressato, con la conseguente irrilevanza dell'esito della notifica dell'atto di appello a detta società, dovendosi intendere unica legittimata a contrastare l'odierna impugnativa la società [REDACTED] il cui ricorso è stato accolto in primo grado, così come unico legittimato passivo rispetto al ricorso di *prime cure*, avente ad oggetto la pretesa risarcitoria di detta società, era il Comune di [REDACTED], odierno appellante.

9. Ciò posto, nell'esaminare i motivi di appello, il collegio terrà conto della graduazione operata dal Comune, secondo il noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria 27 aprile 2015 n. 5.

9.1. Pertanto verrà esaminato prioritariamente il primo motivo, volto alla totale riforma della sentenza di *prime cure* e al conseguente rigetto del ricorso di primo grado, essendo il secondo motivo, finalizzato alla sola riduzione del *quantum* del risarcimento, formulato in via meramente subordinata.

9.2. Segnatamente con il primo motivo il Comune appellante lamenta che il primo giudice, nel ritenere fondata la pretesa risarcitoria avanzata dalla società, aveva tuttavia ommesso di considerare che quest'ultima non aveva offerto alcuna prova del nocumento che asseriva di aver subito sia in termini di utile non percepito, in virtù della mancata aggiudicazione, sia in termini di mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale, richiamando la giurisprudenza in materia.

La [REDACTED] in tesi del Comune appellante, si era infatti limitata ad affermare genericamente, senza allegare prova alcuna e senza produrre in giudizio copia della propria offerta economica e tecnica o di altra documentazione idonea da cui desumere l'utile atteso dall'eventuale aggiudicazione della commessa, che la sua offerta era pari ad € 1.613.809,02 e che l'utile effettivo sarebbe stato "agevolmente" del 15% di tale importo (ammontante ad € 242.267,71).

Nel corso del giudizio di primo grado [REDACTED] aveva poi “corretto il tiro”, depositando una generica ed apodittica “stima” – redatta dal proprio legale rappresentante – secondo cui l’utile sarebbe stato invece del 14% sulle opere da realizzare *ex novo* e dell’8% sui lavori di ristrutturazione, con conseguente riduzione della somma inizialmente richiesta al complessivo ammontare di € 166.195,67.

A tale ultima cifra la ricorrente era giunta prendendo come parametro di riferimento il valore dei lavori che, a suo dire, avrebbe dovuto direttamente realizzare qualora si fosse aggiudicata la gara (€ 1.362.259,57), con esclusione delle lavorazioni, a qualificazione obbligatoria, ricomprese nelle categorie OS28 e OS30 – che avrebbe dovuto necessariamente subappaltare, non possedendo le dovute qualificazioni – e al netto sia del ribasso praticato che degli oneri per la sicurezza ad esse attinenti.

In tesi di parte appellante [REDACTED] non aveva allegato e tantomeno provato di avere individuato e contrattualizzato i subappaltatori per le categorie OS28 e OS30; di tal che non aveva nemmeno allegato (men che meno comprovato) che sarebbe stata effettivamente in grado di eseguire l’appalto di cui trattasi nella sua interezza e dunque non aveva provato l’effettiva sussistenza dei presupposti perché potesse astrattamente configurarsi un danno risarcibile.

Quanto al danno curriculare, asseritamente subito, la società si era poi limitata ad affermare che, attesa la sua dimensione di impresa medio-piccola operante fuori dalla Regione Lombardia, l’aggiudicazione della procedura in questione le avrebbe consentito di ottenere un rilevante prestigio e un consistente arricchimento delle proprie capacità operative, da poter utilizzare in successive occasioni come prova della qualità della propria attività.

Il Tar aveva poi acriticamente preso atto delle richieste della [REDACTED] omettendo di considerare come queste fossero state avanzate in virtù di un mero prospetto redatto dal rappresentante legale della stessa società - sulla base di calcoli del tutto

autoreferenziali ed indimostrati - privo di ogni documentazione probatoria di supporto, non avendo prodotto neanche l'offerta economica e l'offerta tecnica presentata in sede di gara.

Nell'individuare l'utile che avrebbe potuto ricavare in caso di aggiudicazione, la società appellata si era unicamente limitata a richiamare in maniera del tutto generica ed apodittica il prezzario del Genio Civile applicabile per il [REDACTED], concludendo che, in base al ribasso praticato, essa avrebbe potuto agilmente ricavare un utile del 14% per quanto riguarda le opere *ex novo* e dell'8% per i lavori di ristrutturazione.

Da ciò, in tesi di parte appellante, l'assoluta incertezza e difetto di prova sia in ordine all'effettiva possibilità per la ricorrente di eseguire l'appalto nella sua interezza, sia (in caso di prova di tale effettiva possibilità, che comunque non era stata resa) all'ammontare dei ricavi che la [REDACTED] avrebbe potuto conseguire.

Inoltre non erano stati depositati i contratti di subappalto (o quantomeno i preventivi) per le lavorazioni ricadenti nelle categorie specialistiche OS28 e OS30 e che la stessa [REDACTED] aveva dichiarato che non avrebbe potuto eseguire in proprio; da ciò l'omessa prova sia del fatto che [REDACTED] sarebbe stata in grado di eseguire l'appalto nella sua interezza, sia del costo effettivo dei subappalti per le lavorazioni nelle categorie specialistiche, che non poteva essere computato nella base di calcolo per la definizione del *quantum* risarcibile.

10. Il motivo è fondato, non tanto per la deduzione di parte appellante secondo cui la società doveva fornire la prova di aver contrattualizzato i subappaltatori al fine di potere comprovare la possibilità di esecuzione del contratto, quanto per la totale assenza di prova in ordine all'utile ritraibile dall'esecuzione dell'appalto *de quo*.

10.1. Ed invero, come precisato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9 del 2015, nel caso di subappalto necessario, non si configura l'obbligo, in capo al concorrente, di indicare anticipatamente l'identità del subcontraente, dovendo

provvedere in tal senso prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere subappaltate, e non potendo attrarsi il subappalto, quand'anche nella forma del “*subappalto necessario*”, alla fase della gara. L'omessa previa identificazione del subappaltatore, o l'esito negativo della preventiva verifica in capo allo stesso della sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, non hanno dunque alcun effetto preclusivo alla stipula del contratto.

L'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio, anche quando consentito per supplire la carente qualificazione del concorrente rispetto alle opere da subappaltare, è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice.

In considerazione di tali rilievi, afferendo la designazione dei subappaltatori alla fase di esecuzione del contratto, deve ritenersi che la prova della contrattualizzazione degli stessi non fosse necessaria ai fini della stipula del contratto, potendo semmai comportarne la risoluzione.

10.2. Il motivo è peraltro fondato, come innanzi precisato, quanto alla totale assenza di prova del danno risarcibile, non solo nel *quantum* ma anche nell'*an*.

10.3. Ed invero secondo consolidata giurisprudenza (ex multis Cons. Stato, Ad. Plen. 12 maggio 2017 n. n. 2; Cons. Stato, sez.V 3 marzo 2021, n. 1803) nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, prospetta – alla stregua dell'art. 124 cod. proc. amm.– una articolata struttura remediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, comma 1 lettere b) ed f), 41 e 64 cod. proc. amm., in relazione all'art. 99 cod. proc. civ. e 2907 cod. civ.).

10.3.1. In particolare – contestualmente, o come nell'ipotesi di specie, successivamente alla impugnazione, a mezzo di “azione di annullamento” (art. 29 cod. proc. amm.), ad esito (prospetticamente) demolitorio, dei “provvedimenti concernenti le procedure di affidamento” (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 cod. proc. amm.) – è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione:

a) per una “tutela in forma specifica”, a carattere integralmente soddisfacente, affidata alla “domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto” (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione *ope judicis*, in termini di “dichiarazione di inefficacia”, del contratto eventualmente già stipulato *inter alios* (essendo, per ovvie ragioni, preclusa la reduplicazione attributiva dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura evidenziale); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa;

b) per un “risarcimento del danno per equivalente” (art. 124, comma 1, seconda parte), e ciò: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso la “condotta processuale” va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.).

Parimenti, nell'ipotesi di specie, essendo l'annullamento dell'aggiudicazione intervenuto quando i lavori erano stati ormai eseguiti, stante il rigetto dell'istanza

cautelare proposta in *prime cure*, alla ██████ non restava che richiedere il risarcimento del danno per equivalente monetario.

10.4. La tutela risarcitoria è, sotto il profilo del danno ristorabile, variamente modulata, secondo che:

a) il concorrente danneggiato sia in grado di dimostrare con certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, si sarebbe aggiudicato la commessa (e cioè che – ove il contratto fosse stato dichiarato inefficace, ricorrendone le condizioni – avrebbe senz'altro avuto diritto alla stipula o al subentro): trattandosi, in tal caso, propriamente di danno da mancata aggiudicazione;

b) non sia, per contro, possibile accedere – in difetto di idonei elementi probatori ovvero in presenza di profili conformativi non integralmente vincolati, rimessi all'apprezzamento sequenziale della stazione appaltante – ad un giudizio di effettiva spettanza: prospettandosi, in tal caso, il danno in termini di mera perdita di chances di aggiudicazione.

In relazione al danno da mancata aggiudicazione, che qui viene in considerazione - stante l'annullamento dell'aggiudicazione nel precedente giudizio, conclusosi con la sentenza del Tar per la Lombardia, Sez. III, del 10 febbraio 2009, n. 1235, passata in giudicato - vale rammentare, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale:

a) che la relativa imputazione opera in termini obiettivi, che prescindono dalla colpa della stazione appaltante, in quanto – in conformità alle indicazioni di matrice eurounitaria – la responsabilità assume, nella materia *de qua*, una coloritura funzionale compensativo-surrogatoria a fronte della impossibilità di conseguire l'aggiudicazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429; Id., sez. V, 19 luglio 2018, n. 4381);

b) che – come, peraltro, positivamente chiarito dall'art. 124, comma 1 cod. proc. amm., che fa riferimento al danno “*subito e provato*” – è onere del concorrente danneggiato offrire compiuta dimostrazione dei relativi presupposti, sia sul piano dell'*an* che sul piano del *quantum*, atteso che, in punto di tutela risarcitoria, l'ordinario principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal c.d. metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento ex art. 64, commi 1 e 3 cod. proc. amm., che si giustifica solo in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Amministrazione e privato (cfr. Cons Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3448);

c) che non compete il ristoro del danno emergente, posto che i costi per la partecipazione alla gara sono destinati, di regola, a restare a carico del concorrente (il quale, perciò, può pretenderne il ristoro solo 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), onde il cumulo con l'utile prospetticamente derivante, in caso di mancata aggiudicazione, dalla esecuzione della commessa darebbe vita ad un ingiustificato arricchimento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803; Id., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283; Id., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; Id., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444);

d) che spetta, per contro, il lucro cessante, che si identifica con il c.d. interesse positivo e che ricomprende: d1) il mancato profitto, cioè a dire l'utile che l'impresa avrebbe ricavato, in base alla formulata proposta negoziale ed alla propria struttura dei costi, dalla esecuzione del contratto; d2) il danno c.d. curriculare, derivante dall'impossibilità di arricchimento della propria storia professionale ed imprenditoriale, con conseguente potenziale perdita di competitività in relazione a future occasioni contrattuali;

e) che, relativamente alla prima posta risarcitoria, deve escludersi l'ancoraggio forfettario alla misura del dieci per cento, o di altra percentuale, dell'importo a base d'asta: e ciò sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, non avendo fondamento la presunzione che la perdita sia, secondo un canone di normalità, ancorata alla ridetta percentuale, sia perché l'art. 124 cit. va inteso nel senso della rigorosa incombenza, a carico del danneggiato, di un puntuale onere di allegazione e di dimostrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2017, n. 2184; Id., Ad. plen, 2 maggio 2017, n. 2), sicché il ricorso alla valutazione equitativa può essere riconosciuto solo in caso di impossibilità o di estrema difficoltà a fornire prova in relazione all'ammontare preciso del danno patito (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283);

f) che, ai fini della base di calcolo della percentuale per il mancato utile, non si può prendere a riferimento l'importo posto a base della gara, dovendo aversi riguardo al margine di utile effettivo, quale ricavabile dal ribasso offerto dall'impresa danneggiata e dalla relativa offerta;

g) che, inoltre, il valore del mancato utile può essere integralmente ristorato solo laddove il danneggiato possa dimostrare di non aver potuto utilizzare i mezzi o le maestranze in altri lavori; e ciò perché, in assenza di suddetta prova, in virtù della presunzione per cui chi partecipa alle gare non tiene ferme le proprie risorse ma le impiega in altri appalti, lavori o servizi, l'utile così calcolato andrà decurtato in ragione dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, in una misura percentuale variabile (cfr. Cons. Stato, ad. plen. n. 2/2017 cit.; Cons. giust. amm. 6 novembre 2019 n. 947) che tenga, in concreto, conto della natura del contratto, del contesto operativo di riferimento, delle risorse nella ordinaria disponibilità del concorrente, della sua struttura dei costi, della sua storia professionale e del presumibile livello di operatività sul mercato, potendo, a tal fine, addivenirsi anche – nel caso di mancato assolvimento dell'onere dimostrativo ed in presenza di elementi indiziari

che evidenzino l'impossibilità di ricorso cumulativo alle risorse strumentali – all'azzeramento del danno potenzialmente riconoscibile (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n. 7262; Id., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803);

h) che anche il danno curriculare, ancorato alla perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare, deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, ancorata h1) alla perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero alla mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione; h2) alla mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando oltre la qualificazione SOA (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2019, n. 2435; Id., sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497), sicché solo all'esito di tale dimostrazione, relativamente all'*an*, è possibile procedere alla relativa liquidazione nel *quantum* (anche a mezzo di forfettizzazione percentuale applicata sulla somma riconosciuta a titolo di lucro cessante: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803) e sempre che non debba ritenersi che, trattandosi di impresa *leader* nel settore di riferimento, l'aver conseguito già un curriculum di tutto renda la mancata aggiudicazione di un appalto non idonea, per definizione, ad incidere negativamente sulla futura possibilità di conseguire le commesse economicamente più appetibili e, più in generale, sul posizionamento dell'impresa nello specifico settore di mercato in cui è chiamata ad operare (Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 689);

i) che, infine, il complessivo importo riconosciuto va incrementato, trattandosi di debito di valore, della rivalutazione monetaria (a decorrere dalla data di stipula del contratto fino all'attualità), e degli interessi legali sulla somma di anno in anno rivalutata, fino all'effettivo soddisfo (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4857).

11. Questi principi giurisprudenziali ben possono applicarsi alla fattispecie *de qua*, in quanto ormai cristallizzati nel noto e richiamato pronunciamento di cui alla sentenza Ad. plen, 2 maggio 2017, n. 2, nonostante il ricorso di *prime cure* sia stato notificato l'11 gennaio 2011, essendosi l'udienza di discussione innanzi al Tar tenuta in data 13 marzo 2019, per cui l'impresa ricorrente, al più tardi nei quaranta giorni precedenti, ben avrebbe dovuto e potuto, avuto riguardo a tale radicato orientamento giurisprudenziale, ex art. 73 comma 1 c.p.a., depositare tutta la documentazione utile alla stima del danno, principiando dall'offerta tecnica ed economica, essenziali per comprendere la sussistenza dell'utile derivante dall'affidamento della commessa *de qua* ed il suo ammontare, avuto riguardo alla circostanza che, essendo stato il giudizio esperito solo dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, detta documentazione non era presente agli atti.

Ed invero a nulla rilevava, ai fini di detta disamina, la circostanza che l'offerta economica si ponesse al di sotto, invero di poco, della soglia di anomalia, in quanto l'effettiva proficuità dell'affidamento non poteva che evincersi dalla concreta disamina dell'offerta nella sua interezza, e dall'analisi dei costi, ben potendo anche un'offerta al di sotto della soglia di anomalia rilevarsi in perdita, come palesato dalla possibilità per la stazione appaltante di sottoporre anche un tale tipo di offerta al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta quando suscitò il sospetto della scarsa serietà della stessa e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare un adeguato profitto ex art. 86 comma 3 d.lgs. 163 del 2006; ciò in disparte dalla considerazione che, in difetto della produzione dell'offerta tecnica ed economica, non era in ogni caso possibile un'adeguata stima del *quantum* dell'utile ottenibile dell'esecuzione della commessa, cui parametrare il *quantum* del risarcimento.

12. Pertanto la sentenza di *prime cure* deve intendersi viziata, non avendo in alcun modo tenuto conto della totale assenza di prova per la stima dell'*an* e

del *quantum* del risarcimento, a titolo di mancato utile, cui parametrare anche il danno curricolare, ove ritenuto sussistente, essendosi la stessa limitata a porre a fondamento della stima - pur con gli indicati correttivi - la scarna relazione del rappresentante legale dell'impresa, ancorata ad una mera percentuale dell'utile asseritamente ricavabile rispetto all'offerta presentata - e, quanto al danno curricolare - ad una stima percentuale rispetto al prezzo a base d'asta (e non già rispetto a quanto riconosciuto a titolo di mancato utile).

12.1. Ed invero il primo giudice, pur avendo citato l'orientamento giurisprudenziale già radicato nella materia *de qua* secondo il quale “*spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.)*” (Consiglio di Stato, III, 15 aprile 2019, n. 2435)” non ne ha tratto le necessarie conseguenze, essendosi limitato ad apportare una riduzione sul *quantum* di risarcimento richiesto dalla parte, tenendo conto da un lato dei possibili costi per il trasferimento della maestranze - che invero ben avrebbero potuto azzerare anche l'utile atteso, stante l'assenza di qualsivoglia prova sul punto - dall'altro del principio *dell'aliunde perceptum*, che peraltro - in assenza di qualsivoglia allegazione sul punto - era del pari in grado di condurre al totale azzeramento del *quantum* risarcibile.

13. L'appello va pertanto accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso di *prime cure*.

14. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla risalenza del contenzioso e alla circostanza che la società appellata non si sia costituita, non contrastando il gravame del Comune, per compensare integralmente le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO