

N. 05197/2012REG.PROV.COLL.
N. 10371/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 10371 del 2011, proposto da Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Calgaro e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Artco Servizi soc. coop, in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso Roberto Paviotti in Roma, via Luigi Canina, 6; Comune di Pagnacco, n. c. ;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA – TRIESTE, n. 530/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI RISTORAZIONE SCOLASTICA PER LA SCUOLA DELL'INFANZIA DI PLAINO E CENTRI ESTIVI DI PAGNACCO (con scadenza del servizio prevista per il luglio 2012);

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Artco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 19 giugno 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi e Angelo Clarizia, su delega dell'avv. Roberto Paviotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.-Il Comune di Pagnacco ha indetto una gara per affidare il servizio di ristorazione scolastica per l'anno scolastico 2011 -2012 e per il periodo relativo ai "centri estivi", mediante procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione della offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo l'assegnazione di 60 punti per la qualità e di 40 punti per il prezzo.

Importo a base d'asta, € 97.588,50.

La Commissione per la valutazione delle offerte ha attribuito a Serenissima 59 punti per la qualità e 36 per il prezzo, per un totale di 95 punti, e ad ARTCO 54 punti per la qualità e 40 per il prezzo, per un punteggio complessivo di 94.

ARTCO ha impugnato dinanzi al TAR Friuli -Venezia Giulia l'aggiudicazione a Serenissima, contestando la legittimità delle prescrizioni di cui agli articoli 4 e 14 del capitolato speciale laddove era prevista "l'attribuzione di punteggi aggiuntivi ("premiali") per il possesso di un certo fatturato e per il minor tempo intercorrente tra la produzione dei pasti e la loro consegna a destinazione".

Per quanto riguarda il punteggio "premiare" per il fatturato pregresso relativo a servizi di ristorazione era stabilita l'assegnazione di quattro punti per un fatturato superiore a 4 milioni di euro, di due punti per un fatturato superiore ai due milioni di euro ma inferiore ai quattro milioni di euro, e di

un punto nel caso di fatturato inferiore ai due milioni di euro.

La stazione appaltante aveva inoltre previsto di premiare l'elemento qualitativo del minor tempo che ciascun concorrente avrebbe impiegato tra il momento finale della produzione dei pasti presso la propria struttura e quello del consumo degli stessi alla mensa scolastica, attribuendo 4 punti tra 10 e 15 minuti, 3 punti tra 16 e 20 minuti, 2 punti tra 21 e 25 minuti, 1 punto tra 26 e 30 minuti e zero punti nel caso di tempo superiore a 31 minuti.

2.-Con la sentenza in epigrafe il TAR ha:

- accolto il motivo basato sulla illegittimità del punteggio premiale correlato al fatturato pregresso, giudicandolo “intrinsecamente illogico e sproporzionato” e “macroscopicamente irragionevole”, e ritenendo non persuasivo l'argomento dell'aggiudicataria secondo la quale l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, “parametrato sul volume di affari dei partecipanti, (garantirebbe) la qualità della prestazione, dato che ad un maggior volume di affari corrispondono indubbiamente maggiori investimenti, cucine meglio attrezzate ed una migliore tecnologia per quanto concerne la conservazione dei prodotti e delle derrate, nonché la preparazione e distribuzione dei cibi, che solo una grande azienda sarebbe in grado di garantire” . A giudizio del TAR, a parte che simili elementi di norma costituiscono oggetto dell'offerta tecnica, e ne caratterizzano le peculiarità, anche ammesso che il Comune abbia voluto - con l'offerta tecnica - garantirsi la sola qualità del cibo, e con il punteggio aggiuntivo premiare l'Azienda dotata di migliori strumenti, era appunto a tali elementi (qualità ed efficienza delle cucine, miglior tecnologia nei sistemi di conservazione e refrigerazione delle merci, ecc.) che avrebbe dovuto fare direttamente riferimento al fine di attribuire detto punteggio in quanto, di per sé, il fatturato è, a tali fini, dato neutro, non certo significativo di migliore qualità della strumentazione e della tecnologia utilizzata;

- respinto il motivo imperniato sull'illegittimità del criterio di valutazione del "punteggio qualità" fondato sulla disponibilità del centro cottura e sul tempo intercorrente tra la produzione dei pasti e la consegna degli stessi. Per il TAR: a) "la previsione di un maggior punteggio alla Ditta che può compiere più sollecitamente il recapito del cibo laddove viene consumato rappresenta per certo un valore aggiunto dell'offerta" ; b) "quanto poi alla (asseritamente illegittima) griglia dei punteggi per tale elemento - che si caratterizzerebbero ... per una ingiustificatamente marcata differenziazione, pur in presenza di tempi di consegna molto ravvicinati - il Collegio ritiene trattarsi di una valutazione di merito, insindacabile nella presente sede, in quanto (a differenza dell'altro criterio contestato) non macroscopicamente irragionevole";

- accolto il ricorso, annullato il criterio relativo al possesso del fatturato pregresso e caducato l'aggiudicazione del servizio a Serenissima. Poiché, eliminato lo specifico criterio "premiale", la valutazione delle offerte tecniche, in sé considerata, resta salva, il TAR ha decurtato i punteggi finali da quelli ottenuti per l'elemento "fatturato", illegittimamente previsto e attribuito a entrambi i partecipanti, e, previa riformulazione della graduatoria defalcando dal punteggio finale i punteggi ottenuti per l'elemento suddetto ha dichiarato vincitrice della gara ARTCO, essendo il punteggio finale della stessa passato da 94 a 93 e, per Serenissima, da 95 a 91, senza emettere alcuna pronuncia sulla inefficacia del contratto, non ancora stipulato, né sul risarcimento del danno per equivalente, risarcimento per equivalente che, pure, ARTCO aveva chiesto, nel ricorso di primo grado, in via subordinata, "in termini di mancato lucro/perdita di chance/perdita curricolare".

3.- Serenissima Ristorazione ha proposto appello contro la sentenza.

Premesso che il servizio di ristorazione rientra tra i servizi di cui all'Allegato II B, cat. 17, del d. lgs. n. 163 del 2006, non regolato dal codice

degli appalti pubblici se non sotto aspetti che in questa sede non rilevano, e che in particolare gli articoli 41 e 83 del d. lgs. n. 163/06, richiamati da ARTCO, non erano applicabili all'appalto in questione, l'appellante ha ribadito la ragionevolezza del criterio di aggiudicazione del fatturato progressivo, in relazione alla natura e alle specifiche caratteristiche del servizio da affidare, atteso che gli operatori della ristorazione collettiva devono essere dotati di attrezzature moderne, e ha dedotto, con il secondo motivo, il vizio di ultrapetizione e la violazione dell'art. 112 c.p.c. avendo, il TAR, indebitamente ricalcolato in via diretta i punteggi da attribuire ai concorrenti, dichiarando vincitrice ARTCO, anziché limitarsi ad annullare la procedura e a rimettere i concorrenti dinanzi alla Commissione di gara per la riformulazione dei giudizi sulle offerte alla luce della decisione del TAR. In particolare, l'appellante sottolinea che la ricorrente non aveva chiesto al Giudice di dichiarare ARTCO vincitrice della gara e aggiudicataria del servizio, essendosi ARTCO limitata a domandare al TAR di disporre "che la Commissione di gara riformuli la graduatoria senza attribuire i punteggi pregnanti derivanti dalla applicazione delle previsioni impugnate e riaggiudichi il servizio alla ricorrente ARTCO". Il TAR avrebbe giudicato oltre i limiti della domanda proposta attribuendo ad ARTCO una utilità che non era stata chiesta. Aggiudicando direttamente il servizio all'appellata il TAR avrebbe falsato le regole della gara alterando il rapporto qualità / prezzo stabilito dalla stazione appaltante nell'ambito del proprio potere discrezionale: se Serenissima avesse saputo che il criterio di valutazione di cui al p. 14.4. della "lex specialis" era illegittimo, avrebbe modificato la propria offerta economica.

4.-ARTCO si è costituita segnalando l'illegittima commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione delle offerte e rilevando che l'elemento del fatturato per le esperienze pregresse ricade tra i criteri per l'ammissione alla procedura, essendo un c. d. criterio di prequalificazione, e

non tra i criteri di qualità. In ogni caso, anche a voler ritenere legittima l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo per il maggior fatturato pregresso, sarebbe manifestamente illogica e sproporzionata la previsione di premiare: “-con un solo punto un pregresso fatturato fino a due milioni di euro (circa 20 volte superiore al valore presunto dell'appalto); -con il punteggio massimo di quattro punti un fatturato complessivo superiore ai quattro milioni di euro (soglia che si sapeva largamente superata dal colosso Serenissima, gestore uscente del servizio), di ben 40 volte superiore al valore dell'appalto da aggiudicare”. Inoltre il TAR non avrebbe affatto attribuito ad ARTCO una utilità maggiore di quella che quest'ultima gli aveva richiesto, non avendo il Giudice fatto altro che assegnare alla ricorrente il bene della vita perseguito, vale a dire l'aggiudicazione del servizio disposta dallo stesso TAR in seguito alla riformulazione della graduatoria dopo l'annullamento del criterio premiale giudicato illegittimo, con operazione che il TAR ha potuto eseguire venendo in rilievo un criterio oggettivo, prestabilito e non legato ad alcuna valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante.

Con appello incidentale ARTCO ha riproposto la censura, mossa in primo grado e disattesa dal TAR, relativa alla irragionevolezza dei criteri sui tempi di consegna dei pasti. ARTCO ha quindi chiesto che, qualora questo Consiglio di Stato ritenga di accogliere l'appello di Serenissima e di riformare la sentenza di accoglimento del ricorso di ARTCO, il criterio recante i punteggi premiali per il minor tempo intercorrente tra la produzione dei pasti e la consegna a destinazione degli stessi sia annullato, con la conseguente sottrazione di quattro punti a Serenissima e di due punti ad ARTCO e la conseguente riformulazione della graduatoria finale mediante l'assegnazione di 92 punti ad ARTCO e 91 a Serenissima.

5.-Con ordinanza n. 574 del 2012 la Sezione ha accolto la domande di misure cautelari avanzata dall'appellante sospendendo l'esecutività della

sentenza impugnata.

A quanto consta Serenissima ha prestato il servizio, completandolo.

In prossimità dell'udienza di discussione ARTCO ha depositato una memoria insistendo per la reiezione dell'appello e –preso atto che il servizio “de quo” è già stato interamente prestato da Serenissima- per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente, nella misura del 10% della offerta o, in subordine, a titolo di perdita di “chance”, oltre al danno da risarcire per il mancato correlato accrescimento del curriculum professionale.

All'udienza del 19 giugno 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6.- Entrambi i motivi dell'appello principale formulati da Serenissima vanno respinti.

Le conclusioni alle quali la sezione era pervenuta in sede cautelare, a un primo e sommario esame, devono essere rimate, in seguito a un maggiore approfondimento delle argomentazioni sollevate dalla difesa di ARTCO.

Va premesso che, anche a voler ritenere l'appalto “de quo” rientrante nei settori speciali, la stazione appaltante, richiamando gli articoli 41 e 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, si è autovincolata alla disciplina “ordinaria” sugli appalti, e che l'autovincolo è idoneo a rendere applicabili le norme richiamate.

6.1.- Il criterio del fatturato triennale pregresso in servizi analoghi di ristorazione scolastica –che, nella specie, ha avuto un ruolo decisivo ai fini della individuazione dell'aggiudicataria- è stato illegittimamente inserito tra gli elementi di valutazione della qualità della offerta tecnica, avendo la stazione appaltante operato una non consentita commistione tra requisiti di partecipazione, attinenti alle caratteristiche soggettive dell'offerente, e criteri di valutazione della qualità dell'offerta.

Sui criteri di ammissione alla procedura e di valutazione della offerta, in

generale, mentre le qualità soggettive sono di norma dirette ad accertare le condizioni di partecipazione alla gara, la scelta della migliore offerta avviene in funzione delle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa (v. art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006). L'aggiudicazione degli appalti deve infatti avvenire sulla base di criteri oggettivi e attraverso modalità tali da garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, con il relativo corollario della trasparenza, al fine di assicurare a tutti gli operatori parità di accesso alle procedure di gara e un'adeguata valutazione delle rispettive offerte in una situazione di effettiva concorrenza.

Qualora le stazioni appaltanti stabiliscano di applicare il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, le stesse scelgono di valutare non solo l'elemento delle offerte ma anche di considerare una pluralità di elementi ulteriori, di natura comunque qualitativa, allo scopo di individuare il miglior rapporto qualità/prezzo. Detti elementi devono essere correlati all'oggetto dell'affidamento, non devono riguardare i requisiti di selezione dei concorrenti, non devono conferire all'Amministrazione un potere incondizionato di scelta, devono essere esplicitamente menzionati nel bando o avviso di gara unitamente ai relativi pesi e sub pesi e devono rispettare i principi di derivazione comunitaria rivolti a garantire una concorrenza effettiva tra gli operatori economici. Nella categoria degli elementi utilizzabili in sede di offerta economicamente più vantaggiosa, di regola non possono essere presi in considerazione dall'Amministrazione i requisiti di qualificazione dell'operatore economico, dovendo gli stessi rimanere ben distinti, sia sotto l'aspetto concettuale, sia nel concreto svolgersi della procedura di gara, dai criteri di selezione del contraente, dai quali resta dunque esclusa ogni considerazione riguardante il soggetto che fornisce la prestazione, il che ha fatto incisivamente concludere che i criteri dell'assegnazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa riguardano "il prodotto" e non il "produttore", la qualità "del lavoro" e non quella

"dell'imprenditore dei lavori" (Cons. St. , Sez. V, n. 1753/2006). I criteri di aggiudicazione vanno insomma riferiti in via diretta ed esclusiva all'offerta della prestazione oggetto dell'appalto, e non alla qualificazione e alla capacità degli offerenti posto che, mentre i requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi, prescritti dalla stazione appaltante per individuare i concorrenti ammessi alle gare, hanno lo scopo di fissare una soglia minima di affidabilità del potenziale aggiudicatario, una volta riconosciuta l'astratta idoneità dei concorrenti questi ultimi devono essere posti in una posizione di parità e l'appalto deve essere affidato al soggetto che presenti l'offerta oggettivamente migliore (cfr. Cons. St. , sez. V, n. 1753/2006 cit.). Idoneità tecnica e merito tecnico sono due concetti ben distinti, dato che il primo attiene alla valutazione dei requisiti soggettivi dei partecipanti alla procedura, mentre il secondo concerne la valutazione dell'offerta concretamente presentata dal partecipante. Negli appalti indetti con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa la distinzione suddetta risponde alla precisa esigenza logica di evitare che servizi e forniture siano aggiudicati, a parità di offerta tecnico -progettuale, a favore di soggetti che possano vantare una dimensione organizzativa particolarmente sviluppata, in modo tale che il concorrente con maggiore capacità tecnica si avvantaggi in maniera ingiusta, nel giudizio che coinvolge l'apprezzamento delle componenti oggettive dell'offerta, di elementi pregressi estranei a quest'ultima e tali tuttavia da poter assumere un peso decisivo ai fini del risultato finale. Si tratta di parametri che, come appare evidente, premiano non la qualità tecnica dell'offerta di per sé considerata, ma le caratteristiche soggettive dei partecipanti, finendo col privilegiare le aziende più forti sul mercato di riferimento e confinando in posizioni subalterne le imprese di minori dimensioni, costrette a subire, già prima della gara, in relazione ai parametri in questione, un distacco difficilmente colmabile grazie ai punteggi ottenibili attraverso gli altri criteri di giudizio,

con conseguente lesione dell'interesse a partecipare al confronto concorrenziale su un piano di parità, e dello stesso interesse pubblico a selezionare l'offerta migliore, posto che il criterio del merito tecnico finisce per essere subordinato alla considerazione dell'ampiezza del fatturato pregresso o delle dimensioni aziendali.

Questo, in termini generale.

Ora è vero che, pur tenendo conto dell'orientamento sopra rammentato, una recente giurisprudenza (v. Cons. St. , IV, n. 5808 del 2008; V, n. 837 del 2009, e altre) ha ritenuto che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara possa essere interpretato “cum grano salis” (v. CdS, IV, n. 5808/08) nelle procedure relative ad appalti di servizi, consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara (cfr. CdS, V, n. 837/09; per una ricapitolazione delle pronunce che prevedono la possibilità di inserire, tra i criteri di valutazione della offerta tecnica, elementi di natura soggettiva legati alla esperienza degli offerenti, v. la determinazione AVCP n. 7 del 24.11.2011, p. 4.4.).

Peraltro, come è stato osservato, in modo condivisibile, dalla difesa dell'appellata ARTCO, la possibilità di applicare in maniera “attenuata” il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto a) se aspetti della attività della impresa possano effettivamente “illuminare” la qualità della offerta (cfr. CdS, VI, 2770/08 e sez. V n. 837/09), e b) a condizione che lo specifico

punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo.

Alla luce delle coordinate interpretative e applicative suindicate, nel caso “de quo”:

-la valorizzazione del fatturato triennale come criterio di aggiudicazione non illumina la qualità delle diverse offerte in gara. Di per sé, infatti, il fatturato pregresso, come ha rilevato il TAR, è un “dato neutro, non certo significativo di una migliore qualità della strumentazione e della tecnologia utilizzata” (v. sent. TAR F.V.G. , p. 4.1.). Se il Comune avesse “voluto - con l'offerta tecnica - garantirsi la sola qualità del cibo, e con il punteggio aggiuntivo premiare l'Azienda dotata di migliori strumenti, era appunto a tali elementi (qualità ed efficienza delle cucine, miglior tecnologia nei sistemi di conservazione e refrigerazione delle merci, ecc.) che avrebbe dovuto far riferimento al fine di attribuire detto punteggio” (v. sent. cit. , p. 4.1.);

-inoltre, in concreto, l'elemento del fatturato pregresso ha avuto un peso preponderante nella attribuzione del punteggio alla offerta tecnica e, quindi, ai fini della individuazione dell'aggiudicataria. E' vero che la “lex specialis” stabiliva, per il criterio del fatturato pregresso, l'assegnazione di un punteggio premiale massimo di 4 punti sui 60 complessivi disponibili per il “merito tecnico” della offerta. Peraltro, come rimarca in modo incisivo la difesa di ARTCO; laddove era ampiamente prevedibile che, visti i criteri di attribuzione dei punteggi alla offerta tecnica, ogni partecipante alla procedura, allo scopo di assicurarsi il punteggio massimo attribuibile per le voci ulteriori rispetto a quella del fatturato pregresso (e del tempo di consegna dei pasti), “avrebbe consegnato l'ortofrutta con frequenza giornaliera, consegnato le carni e i prodotti lattiero -caseari con frequenza bisettimanale, somministrato cibi provenienti da agricoltura biologica o

regionale, utilizzato le attrezzature indicate nell'Avviso, effettuato tutte le analisi possibili, distribuito gli opuscoli e i questionari e organizzato gli incontri dai quali avrebbe ottenuto il maggior punteggio"; ebbene in questo contesto il punteggio relativo all'elemento –spurio- del fatturato andava ad assumere un peso preponderante ai fini della attribuzione del punteggio complessivo per l'offerta tecnica. E il fatto che, come emerge dagli atti di causa, l'aggiudicazione a Serenissima sia dipesa, in maniera più che preponderante, decisiva, dalla favorevole considerazione del fatturato pregresso, costituisce elemento che ha inciso, in modo negativo, sulla concorrenza.

6.2.- Se la sentenza impugnata va dunque confermata nella parte in cui (v. p. 4.1.) ha considerato illegittimo il criterio del punteggio premiale correlato al fatturato, ad analoga conclusione si giunge, previa reiezione anche del secondo motivo proposto, basato sulla affermata violazione dell'art. 112 c. p. c. , con riguardo alla statuizione contenuta al p. 5. della sentenza, là dove il TAR ha ricalcolato in via diretta i punteggi da attribuire alle due concorrenti e, previa riformulazione della graduatoria defalcando dai punteggi finali i punti ottenuti da Serenissima e da ARTCO per l'elemento fatturato, ha direttamente dichiarato ARTCO vincitrice della gara e aggiudicataria del servizio.

Tenuto conto infatti del carattere spurio e avulso, rispetto ai restanti criteri -tra loro connessi, coerenti e autosufficienti- di valutazione della offerta, dell'elemento del fatturato pregresso; e guardando alla peculiare vicenda per la quale è causa in una prospettiva antiformalistica e di ricerca della effettività della tutela giurisdizionale, ben si può concludere affermando che in concreto non sussistevano elementi ostativi alla possibilità di una diretta attribuzione del servizio ad ARTCO a seguito di una riformulazione della graduatoria dopo l'annullamento del criterio giudicato illegittimo, mediante una operazione che non ha esorbitato dai limiti delle attribuzioni

del TAR venendo in rilievo un criterio oggettivo e non spettando alla stazione appaltante margini di valutazione discrezionale.

Il TAR non ha quindi pronunciato oltre i limiti della pretesa fatta valere da ARTCO.

L'appello principale va perciò respinto, e l'appello incidentale proposto da ARTCO dev'essere dichiarato improcedibile.

6.3. (Sul risarcimento del danno per equivalente). Nel ricorso dinanzi al TAR, ARTCO, per l'ipotesi in cui non si fosse riusciti a impedire la stipula del contratto con Serenissima, o a ottenere tempestivamente la dichiarazione di inefficacia del contratto, aveva domandato al Giudice di condannare il Comune al risarcimento per equivalente del danno patito in termini di mancato lucro/perdita di "chance"/perdita curriculare.

Poiché, avendo riguardo al presumibile momento della pubblicazione della presente decisione, il servizio di ristorazione posto a gara, per l'a. s. 2011-2012 e per i centri estivi, sarà già stato completato da Serenissima, va esaminata –e accolta- la domanda di risarcimento del danno per equivalente formulata da ARTCO in primo grado e riproposta in appello.

Ricorrono infatti tutti gli elementi costitutivi per riconoscere, a favore di ARTCO, il risarcimento del danno per equivalente, a) con riferimento al mancato guadagno, in relazione all'utile economico che sarebbe derivato all'appellata dalla esecuzione del servizio, non sussistendo, come detto, ragioni ostative alla aggiudicazione della gara ad ARTCO, e dovendo la liquidazione del danno essere rapportata al 10% del prezzo indicato dalla ricorrente nella offerta economica; e b) con riguardo al danno c. d. "curriculare", vale a dire al ristoro del pregiudizio economico connesso alla impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni con la P. A. , il requisito economico collegato alla esecuzione del servizio in argomento. L'impiego di criteri equitativi impone di riconoscere anche questa voce di danno nella misura del 10 % di quanto riconosciuto per la voce di danno

sub a) (detto altrimenti, nella misura dell'1% dell'offerta fatta dalla impresa).

Trattandosi di debito di valore, all'appellata spetta anche la rivalutazione monetaria dal giorno della stipulazione del contratto da parte di Serenissima fino alla pubblicazione della presente sentenza, a decorrere dalla quale, in forza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta. Sulla somma capitale via via rivalutata andranno computati gli interessi compensativi sino all'effettivo soddisfo..

In base a quanto dispone l'art. 34, comma 4, c. p. a. , si dispone quindi che il Comune di Pagnacco proponga ad ARTCO, entro 120 giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente eseguita, il pagamento di una somma di denaro commisurata ai criteri di quantificazione suindicati, con la precisazione che se le parti non giungeranno a un accordo, ovvero non adempiranno agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dall'art. 112 c. p. a. potranno essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e, pronunciando sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente, la accoglie entro i limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, visto l'art. 34, comma 4, del c.p.a. , dispone che il Comune di Pagnacco proponga ad ARTCO, entro 120 giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente eseguita, il pagamento di una somma di denaro commisurata ai criteri di quantificazione indicati in motivazione (v. p. 6.3.)

Dichiara improcedibile l'appello incidentale di ARTCO.

Condanna l'appellante Serenissima Ristorazione a rimborsare all'appellata ARTCO Servizi soc. coop. le spese di lite del grado, che si liquidano in € 2.500,00, oltre agli accessori di legge.

Condanna altresì il Comune di Pagnacco a rimborsare all'appellata ARTCO le spese di lite del grado, che si liquidano in € 1.500,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 19 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/10/2012

IL SEGRETARIO

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