

N. 01371/2014REG.PROV.COLL.
N. 07198/2013 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7198 del 2013, proposto da
N.G.G. Medical s.p.a.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi e Luca Griselli, con
domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio
Lorenzoni e Aldo Travi, con domicilio eletto presso il secondo, in
Roma, via del Viminale n. 43;

nei confronti di

Foretec s.r.l., in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i con Servitech
s.r.l. e Omas s.r.l.,
non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO - SEZIONE I n. 01406/2013, resa tra le parti, concernente esecuzione della sentenza del TAR Lombardia – Milano – Sez. I, n. 1846/2010, avente ad oggetto domanda di risarcimento danni in seguito a mancata aggiudicazione dell' affidamento di appalto per la realizzazione e gestione *in service* dell'unità operativa complessa di cardiologia.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2013, il consigliere Bruno Rosario Polito;

Uditi per le parti, alla stessa camera di consiglio, gli avvocati Manzi e Meloni, quest'ultimo per delega dell'avv. Lorenzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 1846 del 16 giugno 2010 il T.A.R. per la Lombardia, in accoglimento del ricorso proposto da N.G.C. Medical s.p.a. (in prosieguo di trattazione N.G.C.), disponeva l'annullamento degli della gara indetta per l'affidamento della realizzazione e gestione *in service* dell'unità operativa complessa di cardiologia presso l' Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate.

Il T.A.R. non dichiarava l'inefficacia del contratto in prosieguo stipulato ed accoglieva invece la domanda risarcitoria formulata in via subordinata da N.G.C.

Il giudice territoriale - ravvisando la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80 del 2008, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, rendendosi necessario il concorso dell'attività collaborativa dell'Amministrazione agli effetti della quantificazione del danno - fissava i criteri in base ai quali proporre la somma a ristoro del *vulnus* sofferto nella sfera economica.

Il T.A.R. disponeva in particolare che l'Amministrazione era tenuta a proporre *“il pagamento in favore della ricorrente di una somma che tenga conto della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito dall'esecuzione del contratto, ove fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, desumibile principalmente dall'offerta economica presentata in sede di gara, considerando non solo i dati economici e contabili dell'offerta ma anche altri elementi, quali il danno all'immagine aziendale, la perdita della possibilità di utilizzare l'aggiudicazione quale titolo ulteriore e referenza specifica, considerati nel loro insieme, con un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione al numero di partecipanti alla gara”*.

In caso di mancato raggiungimento dell'accordo, statuiva ancora la sentenza, le parti avrebbero potuto rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

La pronuncia del T.A.R. era confermata dal Consiglio di Stato con decisione n. 4052 del 2001 e passava in giudicato.

L'Azienda Ospedaliera, con nota del 4 luglio 2012, formulava proposta di liquidazione del danno in euro 30.000,00, al netto delle spese processuali.

N.G.C. non accettava la proposta di liquidazione ed adiva il T.A.R. per la Lombardia con ricorso per l'ottemperanza.

Avvalendosi di apposita perizia estimativa, quantificava in euro 2.224.811,00 la somma dovuta a ristoro del danno, da maggiorarsi per interessi e rivalutazione monetaria dal giorno del dovuto fino all'effettivo soddisfo.

Con sentenza n. 1406 del 2013 il T.A.R., in via preliminare, precisava taluni principi da osservarsi fini della liquidazione del danno:

- in tale fase il Giudice è "libero di integrare i criteri stabiliti dal giudice dell'an";
- la quantificazione della somma da risarcire deve essere commisurata non alla perdita di un risultato utile, ma alla perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere i concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, sulla base di quanto allegato dal ricorrente;
- la determinazione della somma da risarcire deve tenere conto, in quanto mero parametro di riferimento, della percentuale di utile effettivo che la ricorrente avrebbe conseguito dall'esecuzione del contratto, percentuale desumibile principalmente, ma non esclusivamente, dall'offerta economica presentata in sede di gara;
- occorre considerare un ragionevole coefficiente di riduzione dell'importo da liquidare, che si correli non solo al numero dei

partecipanti alla gara già effettuata, ma anche al numero dei potenziali partecipanti ad una nuova analoga gara, emendata dai vizi di legittimità accertati, oltre che alle risultanze già acquisite in ordine alle offerte economiche concretamente presentate.

Sulla scorta di detti principi ed applicando taluni criteri correttivi (incidenza *dell'aliunde perceptum*, *chance* di esito favorevole della gara; numero dei partecipanti alla gara) l'ammontare della somma da corrispondere in favore di N.G.C. era stabilita in euro 54.039,00.

Avverso detta sentenza ha proposto appello N.G.C., deducendo la violazione dei limiti derivanti dalla decisione del T.A.R. n. 1846 del 2010, passata in giudicato, in ordine all'esistenza del danno ed ai criteri di liquidazione.

Ha poi confutato nel merito i diversi parametri osservati dal T.A.R., concludendo per la condanna dell'azienda ospedaliera a corrispondere la somma di euro 2.224.811,00, oltre gli accessori per interessi e rivalutazione monetaria.

In sede di note di udienza N.G.C. ha ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive.

Resiste l'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate, che ha contraddetto i motivi di impugnativa e chiesto al conferma della sentenza impugnata.

Alla camera di consiglio del 5 dicembre 2014 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Con il primo mezzo N.G.C. sostiene che il T.A.R., nel quantificare l'importo da corrispondere a titolo risarcitorio, avrebbe introdotto

parametri diversi ed ulteriori, oltre quelli puntualmente stabiliti nella sentenza n. 1866 del 2010, arrogandosi un potere di integrazione non consentito a fronte delle statuizioni passate in giudicato.

Il motivo non va condiviso.

In realtà, diversamente da quanto dedotto da N.G.C., i criteri da osservarsi per l'adempimento dell'obbligo risarcitorio non rivestono carattere stringente ed integralmente esaustivo, così da assorbire ogni ulteriore valutazione del giudice dell'ottemperanza ai fini della liquidazione del danno in rapporto di congruità ed adeguatezza alla perdita sofferta sul piano economico.

Si legge, invero, nella motivazione della menzionata sentenza n. 1866 del 2010 che la proposta di pagamento va riferita ad una *“somma che tenga conto della percentuale di utile effettivo desumibile principalmente dall'offerta economica presentata in sede di gara . . . , con un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione al numero di partecipanti alla gara”*.

Le regole di indirizzo dettate dal giudice del merito indicano come base di calcolo in via principale l' *offerta economica* di N.G.C., ma lasciano spazio, versandosi a fronte di danno da perdita di *chances*, alla definizione di ulteriori parametri incidenti sull'utile effettivamente conseguibile con l'esecuzione della commessa.

In tali sensi si è determinato il T.A.R., rilevando che la somma da risarcire deve essere *commisurata non alla perdita del risultato utile, ma alla perdita della possibilità di conseguirlo*, conclusione che si configura coerente con la tipologia di danno allegato.

Il giudice dell'esecuzione, inoltre, ha correttamente preso atto della

riconduzione dell'utile effettivo in via principale, ma non esclusiva, al *quantum* dell'offerta economica, mentre il richiamo nella sentenza di merito all' applicazione di un *ragionevole coefficiente di riduzione in relazione al numero dei partecipanti alla gara* non è accompagnato da specificazioni limitative di criteri concorrenti.

2.2. Con il secondo mezzo N.G.C. contesta la sentenza del T.A.R. nella parte in cui, una volta stabilito nella misura del 10 % l'utile conseguibile per l'esecuzione dell'appalto, ne ha disposto l'abbattimento nella misura del 50 %, non essendo stata fornita prova dell'*aliunde perceptum vel percipiendi*.

Diversamente da quanto argomentato dalla società appellante, va ribadito che proprio la commisurazione del *quantum* da liquidare all'*utile effettivo*, cui dà rilievo la sentenza n. 1866 del 2010, impone di identificare elementi e circostanze idonee ad incidere sul vantaggio economico concretamente ottenibile dal potenziale affidatario dell'appalto.

La sentenza di merito confermata in appello - ancorché la questione abbia formato oggetto di trattazione nelle note a difesa dell'amministrazione - non reca alcuna statuizione in ordine all'incidenza o meno dell'*aliunde perceptum* agli effetti della liquidazione del danno, tanto più che non è intervenuta una determinazione per equivalente del danno medesimo.

Ciò posto, per costante giurisprudenza il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se ed in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e

maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi.

Quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per fornire analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità con effetto equitativo del danno risarcibile.

L'applicazione del principio dell' *aliunde perceptum* mira, quindi, ad evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui avrebbe versato in assenza dell'illecito (Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317; sez. VI 19 aprile 2011, n. 2427; 21 settembre 2010, n. 7004; 21 settembre 2010, n. 7004; 21 maggio 2009, n. 3144).

In mancanza di prova da parte del danneggiato, il criterio riduttivo opera in via generale per tutte le tipologie di appalto e, quindi, con riguardo anche alla gara che ha innescato la presente controversia, finalizzata alla stipula di un contratto misto, in cui concorrono prestazioni di esecuzione lavori, fornitura di materiali, gestione informatica del servizio, con manutenzione del *software* e dell'*hardware* installati, nonché istruzione del personale sull'utilizzo di materiali ed attrezzature.

2.3. Con il terzo mezzo N.G.C. assume che il T.A.R. ha immotivatamente disatteso le conclusioni della perizia contabile di parte, che ha stimato l'utile effettivo nella misura del 22% dell'importo dell'offerta formulata, pari ad euro 3.496.000,00.

Il collegio ritiene di non doversi discostare dalle conclusioni del primo giudice, che ha considerato non determinante in assoluto il

raccordo fra margine operativo lordo, desunto dalla contabilità aziendale, e la determinazione dell'utile netto per singolo appalto.

Ciò anche ove si consideri che l'offerta economica è formulata in regime concorrenziale con le altre imprese e, quindi, con contenimento dei costi ai fini del favorevole esito della gara.

E' quindi corretta la fissazione al 10 % della soglia dell'utile conseguibile, che la giurisprudenza prevalente, muovendo dall' art. 345 della legge n. 2248 del 1865, all. F, ravvisa congruamente compensativo del profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto.

2.4. E', invece, fondato il quarto motivo di impugnativa, nella parte in cui N.G.C. lamenta che il T.A.R. - nel formulare il giudizio prognostico in ordine alle *chances* di possibile aggiudicazione da parte di N.G.C. della gara annullata in sede giurisdizionale - ha violato il criterio fissato nel giudizio di cognizione, concernente l'applicazione di "*un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione al numero di partecipanti alla gara*".

Il T.A.R. - muovendo dal numero dei concorrenti (due) e dalla modulazione delle offerte nell'ambito della gara annullata dal T.A.R. - ha prima applicato un coefficiente riduttivo del 40 % in abbattimento dell'utile effettivo; ha poi preso in considerazione lo scenario di un'ulteriore procedura selettiva e, ipotizzando la partecipazione di quattro concorrenti, ha applicato un ulteriore coefficiente di riduzione, pari al numero delle imprese concorrenti in entrambe le gare (sei), raggiungendo la somma finale di euro 52.979,00, derivante

dalla divisione per sei del vantaggio economico conseguibile.

Osserva in proposito il collegio che il criterio di liquidazione - riferito al *numero dei partecipanti alla gara* - nella sua formulazione letterale si presenta puntuale e fa riferimento ad un'unica procedura selettiva, che si identifica in quella oggetto di annullamento, di cui si ipotizza la riedizione in uno scenario indenne da vizi di legittimità.

Se il giudice di cognizione avesse ritenuto di raccordare il giudizio prognostico ad un numero di concorrenti diverso da quello della gara annullata lo avrebbe detto espressamente, con locuzione lessicale riferita all'ipotetico numero di operatori del settore, che avrebbero, in ipotesi, preso parte ad un nuovo confronto concorrenziale.

Il giudice territoriale è incorso, inoltre, in un'ulteriore violazione del criterio di liquidazione del danno stabilito nel giudizio di cognizione, che prende in considerazione un singolo confronto concorrenziale.

Il T.A.R. ha, infatti, prefigurato una doppia ripetizione della gara, la prima fra i due originari concorrenti, la seconda fra quattro assunti in via di ipotesi; ha così poi dato luogo, ai fini dell'identificazione dei criteri di liquidazione del danno, ad un'indebita commistione fra il numero delle imprese ammesse alla prima gara e quello degli operatori che avrebbero in ipotesi preso parte alla seconda e cioè fra parametri in ogni caso da mantenere distinti, ove si consideri che la *chance* di vittoria va pronosticata, con scelta logica e coerente, all'interno del un singolo confronto concorrenziale, dandosi altrimenti luogo ad una non consentita duplicazione dei criteri riduttivi.

2.5. Non si configura, infine, illogico e tantomeno immotivato il

criterio del T.A.R. che ha determinato in una percentuale del 40% la possibilità di vittoria di N.G.C. in una rinnovata partecipazione a due. Esso, invero, muove dal corretto riscontro della maggiore onerosità dell'offerta economica di N.G.C. di ben cinque punti in raffronto a quella prodotta dall'altro concorrente, che costituisce un dato obiettivo ragionevolmente incidente sulla *chance* di vittoria.

Per le considerazioni che precedono la somma dovuta a titolo di risarcimento dall'Azienda Ospedaliera convenuta va determinata in euro 317.874,00.

La predetta somma va incrementata, in base ai capi della sentenza del T.A.R. non contestati, del 2 % per danno curriculare ed all'immagine, sì che l'ammontare del risarcimento complessivamente dovuto va quantificato in euro 324.231,48= oltre interessi e rivalutazione monetaria, da calcolarsi con la decorrenza e secondo i criteri stabiliti nella sentenza medesima.

2.6. Stante la reciprocità dei capi di soccombenza spese ed onorari del doppio grado di giudizio vanno integralmente compensati fra le parti.

2.7. In relazione alla materia del contendere ed agli oneri indotti derivanti dalla presente decisione a carico dell'Amministrazione, il Collegio reputa opportuno l'invio della stessa, unitamente agli atti del giudizio, alla Procura Regionale della Corte dei Conti per la Lombardia, per ogni valutazione di sua competenza in ordine all'eventuale sussistenza di profili di responsabilità per danno erariale.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto - in parziale riforma della sentenza appellata - condanna l'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate al pagamento in favore della ricorrente della somma di euro 324.231,48, con maggiorazione per interessi e rivalutazione monetaria, per il titolo e nei limiti di cui in motivazione.

Spese doppio grado compensate.

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

Dà mandato alla Segreteria della Sezione di trasmettere copia della presente sentenza e degli atti del giudizio alla Procura Regionale della Corte dei Conti per la Lombardia.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/03/2014

IL SEGRETARIO

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