

L'obbligo di esclusione vale nel caso di irregolarità contributiva [e/o per altre cause di esclusione tassative o carenza di requisiti] dell'offerente e non opera nel caso di irregolarità dell'impresa ausiliaria.

In quest'ultimo caso, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice dei contratti: *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”*

In altri termini, ferma la facoltà di soccorso istruttorio (che tuttavia ha un perimetro ontologicamente diverso e, come noto, è precluso per rimediare alle cause di esclusione accertate o alla carenza di requisiti) nel caso di irregolarità escludenti in capo all'impresa ausiliaria la stazione appaltante non può procedere immediatamente all'esclusione o chiedere una inammissibile regolarizzazione, ma deve imporre al concorrente la sostituzione dell'ausiliaria.

L'esclusione opera successivamente solo in caso di mancata sostituzione o di inidoneità dell'ausiliaria subentrante

26 aprile 2018, n. 2527

N. 02527/2018REG.PROV.COLL.

N. 06628/2017 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 iscritto al numero di reg. gen. 6628 del 2017, proposto da:

Società Gaspari Gabriele s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato ...

contro

E.R.A.P. Marche - Ente Regionale per l'abitazione pubblica della Regione Marche, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato ...

Ambrosetti Group s.r.l., in persona del legale rappresentante rappresentata e difesa dagli avvocati ...

nei confronti

Società Co.Ge.Ver. s.r.l. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00640/2017, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ambrosetti Group s.r.l. e di E.R.A.P. Marche;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2017 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Andrea Galvani, Benedetto Giovanni Carbone, Galileo Omero Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. E.R.A.P. Marche – Ente regionale per l'abitazione pubblica bandiva una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria e ripristino strutturale del fabbricato di sua proprietà sito nel Comune di Ascoli Piceno, località Monticelli, al Largo dei Fiordalisi, 1.

2. L'Ambrosetti Group s.r.l. partecipava alla procedura avvalendosi della società Co.Ge.Ver. s.r.l. che le metteva a disposizione i propri requisiti di capacità finanziaria e tecnica, nonché la qualificazione SOA per la categoria OG1 Classifica VIII.

2.1. Allegata alla domanda di partecipazione, era la dichiarazione della Co.Ge.Ver s.r.l., di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, attestante di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, nonché dei contributi previdenziali.

3. La procedura si concludeva con l'aggiudicazione definitiva, avvenuta con determina del 21 aprile 2017, n. 113, a favore della Ambrosetti Group s.r.l.; al secondo posto della graduatoria era collocata la Gaspari Gabriele s.r.l.

4. Effettuato l'accesso ai documenti, la Gaspari Gabriele s.r.l. veniva a conoscenza del fatto che nella fase di verifica dei requisiti precedente l'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante aveva constatato la situazione di irregolarità contributiva della Co.Ge.Ver. s.r.l. e che, pertanto, aveva richiesto la regolarizzazione, dapprima informalmente e, successivamente, con espressa comunicazione, e fissato, altresì, a questo fine un termine di quindici giorni. Apprendeva, inoltre, che la Co.Ge.Ver. s.r.l., successivamente a dette comunicazioni, aveva trasmesso una dichiarazione di regolarità contributiva valida fino al 5 agosto 2017, allegando il D.U.R.C. regolare.

5. La Gaspari Gabriele s.r.l. proponeva, allora, ricorso al Tribunale amministrativo regionale per le Marche, per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva; per la ricorrente la stazione appaltante non avrebbe potuto richiedere all'aggiudicataria di attivarsi per la regolarizzazione del D.U.R.C. presentato dall'ausiliaria, ma avrebbe dovuto escluderla dalla procedura. A sostegno del motivo, era richiamata la giurisprudenza nazionale ed euro-unitaria per la quale la correttezza contributiva deve sussistere dal momento della presentazione della domanda e per tutta la durata della gara, onde l'eventuale iniziale regolarità non vale a consentire la partecipazione (e, successivamente, ad ottenere l'aggiudicazione)

nel caso in cui la stessa sia venuta meno nel corso della procedura; l'istituto della regolarizzazione, previsto dall'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013 n. 69 riguarda esclusivamente i rapporti tra l'impresa e gli enti previdenziali.

5.1. Si costituivano in giudizio E.R.A.P. Marche e la controinteressata che concludevano per il rigetto del ricorso.

Con sentenza 31 luglio 2017, n. 640, il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, sezione I, respingeva il ricorso, compensando le spese di lite.

6. Nei confronti della sentenza di primo grado ha proposto appello la Gaspari Gabriele s.r.l.; si sono costituite la E.R.A.P. Marche e la Ambrosetti Group s.r.l., presentando memorie.

Alla camera di consiglio del 9 novembre 2017, fissata per la decisione sull'istanza di sospensione degli effetti della sentenza di cui all'art. 98 Cod. proc. amm., il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata. Le parti hanno discusso e la causa è stata assunta in decisione.

7. L'appellante ha proposto due motivi di appello, ciascuno diretto avverso una delle due parti in cui si articola la sentenza di primo grado.

I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, sono fondati nei limiti che saranno precisati; vanno accolti e la sentenza impugnata riformata.

8. E' bene muovere dalla motivazione della sentenza impugnata: afferma che, diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente, i principi dettati dalle sentenze dell'Adunanza plenaria 29 febbraio 2016, n. 5 e 25 maggio 2016, n. 10 – per cui la stazione appaltante è tenuta ad escludere l'impresa con D.U.R.C. irregolare non potendo adottare l'invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di D.U.R.C. negativo), di cui all'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, previsto solo nei rapporti tra privato ed ente previdenziale – operano solo quando l'operatore economico, non in regola con il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, abbia partecipato alla procedura come impresa singola.

Diversamente, quando la partecipante si sia avvalsa di un'impresa ausiliaria in condizione di irregolarità contributiva, trova applicazione l'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per il quale la stazione appaltante che rileva in capo all'ausiliaria la carenza di uno o più requisiti di ammissione, tra i quali la regolarità contributiva, ne deve imporre la sostituzione all'impresa concorrente.

8.1. Successivamente, la sentenza espone le ragioni per le quali la decisione di E.R.A.P. Marche di consentire la regolarizzazione era corretta. È fatto riferimento, in questa parte della sentenza impugnata, ad una serie di circostanze di fatto sui rapporti tra I.N.P.S. e la Co.Ge.Ver. s.r.l. e, segnatamente al fatto che le somme reclamate dall'ente previdenziale si riferivano agli anni 2012 - 2013, per i quali era già stato emesso un D.U.R.C. positivo negli anni 2015 - 2017, onde la società era in buona fede nel ritenere di non essere debitrice di somme; né poteva porsi a suo carico un onere di monitorare la situazione contributiva, specie in relazione ad annualità per le quali non poteva sospettare di trovarsi in situazione di irregolarità.

8.2. La conclusione è che *“un operatore economico non può subire le deleterie conseguenze legate alla perdita dell'aggiudicazione di un appalto pubblico (...) a causa dell'emissione di un d.u.r.c. negativo fondato su pretese unilaterali dell'istituto previdenziale, non risultati da atti amministrativi o sentenze inoppugnati”*.

9. L'appellante contesta la decisione di primo grado sotto svariati profili. Il primo, processuale - secondo cui la sentenza non poteva assumere la regolarizzazione operata dalla stazione appaltante nella fattispecie dell'art. 89, comma 3, cit., in mancanza di ricorso incidentale della controinteressata - non merita approfondimento, perché certamente infondato considerato che il giudice ha, così, indentificato le norme del diritto cui si riferisce la fattispecie (*iura novit curia*: art. 113 Cod. proc. civ.).

9.1. Va qui esaminata, invece, la censura, svolta nella parte finale di entrambi i motivi di appello, con la quale l'appellante assume che la sentenza erra nel

ritenere legittima la richiesta di regolarizzazione rivolta dalla stazione appaltante alla Co.Ge.Ver s.r.l. per il tramite della aggiudicataria ausiliata.

10. È qui necessario ricostruire i fatti che hanno preceduto il giudizio come emergono dai documenti in atti. Infatti, E.R.A.P. Marche, nella propria memoria difensiva, ha proposto una diversa ricostruzione, negando vi sia stata regolarizzazione alcuna della posizione contributiva da parte della Co.Ge.Ver s.r.l.. Siffatta ricostruzione, seppur in modo non lineare, sembra sussunta dalla sentenza appellata che afferma essersi verificato uno scambio di chiarimenti per le vie brevi tra l'aggiudicataria e la stazione appaltante, tale da indurre quest'ultima a ritenere che non si fosse in presenza di vera e propria situazione di *irregolarità contributiva*.

L'appellante contesta anche tali passaggi della sentenza (nel secondo motivo di appello), che, dunque, vanno vagliati in questa sede.

10.1. Assume la stazione appaltante che il RUP, nella verifica dei requisiti per procedere all'aggiudicazione definitiva, non avrebbe richiesto la regolarizzazione della posizione contributiva, ma avrebbe solo imposto di chiarire le ragioni per le quali, a fronte di un D.U.R.C. regolare rilasciato il 4 novembre 2016, nel fascicolo contributivo elettronico risultavano pendenze relative al 2012.

A seguito della richiesta di chiarimenti, poi, non sarebbe avvenuta la regolarizzazione mediante pagamento postumo di contributi previdenziali non corrisposti in precedenza, ma solo l'apertura di un contraddittorio tra la società e l'ente previdenziale.

10.2. La controinteressata, dal canto suo, qualifica l'attività del RUP come richiesta di "regolarizzazione", ma specifica che, con tale terminologia - definita "inappropriata" - non si intendeva autorizzare un pagamento postumo, ma solo concedere un termine per sistemare la posizione contributiva nei confronti dell'ente previdenziale.

11. L'esame degli atti di causa conduce a ritenere accertate le seguenti circostanze di fatto: - che con mail del 7 aprile 2017 E.R.A.P. Marche – Presidio di Ascoli Piceno

chiedeva alla impresa aggiudicataria e alla sua ausiliaria di *“procedere con estrema sollecitudine alla regolarizzazione del DURC”*, poiché il Presidio di Ancona, con precedente mail (di poche ore prima) aveva trasmesso il DURC *“risultato non regolare”* della Co.Ge.Ver. s.r.l.; - che con nota del 10 aprile 2017, l'E.R.A.P. Marche – Presidio di Ascoli Piceno, precisato nuovamente che il DURC trasmesso dal Presidio di Ancona risultava irregolare nel versamento di contributi I.N.P.S. per l'importo di € 75.820,95, chiedeva *“la regolarizzazione della suddetta contribuzione previdenziale, entro e non oltre il termine perentorio di 15 giorni dal ricevimento della presente pec”*, pena l'impossibilità di procedere all'aggiudicazione definitiva; - che in data 20 aprile 2017 la Co.Ge.Ver s.r.l. trasmetteva DURC regolare avente validità fino al 5 agosto 2017.

11.1. Non è dato invece evincere con chiarezza dai documenti in atti se la società abbia conseguito la regolarità contributiva mediante il pagamento di somme (come sembra evincersi dalle note inserite nel fascicolo elettronico con data 10 marzo 2017), ovvero solo mediante un atto di autotutela assunto dall'ente previdenziale. Si tratta, però, di circostanza irrilevante ai fini del presente giudizio, poiché risultano accertati due elementi decisivi e cioè che l'ausiliaria, al momento dell'aggiudicazione presentava un D.U.R.C. irregolare e che la stazione appaltante ne ha richiesto la regolarizzazione.

12. Così ricostruiti i fatti di causa, è possibile ora procedere all'esame della censura svolta dall'appellante. Essa è fondata per le ragioni che saranno esposte.

13. Con la sentenza 29 febbraio 2016, n. 6, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha definitivamente affrontato la questione dell'ammissibilità della regolarizzazione postuma della posizione contributiva di operatore economico partecipante ad una procedura di evidenza pubblica dettando il seguente principio di diritto: *“Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, 8° comma, d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013 n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed*

assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.” (principio ribadito dall'Adunanza plenaria con la sentenza 25 maggio 2016, n. 109).

La stazione appaltante che, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, riceve dall'ente previdenziale comunicazione di D.U.R.C. irregolare è tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione.

14. Come bene ritenuto dalla sentenza, tuttavia, l'obbligo di immediata esclusione vale nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi. Vi osta, infatti, la regola dettata - all'interno del nuovo *Codice dei contratti pubblici* - dall'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per il quale: *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”*.

14.1. La disposizione costituisce una novità del nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016, recependo la previsione dell'art. 63 dir. 24/2014/UE, per cui: *“L'amministratore aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”* con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione di cui all'art. 80.

In precedenza, sotto la vigenza del *Codice dei contratti pubblici* di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, la sostituzione era consentita solo nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e solamente nella fase esecutiva (così Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169).

L'art. 89, comma 3, cit., invece, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito "istituto del tutto innovativo" da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359, dove era stato posto il problema dell'immediata applicabilità dell'art. 63 cit. prima del suo recepimento da parte dell'ordinamento nazionale, nonché da Corte di Giustizia dell'Unione europea in C-223/16 del 14 settembre 2017 causa Casertana costruzioni s.r.l. dove era stata sottoposta la medesima questione).

14.2. La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura è istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), ma risponde all'esigenza stimata superiore di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso.

15. Giunge al Collegio la questione se, in caso di irregolarità nella posizione contributiva dell'ausiliaria (motivo di esclusione obbligatoria ex art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la stazione appaltante possa imporre all'operatore economico, anziché la sostituzione dell'ausiliaria di cui al più volte citato art. 89, comma 3, la regolarizzazione.

15.1. Ritiene il Collegio che al quesito debba darsi risposta negativa. Ostando le stesse ragioni che Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6, ha ritenuto impeditive della regolarizzazione contributiva dell'operatore economico che abbia partecipato come impresa singola e, in particolare, anche a prescindere dalla natura dell'invito alla regolarizzazione (che quella sentenza chiaramente definisce: "*istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici*"), il principio di autoresponsabilità e parità di trattamento. Se, infatti, come già detto, l'innovazione legislativa è intesa a non penalizzare eccessivamente l'operatore economico che abbia fatto affidamento sulle capacità e i requisiti di un terzo, e che, senza colpa, si sia affidato a un soggetto poi risultato inadeguato, tuttavia, la medesima esigenza non può porsi nei confronti di quest'ultimo. A questo, insomma, necessariamente vanno riferite le conseguenze negative della sua condotta, ovvero, nel caso di specie, di non poter trarre vantaggi economici dalla partecipazione all'esecuzione di un appalto pubblico.

Il principio di parità di trattamento vale non solo nei rapporti tra gli operatori economici concorrenti, ma anche tra questi e i loro ausiliari. Perciò questi ultimi come i primi debbono "*sopportare le conseguenze di errori, omissioni e, a fortiori, delle falsità commesse nella formulazione dell'offerta e nella presentazione delle dichiarazioni*" (così, ancora una volta, secondo l'Adunanza plenaria; la quale, a sua volta, rinvia a Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

15.2. Per completezza deve precisarsi che l'eventuale errore dell'I.N.P.S. cui sarebbe dovuto, secondo la stazione appaltante e la controinteressata, l'emissione di un D.U.R.C. negativo, così come la circostanza che nessun pagamento postumo (affermazione che si legge nell'ultimo paragrafo della memoria della controinteressata) sia avvenuto, non rileva in sede di procedura di aggiudicazione, non essendo la stazione appaltante tenuta a effettuare un proprio vaglio preliminare della correttezza dell'operato dell'ente previdenziale. Siffatto profilo della vicenda attiene ai rapporti tra

l'impresa e l'ente previdenziale e non rileva, nel presente giudizio, come invece erroneamente ritenuto dalla sentenza impugnata.

16. Per le ragioni esposte, la stazione appaltante avrebbe dovuto imporre la sostituzione dell'impresa ausiliaria e non richiedere la mera regolarizzazione della sua posizione contributiva. La sentenza impugnata che ha ritenuto corretto l'operato dell'amministrazione va, pertanto, riformata, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione (determina di E.R.A.P. Marche – Presidio di Ascoli Piceno n. 113 del 21 aprile 2017).

17. L'appellante ha formulato in primo grado – e riproposto in appello – l'intero apparato delle domande contemplato dal *Codice del processo amministrativo*: dunque, non solo la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, ma anche quella di dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente intervenuto, e di risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ovvero attraverso l'aggiudicazione dell'appalto e il subentro nel contratto. In via subordinata ha, infine, proposto la domanda di risarcimento del danno per equivalente nella misura del 10% dell'importo dell'appalto rispetto all'offerta economica presentata, oltre al danno c.d. curriculare e alle spese occorse per la partecipazione.

17.1. E.R.A.P. Marche ha depositato nel presente giudizio il contratto stipulato con la Ambrosetti Group s.r.l. il 2 agosto 2017, nonché documentazione attestante l'avanzamento dei lavori.

17.2. Ritiene il Collegio di respingere la domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto.

Ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm. il giudice, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, qualora il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro sia stata proposta, valuta se dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato alla luce di una serie di elementi ivi espressamente indicati. Si tratta, in particolare, *“degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce di*

vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto”.

Nel caso in esame, appare preponderante su ogni altra considerazione lo stato decisamente avanzato di esecuzione del contratto, dimostrato dai documenti versati in giudizio dalle resistenti, che rende fuori luogo – anche alla luce delle esigenze imperative di interesse generale alla realizzazione degli appalti pubblici - imporre una stasi nell’attività appaltata, quale giocoforza si determinerebbe ove si consentisse il cambio dell’appaltatore, anche in ragione della situazione abitativa, che appare tuttora precaria, degli abitanti del grattacielo di Largo Fiordalisi (come si ricava dall’ordinanza del Sindaco del Comune di Ascoli Piceno del 29 agosto 2016 n. 338, in atti).

Il contratto, pertanto, continua a produrre i suoi effetti tra le parti originarie, senza dar luogo al subentro dell’odierno appellante nella posizione dell’originario aggiudicatario.

18. Escluso il risarcimento in forma specifica mediante subentro nel contratto, occorre vagliare la domanda di risarcimento dei danni per equivalente, come imposto, peraltro, dall’art. 124 Cod. proc. amm.. Questa può essere accolta nei limiti che si vanno ad esporre.

18.1. L’appellante ha richiesto la condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno nella misura del 10% dell’importo dell’appalto rispetto all’offerta economica presentata, oltre al danno c.d. curriculare e le spese sostenute per la partecipazione alla procedura.

Senonché, nella vicenda oggetto del giudizio, non ricorre un danno c.d. da mancata aggiudicazione, da risarcire, per costante giurisprudenza amministrativa, nella misura del c.d. *interesse positivo* che ricomprende sia il mancato guadagno sia il danno c.d. curriculare (da ultimo, sui principi della giurisprudenza in tema di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione, Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2 e le pronunce ivi richiamate), quanto, piuttosto, il danno c.d. da perdita di *chance* favorevole.

18.2. Il risarcimento del danno da perdita di *chance* esprime uno schema di reintegrazione patrimoniale riguardo un bene della vita connesso a una situazione soggettiva che, quando è sostitutiva di una reintegrazione in forma specifica come nei contratti pubblici, poggia sul fatto che un operatore economico che partecipa ammissibilmente a una procedura di evidenza pubblica, per ciò solo, è stimabile come portatore di un'astratta e potenziale *chance* di aggiudicarsi il contratto (così come chiunque, in generale, partecipi ad una procedura comparativa per la possibilità di conseguire il bene o l'utilità messi a concorso). La *chance* iniziale e virtuale, che muove dall'essere in potenza la medesima per tutti i concorrenti, varia poi nel concretizzarsi e diviene misurabile in termini: non trattandosi di competizione di azzardo ma di contesa professionale in cui occorre mostrare titoli e capacità, diviene effettiva e aumenta o diminuisce nel corso della procedura fino a concentrarsi nella dimensione più elevata in capo all'operatore primo classificato al momento della formulazione della graduatoria finale, sfumando progressivamente in capo agli altri.

Perciò se, nel corso della procedura, condotte illegittime dell'amministrazione contrastano la normale affermazione della *chance* di aggiudicazione, viene leso l'interesse legittimo dell'operatore economico e – se è precluso anche il bene della vita cui l'interesse è orientato – è lui dovuto il risarcimento del danno nella misura stimabile della sua *chance* perduta (altra cosa è la questione della concezione, ontologica o eziologica della *chance*, sulla quale di recente questa Sezione, con sentenza 11 gennaio 2018, n. 118, ha devoluto la questione all'Adunanza Plenaria; ma sulla *chance* come entità patrimoniale a sé, v. Cons. Stato, VI, 21 luglio 2016, n. 3304; V, 22 settembre 2015, n. 4431; V, 30 giugno 2015, n. 3249; IV, 20 gennaio 2015, n. 131; V, 17 giugno 2014, n. 3082 e a partire da Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686).

18.3. La tecnica risarcitoria della *chance* impone un ulteriore necessario passaggio: posto che l'illegittima condotta dell'amministrazione ha qui determinato un danno risarcibile nei termini indicati, per la sua quantificazione

occorre definire la misura percentuale che nella situazione data presentava per l'interessato la probabilità di aggiudicazione - la *chance* appunto - tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e come poi si sarebbe evoluta.

18.4. Si tratta di passaggio necessario: per la giurisprudenza l'operatore può beneficiare del risarcimento per equivalente solo se la sua *chance* di aggiudicazione ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "*probabilità seria e concreta*" o anche "*elevata probabilità*" di aggiudicazione del contratto. Al di sotto di tale livello, dove c'è la "*mera possibilità*" di aggiudicazione, vi è solo un ipotetico danno comunque non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto (cfr., in tema di pubblici concorsi, Cons. Stato, III, 27 novembre 2017, n. 5559, nonché Cass., lav., 25 agosto 2017, n. 20408; in tema di contratti pubblici, Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740; VI, 4 settembre 2015, n. 4115; 5 marzo 2015, n. 1099; VI, 20 ottobre 2010, n. 7593).

18.5. In questa direzione, la quantificazione percentuale della figurata lesione della *chance* identifica la dimensione effettiva di un lucro cessante; del resto, l'operatore che partecipa alla gara non è titolare attuale di un elemento patrimoniale che viene leso dall'attività amministrativa, ma di una situazione soggettiva strumentale al conseguimento di un'utilità futura.

L'utilità futura - l'essere parte del contratto e il trarne il legittimo lucro - è il bene della vita che gli è negato dall'azione illegittima dell'amministrazione. La *chance* vi rapporta in termini probabilistici le circostanze concrete, allegare e provate, che rilevano per definire, nei limiti del presumibile, la reale probabilità che aveva l'operatore economico di essere prescelto e così di conseguire quell'utilità: in una ricostruzione "dinamica" dell'evolversi della vicenda e non "statica" (cfr. Cons. Stato, V, 8 ottobre 2014, n. 5008; 17 luglio 2014, n. 3774).

19. Facendo applicazione di tali principi alla vicenda oggetto del giudizio, va rilevato che è accertato che E.R.A.P. Marche, richiedendo la regolarizzazione della

posizione contributiva dell'ausiliaria invece di imporne la sostituzione, ha indebitamente influito sulle possibilità di aggiudicazione della Ambrosetti Group s.r.l., aumentandole, e della società Gaspari Gabriele s.r.l., diminuendole.

19.1. Se, infatti, l'amministrazione, come dovuto, avesse richiesto la sostituzione dell'ausiliaria, all'eventuale inerzia o all'indicazione di soggetto inidoneo da parte dell'aggiudicataria, sarebbe potuto seguire l'aggiudicazione a favore della seconda classificata.

19.2. Perciò, considerato che, da un lato, la regolarizzazione è stata richiesta quando l'offerta dell'appellante era già stata considerata valida e inserita al secondo posto della graduatoria, ma, d'altro canto, valutato che, se l'amministrazione avesse richiesto la sostituzione dell'ausiliaria, è oggettivamente ipotizzabile – secondo *l'id quod plerumque accidit* e a parità dei restanti fattori - che Ambrosetti Group s.r.l. si sarebbe attivata individuando un'impresa ausiliaria idonea, è possibile concludere che l'appellante aveva una concreta *chance* di aggiudicazione del contratto (quantificabile, a far ricorso alla sintesi percentuale, intorno al 20%) e dunque, non “mera possibilità di conseguire l'utilità sperata” .

20. Definita la consistenza della *chance*, occorre passare alla identificazione del mancato guadagno, vale a dire del *lucro cessante* in cui essa consiste.

Considerato che il ribasso offerto dall'appellante, pari al 23,245% sul valore dell'appalto, era sostanzialmente equivalente al ribasso offerto dall'aggiudicataria (pari a 23,750%) onde, come si evince dal contratto stipulato, la società Gaspari Gabriele s.r.l. avrebbe svolto i lavori ricevendone il corrispettivo di € 1.567.498,65, avendo conto dell'utile che normalmente avrebbe potuto trarre - che non potrà stimarsi superiore al dieci per cento del valore a base d'asta (€ 156.749,86) - ed applicando ad esso la percentuale della *chance* precedentemente esposta (20%), il Collegio giunge ad individuare nella somma di € 31.349,97 il mancato guadagno a tale titolo (secondo il modello enunciato già da Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279).

20.1. Alla somma così definita deve sottrarsi l'*aliunde perceptum vel percipiendum* forfettariamente individuato in mancanza di quantificazione di parte (cfr. su tale ultimo profilo Cons. Stato, III, 4 ottobre 2017, n. 4627: “*la detrazione dell’aliunde perceptum vel percipiendum è un principio consolidato [...] perché il principio di integrale ristoro del danno [...] comporta [...] che il danneggiato non possa ottenere una indebita locupletazione dal fatto illecito, ciò che avverrebbe se una impresa, oltre a vedersi ristorato [...] il danno da mancata aggiudicazione della commessa, non vedesse sottratto dalla sua sfera giuridica patrimoniale quanto ha comunque conseguito, proprio per effetto della mancata esecuzione di questa e della “liberazione” di risorse, uomini, e mezzi per lo svolgimento di diverse commesse, eseguendo altri rapporti contrattuali, [...] la liberazione di risorse e mezzi non impiegati nell’esecuzione della commessa è una esternalità positiva per l’impresa, per quanto generata da un fatto causativo di danno, sotto altra angolatura*”. Si giunge, al fine, a riconoscere dovuta la somma di € 25.000,00 a titolo di risarcimento del danno.

20.2. Quanto al c.d. *danno curriculare*, anche ad ammettere che sia compatibile con il risarcimento del danno per perdita di *chance*, esso è stato solo enunciato, ma non provato, perciò non può essere qui riconosciuto (così Cons. Stato, IV, 1 aprile 2015, n. 1708; V, 25 giugno 2014, n. 3220; sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004).

21. Passando all’esame del danno emergente, non può essere risarcito il danno consistente nelle spese sostenute per la partecipazione alla procedura, perché la partecipazione alle gare pubbliche di appalto implica per le imprese la sopportazione di costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione (Cons. Stato, IV, 1 aprile 2015, n. 1708).

22. La somma indicata quale danno da risarcire va poi incrementata per rivalutazione monetaria (secondo l’indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall’Istat), così da attualizzare al momento della liquidazione il danno subito, e gli

interessi legali sulla somma complessiva dal giorno della pubblicazione della sentenza (che con la liquidazione del credito ne segna la trasformazione in credito di valuta) sino al soddisfo.

23. La novità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese anche del presente 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 del Tribunale amministrativo regionale per le Marche n. 640/2017, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato (determina di E.R.A.P. Marche – Presidio di Ascoli Piceno n. 113 del 21 aprile 2017);

respinge la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra E.R.A.P. Marche e Ambrosetti Group s.r.l.;

condanna E.R.A.P. Marche al risarcimento del danno in favore di Società Gaspari Gabriele s.r.l. che quantifica in € 25.000,00 (venticinquemila,00) oltre interessi e rivalutazione.

Compensa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore