



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 9481 del 2015, proposto da:

Regione Abruzzo, in persona del Presidente della Regione pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Ador.Mare Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Comandé e Andrea Ciulla, con domicilio eletto presso l'avv. Carlo Comandé in Roma, via Pompeo Magno, n. 23/A; Studio Mallandrino Srl; Comune di Martinsicuro; La Dragaggi Srl; LMD Spa; General Progetti Srl, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 00345/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di consolidamento di scogliere esistenti e chiusura varchi nel Comune di Martinsicuro.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ador.Mare Srl, che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Cinzia Melillo, per l'Avvocatura generale dello Stato, e Carlo Comandé;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Pescara, Sez. I, con la sentenza 11 agosto 2015, n. 345, ha dichiarato improcedibile il ricorso proposto dalla Ador.Mare S.r.l. per l'annullamento: della determinazione RUP/n.2 del 22 ottobre 2013 (con la quale il Responsabile Unico del Procedimento del Servizio Opere Marittime e Acque Marine della Regione Abruzzo aveva disposto di aggiudicare definitivamente alla ATI costituita dalle società controinteressate la gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di consolidamento scogliere esistenti e chiusura varchi nel Comune di Martinsicuro), della determinazione RUP/n. 3 del 15 novembre 2013 (con la quale era stata rigettata la richiesta della società ricorrente circa l'esclusione dalla gara dell'ATI aggiudicataria) e della determinazione RUP/n.1 del 1 settembre 2013 (con la quale era stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della suddetta gara d'appalto); ha altresì parzialmente accolto la domanda risarcitoria.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- la domanda di annullamento dell'aggiudicazione era ormai improcedibile, atteso che le opere sono state eseguite e completate (come da certificazione del 24 febbraio

2015) e, quindi, non residuava alcuna possibilità di sostituzione della ricorrente nel rapporto oggetto dell'appalto; tuttavia, occorre conoscere dell'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della controinteressata ai soli fini di valutare l'ingiustizia del comportamento della PA, per decidere sulla domanda risarcitoria;

- a tal fine, la relazione della disposta verifica, con analisi dettagliata, puntuale e coerente, aveva evidenziato la mancanza nell'offerta dell'aggiudicataria della "relazione sulle indagini e i rilievi effettuati e propedeutici alla progettazione", prevista a pena d'esclusione dal n. 1, lett. c), par. X.4 del disciplinare di gara, e dello "studio di impatto ambientale", previsto dal n. 1, lett., f), par. X.4 del disciplinare di gara;

- il sito interessato ai lavori non ricadeva in zona SIC, ZPS o riserve naturali ed inoltre il Comitato VIA aveva escluso l'assoggettabilità a tale valutazione del progetto in questione; tuttavia, la produzione di tale documento era comunque prevista a pena di esclusione dalla lex specialis che, in quanto tale, vincolava anche la stazione appaltante;

- inoltre, il contenuto minimo di tale studio era tipizzato dall'art. 22 d.lgs. n. 152 del 2006;

- quanto all'altro documento non prodotto doveva rilevarsi che, seppure nel progetto definitivo presentato dalla soc. Dragaggi erano rinvenibili dati sui fondali e sugli effetti del mare sulla linea di costa, mancava comunque la relazione sulle indagini e rilievi a tal fine compiuti, che era evidentemente attività ben distinta;

- quanto ai criteri per la determinazione dell'importo dovuto a titolo risarcitorio si sarebbe dovuto innanzitutto verificare se, a seguito della rivalutazione delle offerte (ad opera della medesima commissione appositamente riconvocata e sulla base dei medesimi criteri), la parte ricorrente sarebbe risultata (virtualmente) aggiudicataria e, in tal caso, il danno sarebbe stato liquidato sotto forma di lucro cessante con

riferimento alla percentuale di profitto desumibile dalla concreta offerta presentata dalla medesima ricorrente;

- il danno cd. curricolare avrebbe dovuto essere risarcito nella misura in cui la parte ricorrente, nel caso in cui risultasse l'aggiudicataria virtuale ne avesse dimostrato la concreta sussistenza, vale a dire avesse dato dimostrazione della ingiusta perdita di un livello di qualificazione già posseduto ovvero della mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata esecuzione della commessa.

La Regione appellante ha contestato la sentenza del TAR, deducendo:

- Violazione art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006;
- Travisamento del fatto.

Si è costituita in giudizio Ador.Mare S.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo anche appello incidentale per i seguenti motivi:

- erroneità della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto ammissibile l'eccezione svolta dalla difesa erariale solo con la memoria di replica circa l'asserita assenza di automatismo nell'aggiudicazione in favore di Ador.Mare S.r.l. a seguito dell'esclusione dell'RTI La Dragaggi - violazione e falsa applicazione del principio del contraddittorio ex art. 2 c.p.a. - violazione e falsa applicazione dell'art. 73 c.p.a. con riferimento al contenuto delle memorie di replica - in subordine ed ove ritenuto indispensabile ai fini del decidere ex art. 104 c.p.a.: richiesta di ammissione dei nuovi documenti;
- erroneità della sentenza nella parte in cui afferma che "l'esclusione dell'aggiudicataria non implica necessariamente l'aggiudicazione alla seconda", disponendo di conseguenza la rivalutazione delle offerte e la formazione di una nuova graduatoria - violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 c.c.p. - violazione della legge di gara e, in particolare, del punto VII del disciplinare di gara
- violazione del principio sulla cristallizzazione della graduatoria nonché quelli

relativi alla valutazione dell'offerta tecnica prima di quella economica, alla trasparenza, far condicio e imparzialità nello svolgimento di una pubblica gara - violazione dei principi in tema di accertamento della condizione dell'id quod plerumque accidit;

- erroneità della sentenza nella parte relativa all'identificazione e quantificazione delle singole voci di danno risarcibili (capo 2.1., pag. 6) - errata valutazione dei presupposti nonché dei supporti probatori in atti - violazione degli artt. 1223 e 1226 c.c. - violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato - omessa pronuncia.

E' stato anche proposto appello incidentale in via subordinata in relazione agli ulteriori documenti mancanti nell'offerta della controinteressata aggiudicataria, non considerati dal TAR.

All'udienza pubblica del 25 febbraio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La Sezione rileva in punto di fatto che l'oggetto del giudizio riguarda la legittimità dell'aggiudicazione di una procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei "lavori di consolidamento scogliere esistenti e chiusura varchi nel Comune di Martinsicuro", indetta dalla Regione Abruzzo con bando di gara pubblicato per estratto sulla G.U.R.I. 3 aprile 2013, n. 39, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sulla base del progetto preliminare dell'Amministrazione, redatto in data 19 agosto 2011 dal Servizio Opere Marittime e Acque Marine.

All'esito della gara è stato individuato quale aggiudicatario provvisoria dell'appalto il RTI La Dragaggi, che ha ottenuto un punteggio complessivo pari a 53,73, di cui 32,52 assegnati per il progetto definitivo.

L'appellante Ador.Mare è risultata seconda in graduatoria, avendo ottenuto un punteggio complessivo pari a 49,74, di cui 36,41 assegnati all'offerta tecnica.

In seguito al ricorso di quest'ultima, il TAR, all'esito di una apposita verifica, ha riscontrato che l'offerta tecnica dell'aggiudicatario non era corredata da alcuni documenti richiesti a pena di esclusione, ex punto X.4.

2. Passando all'esame dell'appello, si deve rammentare in via generale che è da ritenersi legittima un'esclusione disposta per mancanza di documenti indicati dalla lex specialis di gara, da produrre obbligatoriamente a pena di esclusione, trattandosi di documenti espressione di specifiche prescrizioni poste dalla legge (o, come nel caso di specie, dal Regolamento sui contratti pubblici ex d.P.R. n. 2017-2010), ciò integrando la fattispecie del "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti" (cfr. anche Consiglio di Stato, Ad, Plen., 25 febbraio 2014, n. 9), non rimediabile con la regolarizzazione documentale postuma ex art. 46 del Codice dei contratti pubblici (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4869).

Tale principio è ancora più rilevante nelle ipotesi, come quelle in esame, in cui viene in rilievo un cd. appalto integrato ex art. 53, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 163 del 2006, nel quale il progetto definitivo rappresenta una parte integrante e sostanziale della domanda di partecipazione del concorrente.

Nel caso in esame, il par. X4 del disciplinare di gara, pedissequamente riproduttivo delle vigenti norme regolamentari, prescriveva la presentazione, tra gli altri, della "relazione sulle indagini e i rilievi effettuati e propedeutici alla progettazione" (par. X4, n. 1, lett. c) del disciplinare di gara) e dello "studio di impatto ambientale" (par. X4, n. 1, lett. f) del disciplinare di gara).

Il primo di tali documenti è previsto quale documento essenziale annesso al progetto definitivo dall'art. 24, comma 2, lett. b), d.P.R. n. 207-2010; il secondo dall'art. 24, comma 2, lett. e), d.P.R. n. 207-2010.

Le prescrizioni documentali contenute nel disciplinare di gara a pena di esclusione corrispondono dunque a specifiche previsioni del Regolamento e risultano, pertanto, legittime in coerenza con l'art. 46, comma 1- bis, d.lgs. n. 163 del 2006.

3. Sotto il profilo sostanziale, oggetto del secondo motivo d'appello della Regione, si deve evidenziare che il verificatore ha avuto l'incarico del TAR, espletandolo fedelmente e accuratamente, di riscontrare controllare non solo la carenza formale della documentazione prodotta, ma anche di verificarne se sostanzialmente esistevano in altri atti, comunque prodotti, i predetti documenti richiesti a pena di esclusione, procedendo all'indagine in concreto di tutta la documentazione prodotta dall'aggiudicatario sulla base delle regole tecniche che presiedono alla redazione dei progetti in gara, nell'esercizio di un corretto potere istruttorio sulla base degli artt. 64 e 66 c.p.a. (senza alcuna sostituzione delle valutazioni riservate all'Amministrazione).

Il verificatore in primo grado, con valutazioni approfondite e del tutto condivisibili, ha puntualmente accertato che, quand'anche in qualche documento possano rinvenirsi alcuni riferimenti a studi e documenti, non sussiste invece, anche sotto il profilo sostanziale, una vera e propria relazione propedeutica alla progettazione secondo ciò che è richiesto per tale tipologia di opera, né uno studio di impatto ambientale o altro documento analogo o equivalente.

L'appello della Regione deve essere respinto.

4.1. Deve passarsi all'esame del merito dell'appello incidentale, con la precisazione preliminare che il rigetto dell'appello principale della Regione rende improcedibile per carenza di interesse il motivo di appello incidentale condizionato, proposto in via subordinato (concernente l'omessa valutazione di altri documenti, anch'essi non prodotti dall'aggiudicatario nell'offerta di gara).

4.2. Il primo motivo d'appello incidentale è legato alla dedotta circostanza che solo con l'ultima memoria depositata in limine con lo svolgimento dell'udienza pubblica

avanti al TAR, la Regione ha rilevato la necessità della formazione di una nuova graduatoria per procedere alla delibazione della domanda risarcitoria.

Tale motivo, dedotto soltanto sotto il profilo formale, relativo alla sua tardiva deduzione è infondato, poiché il TAR ha necessariamente dovuto interrogarsi sulla spettanza del bene della vita in capo all'appellato per verificare l'esistenza di un danno risarcibile e il criterio adottato dal TAR per stabilirne la sussistenza prescinde dall'accoglimento dell'eccezione formulata dalla difesa erariale ed è autonomamente constatabile, anche d'ufficio, dal Giudice Amministrativo nell'ambito dell'accertamento ad esso demandato con la proposizione della domanda risarcitoria.

In questa prospettiva, dunque, il rilievo della Regione circa la necessità della formazione di una nuova graduatoria non si sostanzia in un'eccezione in senso proprio, bensì in senso improprio, quale mera argomentazioni difensiva tesa a contro argomentare circa l'insussistenza di un danno risarcibile.

5. Anche il secondo motivo d'appello incidentale è infondato, posto che, in primo luogo, come riconosce anche l'appellante incidentale, non è certamente applicabile al caso di specie (e alle ipotesi risarcitorie come quella in esame) la regola oggi stabilita dall'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, che espressamente prevede che la graduatoria rimanga congelata a prescindere da ogni successiva modifica, anche per via giurisdizionale, della compagine dei concorrenti.

In secondo luogo, si deve rilevare che il mancato riconoscimento di un'aggiudicazione automatica al RTI Ador.Mare dell'appalto in questione, in quanto seconda graduata, a seguito dell'esclusione del RTI La Dragaggi incide soltanto ed esclusivamente sotto il profilo risarcitorio per verificare la sussistenza della lesione del bene della vita e, conseguentemente del danno.

E' pur vero che è possibile fare applicazione degli ordinari criteri elaborati dalla giurisprudenza, civile ed amministrativa, in tema di accertamento della probabilità

per il RTI Ador.Mare di aggiudicarsi la procedura di gara in esame; ma se tale probabilità viene ragionevolmente messa in discussione tanto da non permettere al giudice di raggiungere il pieno convincimento circa l'esistenza nella specie del cd. "più probabile che non" (cfr., a contrario, Consiglio di Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131), è evidente che si aprono due possibili strade, egualmente percorribili: rigettare la domanda risarcitoria, ovvero verificare se, sulla base di un diverso criterio, sia possibile raggiungere un pieno convincimento in ordine a tale elemento della fattispecie aquiliana.

Nel caso in esame, tale criterio è stato riconosciuto nella riedizione della gara, mediante confronto a coppie, con un ragionamento formulato dal TAR con dovizia di argomentazioni non irragionevoli che, in questa sede, non può che trovare conferma, in quanto specificamente calibrato alla gara in oggetto e compatibile con il metodo del confronto a coppie, metodo che produce risultati che non sono ricostruibili ex post, sempre ai soli fini risarcitori, mediante un'operazione logico-costruttiva del giudice.

Pertanto, quando il giudice di primo grado non raggiunga un pieno convincimento in merito all'esistenza del danno risarcibile, anche in base al criterio del cd. "più probabile che non", è legittimo ricorrere ad altri ed ulteriori, purché ragionevoli, criteri induttivi per verificarne aliunde la sussistenza, così come è avvenuto nel caso in esame.

6. Parimenti infondato è l'ultimo motivo d'appello incidentale, con il quale l'appellata Ador.Mare srl ritiene che il quantum risarcitorio debba ricomprendere: il mancato utile sui lavori non eseguiti; il mancato risparmio delle spese generali; la perdita di chance e il danno curriculare; il danno conseguente alla mancata remunerazione dei costi sostenuti per la progettazione definitiva redatta nonché al mancato utile sulla progettazione.

Ritiene il Collegio che il TAR abbia fatto buon uso dei criteri di matrice giurisprudenziale funzionali alla liquidazione del danno.

Infatti, il TAR ha liquidato il lucro cessante con riferimento alla percentuale di profitto desumibile dalla concreta offerta presentata dalla medesima ricorrente, così come ritenuto compatibile da questo Consiglio in plurime decisioni (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839).

Lo stesso è a dirsi per quanto riguarda il danno curriculare, poiché nelle gare pubbliche non può trovare accoglimento la richiesta di risarcimento del danno curriculare del quale non sia stata fornita alcuna prova (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396).

Per quanto riguarda il mancato riconoscimento delle spese sostenute dall'appellato, si deve ribadire (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839) che nelle controversie aventi ad oggetto gli atti di gara pubblica non è risarcibile il danno per spese e costi di partecipazione alla gara, per le spese generali e legali e le spese di progettazione atteso che la partecipazione alle gare d'appalto comporta per i partecipanti costi che ordinariamente restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione che in caso di mancata aggiudicazione, a meno di non riconoscere un risarcimento per equivalente superiore alle perdite patrimoniali subite dal danneggiato, violando pertanto un principio fondamentale in tema di risarcimento; con il risultato che l'impresa concorrente illegittimamente pretermessa dalla aggiudicazione percepirebbe, in sede risarcitoria, più di quanto avrebbe avuto se avesse eseguito il contratto, poiché beneficerebbe sia dei vantaggi economici che avrebbe avuto se non avesse stipulato ed eseguito il contratto oggetto di gara, sia del lucro che avrebbe conseguito ove il contratto fosse stato eseguito; in definitiva, si cumulerebbero i danni da lesione dell'interesse negativo con quelli da lesione dell'interesse positivo, il che è da ritenere inammissibile alla luce dei principi in materia di risarcimento del danno.

Infine, il dedotto danno da perdita di chance non si ritiene dovuto, atteso che risulta assorbito dalla corresponsione della piena percentuale di profitto, come sopra indicato.

E' evidente che il danno liquidato ricomprende interessi e rivalutazione, secondo i noti principi elaborati da questa giurisprudenza, poste di danno pacificamente ricomprese nel quantum liquidato dallo stesso TAR, benché non esplicitate, atteso che la liquidazione è avvenuta solo "per criteria"; tali elementi accessori del credito aquiliano dovranno dunque essere specificati in sede esecutiva

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello principale deve essere respinto, in quanto infondato e l'appello incidentale deve essere in parte dichiarato improcedibile ed in parte respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate in base al principio della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

In parte dichiara improcedibile ed in parte respinge l'appello incidentale.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2016

IL SEGRETARIO

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