

N. 06804/2011REG.PROV.COLL.
N. 04394/2011 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 4394 del 2011, proposto da:

Azienda Usl di Reggio Emilia, rappresentata e difesa dall'avv. Guglielmo Saporito, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Ati - Cme, Teckal, Studio Perlini Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile, 11;

Consorzio Cooperative Costruzioni, Orion Scarl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZ. STACCATA DI PARMA: SEZIONE I n. 00097/2011, resa tra le parti, concernente APPALTO RELATIVO ALLA PROGETTAZIONE ESECUTIVA ED ESECUZIONE DEI LAVORI PER LA REALIZZAZIONE DI UN MAGAZZINO FARMACEUTICO E DEPOSITO ATTIVITA' CONNESSE ALL'AREA LOGISTICA AZIENDE SANITARIE

DELL'AREA VASTA EMILIA NORD

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ati - Cme, Teckal, Studio Perlini Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2011 il Cons. Lanfranco Balucani e uditi per le parti gli avvocati Saporito e Morrone su delega di Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR Emilia-Romagna, Sezione staccata di Parma, C.M.E. Consorzio Imprenditori Edili impugnava gli atti della gara d'appalto indetta dalla Azienda U.S.L. di Reggio Emilia per la progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione di un magazzino farmaceutico, conclusasi con l'aggiudicazione in favore del Consorzio Cooperative Costruzioni, mentre la ricorrente si classificava al 3° posto.
2. Il TAR adito con sentenza 5 aprile 2011, n.97 ha dichiarato il ricorso irricevibile per essere stato notificato oltre il prescritto termine di decadenza, ma, pronunciandosi sulla domanda risarcitoria avanzata con il ricorso introduttivo, ha ritenuto fondati i motivi di gravame con i quali la parte ricorrente denunciava la violazione dell'art.83 d.lgs. n.163/2006 per la genericità dei criteri di valutazione previsti nella *lex specialis*, e per la omessa valutazione delle proposte migliorative contenute nella propria offerta, condannando l'Azienda al risarcimento del danno per equivalente in favore del ricorrente Consorzio.
3. Avverso l'anzidetta pronuncia l'Azienda ha interposto appello con il quale ha impugnato la sentenza del TAR nella parte in cui ha ritenuto

fondati i motivi di gravame dedotti dal Consorzio ed ha altresì contestato la condanna al risarcimento del danno per equivalente adducendo:

- a) la insussistenza di un danno risarcibile per assenza di *chance* di vittoria del Consorzio, essendosi questo classificato al 3° posto;
- b) il difetto di colpa della Amministrazione (non essendo stata consumata alcuna violazione di legge), e, per contro, la colpa del ricorrente ai sensi dell'art.1227 cod.civ..

Si è costituito in giudizio il Consorzio il quale ha contestato la fondatezza dei motivi di censura dedotti nell'atto di appello, ribadendo che la integrazione, da parte della Commissione, dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica si pone in contrasto con l'art.83 d.lgs n.163/2006, e che è inconferente la cd. prova di resistenza opposta dall'appellante al fine di dimostrare che il Consorzio non sarebbe mai risultato aggiudicatario, in quanto i vizi di legittimità sollevati avrebbero determinato, in caso di accoglimento, il travolgimento dell'intera procedura e la ripetizione della gara; cosicché ciò che deve costituire oggetto di risarcimento è la perdita di una chance, vale a dire della astratta possibilità di aggiudicarsi l'appalto.

Con successiva memoria l'Azienda ha illustrato le proprie tesi difensive instando per l'accoglimento dell'appello.

4. L'appello è fondato.

4.1. Deve essere anzitutto condiviso il motivo di gravame con il quale la sentenza di primo grado viene censurata per avere ritenuto fondata la dedotta violazione dell'art. 83, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 (come modificato dall'art.1, comma1, lett.n, d.lgs. 31 luglio 2007, n.113), ove è stabilito che "Il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi..."

Come già sottolineato da questa Sezione con decisione 22 marzo 2011, n.1749, con la anzidetta novella si è inteso limitare la discrezionalità delle Commissioni giudicatrici nelle procedure di valutazione comparativa

governate da criteri di aggiudicazione non automatici (come è nel caso della aggiudicazione con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa), e ciò al fine di garantire l'imparzialità delle valutazioni e la tutela della "par condicio" tra i concorrenti.

E' stato nondimeno ribadito da una recente giurisprudenza che anche dopo la modifica apportata all'art.83, comma 4, d.lgs.n.163 cit., deve ritenersi legittimo l'operato della Commissione giudicatrice che "prima della apertura delle buste, specifica in sub-criteri i punteggi da assegnare con i criteri principali prefissati dal bando ovvero integra questi ultimi ovvero fissa gli opportuni e adeguati criteri per la modulazione del punteggio da assegnare ad ogni singolo elemento nei limiti del punteggio massimo stabilito nei documenti di gara, peraltro sempre con l'unico, fondamentale ed imprescindibile limite costituito dal divieto di introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione" (in tal senso Cons.St. VI, 17 maggio 2010, n.3052 e V, 15 febbraio 2010, n.810).

Ma a quanto sostenuto dalla giurisprudenza ora richiamata deve aggiungersi che, secondo quanto espressamente statuito dalla norma in esame, la Amministrazione appaltante è tenuta a specificare nel bando i sub-criteri, sub-pesi e sub-punteggi solo "ove necessario"; ed alla stregua di siffatta previsione non si ravvisa la dedotta violazione dell'art.83, comma 4, cit..

Nella fattispecie in esame la stazione appaltante ha correttamente provveduto alla indicazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, individuandoli nel "valore tecnico ed estetico", nei "costi di utilizzazione e di manutenzione" e nel "prezzo", ed ha assegnato ad ognuno di essi il relativo punteggio massimo (p.35; p.10; p.55); dopo di che ha anche individuato 5 sottocriteri riferiti al "valore tecnico ed estetico", come è dato leggere al paragrafo 3 del disciplinare (e precisamente: "affidabilità e sicurezza", "metodi di sviluppo e montaggio strutture", "miglioramenti strutturali e impiantistici", "contenimento consumi", "promozione

dell'immagine”).

In definitiva quello che si imputa alla stazione appaltante è solo di non aver contrassegnato con un punteggio i sottocriteri. Ma, come prospettato dalla difesa dell'Azienda, l'oggetto dell'appalto (progettazione esecutiva ed esecuzione di un magazzino farmaceutico), in quanto contemplava la presentazione di varianti migliorative, relative a ben 17 settori di intervento, mal si prestava alla predeterminazione dei punteggi correlati ai sottocriteri.

In presenza di una situazione siffatta non ricorrevano dunque le condizioni perché la stazione appaltante fosse tenuta ad inserire nel bando di gara anche la specificazione di detti punteggi.

L'accoglimento del motivo di appello con il quale è stata contestata la ritenuta violazione dell'art.83, comma 4, cit., travolge con sé anche la condanna al risarcimento del danno per equivalente, la quale ha come suo presupposto l'illegittimità della aggiudicazione per la dedotta violazione di legge.

4.2. In ogni caso il diritto al risarcimento del danno in favore del Consorzio , riconosciuto dal giudice di prime cure, va escluso anche per altra decisiva ragione.

E' noto come l'art. 30 c.p.a., pur negando la pregiudizialità del rimedio impugnatorio, e dunque ammettendo che l'azione di condanna al risarcimento del danno sia proposta anche in via autonoma, ha statuito (al 3° comma, secondo periodo) che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti può condurre alla negazione del risarcimento attraverso la valutazione del comportamento complessivo delle parti alla stregua del canone dell'ordinaria diligenza.

Da qui la rilevanza –secondo quanto sottolineato dalla Adunanza Plenaria con la decisione n.3/2011- della “omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità dei danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di

tutela specifico predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi".

Il riferimento fatto dal legislatore "agli strumenti di tutela", stante l'ampiezza del termine impiegato, consente di ricomprendere tra le possibili cause di esclusione del risarcimento non solo la mancata impugnazione, ma anche una impugnazione fuori termine; oltre che la omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno quali il ricorso amministrativo o l'iniziativa volta a provocare l'esercizio del potere di autotutela.

Non si può certo nascondere che la norma in questione, ove applicata in modo indiscriminato, rischia di reintrodurre in via surrettizia la pregiudiziale di annullamento ormai abbandonata, e di vanificare l'autonomia della azione risarcitoria. Ma ciò non accade ove la previsione normativa di cui all'art.30, 3° comma, secondo periodo, c.p.a. sia applicata in presenza delle condizioni seguenti:

-che esista un nesso di consequenzialità diretta tra la omissione dello strumento di tutela e la insorgenza del danno;

-che l'annullamento dell'atto lesivo, ove tempestivamente perseguito, fosse idoneo a soddisfare compiutamente l'interesse fatto valere dal ricorrente.

Orbene, entrambe le anzidette condizioni ricorrono nella fattispecie in esame.

La tempestiva proposizione del ricorso giurisdizionale avrebbe condotto, in caso di suo accoglimento, alla rimozione dell'intero procedimento di gara, dal momento che i vizi dedotti attenevano alla mancata specificazione dei criteri di valutazione delle offerte; esiste cioè una evidente consequenzialità tra il comportamento negligente del Consorzio, che con la proposizione tardiva del ricorso ha impedito la rinnovazione della gara, e la perdita di *chance*.

D'altra parte l'accoglimento del ricorso avrebbe consentito al ricorrente di

prendere parte alla rinnovazione della gara mantenendo intatte le *chances* di vittoria, e senza subire alcun pregiudizio.

Per concludere sul punto, il comportamento negligente tenuto dal Consorzio preclude allo stesso il diritto al risarcimento del danno.

5. Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello della Azienda deve essere accolto, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente del ricorrente Consorzio.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna C.M.E- Consorzio Imprenditori Edili al pagamento delle spese dei due gradi di giudizio in favore della Azienda, liquidandole nella misura complessiva di euro 8.000,00 (ottomila) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2011

IL SEGRETARIO

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