

N. 04595/2014REG.PROV.COLL.
N. 06269/2013 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6269 del 2013, proposto da:
Barbieri Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Sara Di
Cunzolo, Francesco Marascio e Lucia Tempestini, con domicilio
eletto presso Francesco Marascio in Roma, via Giovan Battista
Martini, 2;

contro

Comune di Gioia Tauro;

nei confronti di

Francesco Deodato Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Ida
Leonardo e Gaetano Vizzari, con domicilio eletto presso Maria Ida
Leonardo in Roma, via Principessa Clotilde 2,; Matteo Sartori,
Cooprogetti Società Cooperativa;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI

REGGIO CALABRIA n. 00234/2013, resa tra le parti, concernente affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione di un centro polifunzionale - ris.danni-

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Francesco Deodato Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° aprile 2014 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Sara Di Cunzolo e Angelo Clarizia su delega di Gaetano Vizzari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso del 30.05.2012 il Comune di Gioia Tauro bandiva una gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione di un centro polifunzionale a servizio della Città porto.

All'esito della procedura, con determina n. 622 /2012, il Funzionario responsabile del settore aggiudicava definitivamente la gara all'impresa Francesco Deodato s.r.l..

Ritenendo illegittima detta determinazione la Barbieri Costruzioni s.r.l. , seconda classificata, adiva il Tar per la Calabria chiedendone l'annullamento, con risarcimento del danno da disporsi in forma specifica mediante aggiudicazione della commessa ovvero, in via subordinata, per equivalente.

Si costituiva in giudizio la Deodato, spiegando ricorso incidentale

volto ad ottenere l'esclusione della ricorrente.

Con motivi aggiunti la Barbieri impugnava gli atti di gara sotto nuovi profili di censura, in ragione dell'accesso agli atti nel frattempo esercitato.

Con sentenza n. 234/2013 il Tribunale adito respingeva il ricorso e, per tale ragione, non procedeva all'esame del ricorso incidentale spiegato dalla Deodato.

Avverso detta sentenza la Barbieri ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio la Deodato chiedendo il rigetto del gravame e riproponendo altresì, ai sensi dell'articolo 101, comma 2 del c. p. a. , tutte le doglianze formulate nel ricorso incidentale spiegato in primo grado e non esaminate dal Tar.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 1° aprile 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Osserva in via preliminare il collegio come, alla stregua dei più recenti insegnamenti della giurisprudenza comunitaria ed amministrativa in materia, nella specie vada deliberato sia il ricorso incidentale che quello principale, avendo ambedue i gravami carattere escludente.
2. Iniziando dal ricorso incidentale, questo si appalesa infondato.
3. Ed invero, con il primo motivo la Deodato deduce che l'offerta della Barbieri andava esclusa dalla gara per la omessa produzione, da

parte del progettista indicato (Ase Engineering Consulting Srl), della dichiarazione prevista dal punto 8 p. del disciplinare di gara, in ordine ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando.

Precisa, al riguardo, che dalla visura camerale storica della Ase si evince che:

- in data 29.10. 2009 è cessato dalla carica ed è stato sostituito il Direttore tecnico;
- in data 30.09.2009 sono cessati dalla carica tre amministratori, tra cui il Presidente del consiglio di amministrazione, muniti di rappresentanza.

Assume, quindi, che la dichiarazione resa in sede di gara sarebbe *“elusiva dell'onere dichiarativo imposto dall'art. 38 D.lgs 163/2006 e dalla lex specialis di gara, essendo state omesse le generalità del Direttore tecnico e degli amministratori..... cessati/sostituiti dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, impedendosi così all'amministrazione di identificare tutti i soggetti in relazione ai quali la dichiarazione è stata resa e precludendone in tal modo qualsiasi riscontro”*.

4. La doglianza non può essere condivisa.

Ed invero, a seguito delle modifiche introdotte con il D.L. n. 70/2011, l'articolo 38 del Codice degli appalti prevede che la sussistenza di cause preclusive alla partecipazione alle procedure concorsuali possa operare esclusivamente con riferimento ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e non più nel triennio antecedente detta data, come

disposto in precedenza.

Inoltre, sempre a seguito delle modifiche introdotte dal richiamato D.L. n. 70 del 2011, l'articolo 46, comma 1 bis, del Codice dispone espressamente che *“i bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

Ciò posto, considerato che nella specie la procedura concorsuale è stata bandita nella vigenza della richiamata normativa codicistica (il 30. 05. 2012), non v'è dubbio come l'invocata prescrizione di cui al punto 8 p. del disciplinare di gara risulti affetta da nullità, imponendo una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle normativamente prefissate.

Nullità, peraltro, che non solo è stata espressamente opposta dalla Barbieri, ma che ai sensi dell'articolo 31, comma 4, del c.p.a. ben può essere rilevata d'ufficio dal collegio.

Per quanto sopra, l'omissione da parte della Barbieri della dichiarazione prevista dalla invocata clausola di cui al punto 8 p. del disciplinare di gara, non può comunque comportare la sua esclusione dalla procedura concorsuale attesa la nullità, come già precisato, di detta clausola.

5. Con il primo profilo del secondo motivo di ricorso la Deodato deduce che l'offerta della Barbieri andava esclusa per aver firmato e timbrato l'offerta economica-tempo e l'offerta tecnica esclusivamente sui frontespizi e non anche in calce.

Assume, al riguardo, che *“la mancanza di sottoscrizione (in calce) non solo”* renderebbe *“impossibile attribuire l'effettiva paternità dei contenuti delle offerte*

alla concorrente in gara, ma' concretizzerebbe *"il rischio di violazioni della segretezza delle offerte e della par condicio degli altri concorrenti"*.

6. La doglianza non può essere condivisa.

Ed invero, sul piano formale, va rilevato come nella specie la normativa di gara non preveda in alcuna sua parte uno specifico onere di sottoscrizione degli elaborati compresi nelle offerte tempo e tecnica e, tanto meno, disponga l'esclusione dalla gara nel caso di inosservanza dello stesso.

Ed un onere siffatto, peraltro, non è altresì previsto da alcuna specifica disposizione normativa vigente in materia di appalti pubblici. Non v'è dubbio, pertanto, come la mancata sottoscrizione *"in calce"* agli elaborati anzidetti non sia, nella specie, automaticamente riconducibile ad alcuna specifica e testuale causa di esclusione.

Sul piano sostanziale, poi, osserva il collegio come la mancanza in questione non risulti neppure oggettivamente riconducibile ad una delle cause di esclusione previste in via generale dall'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente incidentale.

L'invocata disposizione codicistica, infatti, prevede l'esclusione dei concorrenti, per quanto qui interessa, nei seguenti casi tassativi:

- a. *"incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta"* a causa del *"difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali"*;
- b. *"non integrità del plico contenente l'offerta..... o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere..... che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte"*.

Orbene, l'integrità del plico contenente l'offerta della Barbieri non è stata minimamente contestata da parte della Deodato e, pertanto, il rilievo secondo cui la *“mancata sottoscrizione (in calce)”* degli elaborati compresi nell'offerta tecnica concretizzerebbe *“il rischio di violazioni della segretezza delle offerte e della par condicio degli altri concorrenti”* si appalesa priva di fondamento.

La certezza del “contenuto” dell'offerta formulata dalla Barbieri, poi, non viene parimenti messa in discussione dalla Deodato e, pertanto, non sussiste ragione per attardarsi sul punto.

Per ciò che attiene, infine, al “difetto di sottoscrizione”, osserva il collegio come lo stesso per comportare la necessaria ed automatica esclusione del concorrente, debba determinare *“l'incertezza assoluta..... sulla provenienza dell'offerta”*, risolvendosi altrimenti in una mancanza di natura formale inidonea a produrre l'effetto sanzionatorio disposto dalla norma.

Ed al riguardo va rilevato che:

- gli elaborati componenti l'offerta tecnica e quella economica-tempo sono stati tutti sottoscritti dalla Barbieri sul loro frontespizio;
- i restanti elaborati componenti l'offerta economica sono stati sottoscritti in modo completo dalla Barbieri;
- l'offerta nel suo complesso è pervenuta all'Amministrazione contenuta in un plico regolarmente sigillato ed incontrovertibilmente riconducibile alla Barbieri.

Nel caso di specie, quindi, non può ragionevolmente ritenersi che la sola mancata sottoscrizione in calce di una parte dell'offerta, possa

oggettivamente determinare la incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta stessa, riguardata nel suo complesso.

Né, peraltro, la rilevata carenza di sottoscrizione in calce può di per sé integrare la diversa ipotesi del difetto “*di altri elementi essenziali*”, come paventato dalla Deodato.

La richiamata normativa codicistica, infatti, distingue chiaramente le due diverse tipologie di “*difetto*”, sia sul piano letterale che su quello logico.

Sul piano letterale, invero, l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta è ricondotta partitamente al difetto di sottoscrizione in modo specifico “*o*” al difetto di “*altri*” (e quindi diversi) elementi essenziali, in modo generico.

Sul piano logico, poi, è di tutta evidenza come il primo costituisca parimenti una ipotesi di carenza di un elemento essenziale che il legislatore, però, ha ritenuto di richiamare in via autonoma e distinta rispetto alle altre ipotesi evocate, come già detto, in via generica.

Infatti, ove la sottoscrizione cui si riferisce la norma non dovesse essere intesa come elemento essenziale per determinare la provenienza dell'offerta, non vi sarebbe ragione alcuna per comminare l'esclusione dell'offerta stessa in caso di suo difetto.

Per quanto sopra, il contestato difetto di “*sottoscrizione in calce*” di una parte dell'offerta complessivamente riguardata, non può di per sé essere ricondotto alla diversa ipotesi contemplata dalla normativa codicistica del difetto di altri elementi essenziali dell'offerta stessa.

Conclusivamente il profilo di censura in esame si appalesa

inconducente.

7. Con il secondo profilo del secondo motivo di ricorso, la Deodato deduce che la Barbieri doveva essere esclusa in quanto gli elaborati progettuali richiesti *“per l'offerta tecnica..... avrebbero dovuto essere necessariamente sottoscritti (o quanto meno controfirmati) da un tecnico abilitato ad eseguire tali tipologie di opere di progettazione, vale a dire da un architetto, e certamente non da un ingegnere qual è il direttore tecnico Ase”*, come viceversa avvenuto.

8. La doglianza non può essere condivisa.

Ed invero, come precisato dalla Barbieri e non contestato dalla Deodato, il fabbricato oggetto dell'appalto non è soggetto a specifico vincolo ex L. 1089/1939 e, pertanto, gli elaborati progettuali relativi al restauro dello stesso non dovevano essere necessariamente sottoscritti da un architetto.

Al riguardo, del resto, va rilevato come la Deodato non comprovi documentalmente la circostanza contraria assunta a base della dedotta censura, limitandosi ad invocare il disciplinare di gara che, a suo dire, prevederebbe espressamente il restauro e la manutenzione *“di un edificio denominato Le Cisterne, sottoposto a vincolo per la sua natura di bene storico di rilevanza architettonica”*.

Sennonchè, l'invocato disciplinare si limita a precisare esclusivamente, in modo del tutto generico, che l'edificio oggetto di intervento (Le Cisterne) sarebbe *“di indubbe valenze storiche ed architettoniche”* e non, diversamente da quanto affermato dalla ricorrente incidentale, che lo stesso è sottoposto a specifico vincolo di tutela ai sensi della legge

1089 del 1939.

A ciò aggiungasi che comunque nella specie, sempre come precisato dalla Barbieri e non contestato dalla Deodato, la progettazione della parte architettonica dell'offerta tecnica è stata curata in concreto da un socio attivo dell'Ase con la qualifica di architetto, con ciò venendo assicurata anche tale specifica competenza professionale.

9. Con l'ultimo profilo di censura del secondo motivo di ricorso, la Deodato assume che la Barbieri doveva essere esclusa dalla gara per le ragioni che seguono.

a. *“All'interno dell'offerta tecnica..... mancava totalmente la relazione di calcolo dell'impianto elettrico”;*

b.” *Il contenuto dell'elaborato..... denominato indagine sui materiali”, sarebbe una “copia fotostatica delle indagini svolte dall'Università di Messina e non dalla concorrente”.*

c. *“Gli elaborati n. 1.1 e n. 1.2 appaiono ripresi quasi integralmente nei contenuti dalla relazione preliminare, proposta dalla stazione appaltante a base di gara”.*

10. La censura è priva di fondamento.

Ed invero, in relazione al rilievo di cui alla lettera a., osserva il collegio come l'art. 28 del d.p.r. 207 del 2010 richieda gli schemi funzionali ed il dimensionamento preliminare dei singoli impianti, e come negli elaborati 4.1 ,4.2 ,4.3. e 4.4 prodotti dalla Barbieri siano contenuti i vari parametri di predimensionamento degli impianti proposti.

Nella specie, quindi, non sussistevano i presupposti oggettivi per una esclusione *tout court* della Barbieri in ragione della *“totale mancanza”* di

un elaborato essenziale dell'offerta tecnica, contrariamente a quanto dedotto dalla Deodato.

Le eventuali carenze riscontrabili nei predetti elaborati, infatti, potevano al più incidere sulla valutazione da attribuire alla relativa offerta tecnica riguardata nel suo complesso, ma non di certo comportare l'automatica esclusione dell'offerta stessa.

Analoga considerazione, poi, deve essere sviluppata in relazione ai rilievi di cui alle restanti lettere b. e c.

A prescindere da una specifica valutazione nel merito, infatti, le carenze documentali invocate in relazione agli elaborati 1.1, 1.2 e 1.3 non potevano comunque comportare l'automatica esclusione dell'offerta dalla Barbieri ma, al più, una diversa valutazione della stessa.

Valutazione, peraltro, che anche se da “*effettuare al ribasso*”, come preteso dalla Deodato, non assume comunque valore dirimente nell'odierna controversia, dove non viene messo in discussione dalle parti il punteggio attribuito, ma la reciproca mancata esclusione dalla gara.

11. Conclusivamente, il ricorso incidentale spiegato in primo grado dalla Deodato e riproposto nell'odierna sede ai sensi dell'art. 101, comma 2, del c.p.a., si appalesa infondato e come tale da respingere.

12. Passando all'esame del ricorso principale proposto dalla Barbieri, questo si appalesa fondato sotto gli assorbenti profili di censura dedotti con il secondo ed il terzo mezzo di gravame, con cui rispettivamente vengono contestati la genericità del contratto di

avvalimento intercorso tra la società Coopprogetti ed il progettista indicato dalla Deodato, nonché l'importo della cauzione siccome reso in misura inferiore a quanto normativamente imposto.

13. Ed invero, in relazione al primo profilo, osserva il collegio come l'art. 88 del d.p.r. 207 del 2010 espressamente disponga che “*l'oggetto*” del contratto di avvalimento di cui all'articolo 49 del Codice dei contratti debba, per quanto qui interessa, necessariamente “*riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente..... le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*”.

Al riguardo, l'ormai consolidata giurisprudenza anche della Sezione, ha avuto modo di precisare che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) giust'appunto del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti d'ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio).

In questa prospettiva, pertanto, la pratica della mera riproduzione nel testo dei contratti di avvalimento della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente

(o espressioni simili) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato da parte della Stazione appaltante sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (cfr. tra le tante: Cons.St. Sez V 10.01.2013, n.90 ;12.11.2013 n. 5384 ; 06.08.2012 n.4510)

Tanto premesso, osserva il collegio come nella specie il contratto di avvalimento stipulato tra la società Coopprogetti ed il progettista indicato dalla Deodato non rispetti i requisiti essenziali di determinatezza e specificità, prescritti dalla richiamata normativa e richiamati dagli anzidetti principi giurisprudenziali.

Infatti, lungi da riportare in modo compiuto ed esplicito le risorse ed i mezzi in concreto prestati, l'ausiliaria assume l'impegno assolutamente generico di mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse di cui l'ausiliato è carente.

In altri termini, il contratto in questione si sostanzia oggettivamente nella mera e pedissequa riproduzione dei requisiti indicati in maniera necessariamente generale ed astratta nel disciplinare di gara, che il progettista deve possedere per partecipare alla gara stessa.

Nessuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, ripetersi, è rinvenibile nel contratto il quale, di conseguenza, si appalesa generico e come tale non conforme allo schema normativo.

14. In relazione al secondo profilo di censura, premette il collegio come il disciplinare di gara, a pena espressa di esclusione, imponga:

- la costituzione di specifico deposito cauzionale nell'importo

espressamente predefinito (cfr. punto 10);

- l'autenticazione notarile della firma del sottoscrittore di tutte le fideiussioni (cfr. punto 10).

Orbene, è incontroverso in causa, come la Deodato abbia erroneamente costituito il richiesto deposito cauzionale in misura inferiore all'importo prescritto, ed abbia successivamente corretto detto errore con una polizza fideiussoria integrativa con firma del sottoscrittore priva di autentica notarile.

Ciò posto, non v'è dubbio come nella specie la Deodato abbia prestato una cauzione non conforme alle tassative prescrizioni del disciplinare di gara, dovendo con ciò essere esclusa dalla gara stessa.

In primo luogo, infatti, in presenza della richiamata clausola del disciplinare assolutamente chiara e non ambigua per i partecipanti, non poteva esservi ragionevolmente spazio per riconoscere alcun dovere di soccorso istruttorio a carico della stazione appaltante.

La successiva integrazione operata dalla Deodato, quindi, non era ammissibile attesa, da un lato, la natura essenziale dell'adempimento in questione richiesto, ripetesì, a pena di esclusione direttamente dal disciplinare e, dall'altro, la necessità per tale ragione di far prevalere il diritto dei concorrenti alla parità di trattamento e la tutela del loro interesse alla correttezza dell'intero procedimento.

In secondo luogo, l'intervenuta fideiussione postuma non era comunque idonea a sanare l'errore commesso, attesa la mancanza di autentica notarile della firma del sottoscrittore.

Autentica, giova evidenziarlo, non solo richiesta sul piano formale dal

disciplinare a pena di esclusione, ma altresì preordinata sul piano sostanziale ad evitare, nel caso di mancata conclusione del contratto per fatto dell'affidatario, il rischio di un disconoscimento della sottoscrizione, vanificando così il beneficio di cui al comma 4 dell'articolo 75 secondo cui l'operatività, entro 15 giorni della garanzia, è subordinata alla sola richiesta scritta della stazione appaltante.

15. Per quanto sopra esposto il ricorso principale si appalesa fondato e va accolto, con conseguente riforma della sentenza appellata.

16. Per ciò che attiene alla accessiva istanza risarcitoria, la stessa non può essere accolta in forma specifica, così per come richiesto in via principale dalla Barbieri.

Infatti, come precisato dalla Deodato e non contestato dall'appellante, e così come in parte risulta dalla documentazione versata agli atti di causa:

- il contratto d'appalto è stato sottoscritto tra l'Amministrazione e la Deodato in data 18 aprile 2014;
- la progettazione definitiva ed esecutiva delle opere è già stata effettuata dalla Deodato;
- il progetto ha già ottenuto tutte le autorizzazioni necessarie da parte delle competenti amministrazioni;
- la cantierizzazione dell'immobile oggetto dell'appalto è già stata effettuata e la relativa consegna è già avvenuta in data 5 dicembre 2013;
- i lavori sono stati regolarmente avviati in conformità al progetto

approvato e sono in fase di esecuzione.

Nella specie, quindi, non sussistono all'evidenza i presupposti di cui all'articolo 122 del c.p.a. per dichiarare inefficace il contratto in essere e disporre il subentro nello stesso della Barbieri.

17. La tutela risarcitoria va invece accordata per equivalente, così per come richiesto in via subordinata dall'appellante, sussistendone tutte le condizioni in quanto:

- la colpa è da rinvenirsi *in re ipsa*, alla stregua dell'univoco e consolidato insegnamento della giurisprudenza anche di questa Sezione formatosi materia, da cui il collegio non ha motivo di discostarsi;
- l'illegittimità dell'agire è stata come sopra chiarita;
- il nesso di causalità emerge in tutta evidenza, avuto riguardo al fatto che l'appalto avrebbe dovuto aggiudicarsi all'appellante;
- il danno è direttamente riconducibile alla mancata esecuzione del contratto.

18. Acclarata la fondatezza della pretesa risarcitoria per equivalente, resta da quantificare nello specifico l'ammontare del danno subito dall'appellante.

18.1 Al riguardo rileva il collegio che esclusa la pretesa di ottenere direttamente l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, non essendo oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile *in primis* dall'esibizione dell'offerta

economica presentata al seggio di gara.

Tale principio di prova, infatti, trova conferma nell'articolo 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno per equivalente subito e provato.

Occorre, quindi, verificare se parte ricorrente ha rispettato il principio basilare sancito dall'articolo 2697 del codice civile, secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda: com'è noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove, che devono avere ad oggetto circostanze di fatto precise, e si debbono disattendere le domande risarcitoria formulate in maniera del tutto generica, senza alcuna allegazione degli elementi presupposti. Il collegio ritiene di sciogliere positivamente il quesito, perché gli elementi prodotti in giudizio sono sufficienti ad emettere una pronuncia che statuisca sul *quantum* spettante a titolo di riparazione pecuniaria, ai fini della formulazione della proposta risarcitoria da parte del Comune e l'eventuale raggiungimento di un accordo con la ricorrente ex articolo 34, comma 4, del codice del processo amministrativo.

In particolare la stazione appaltante dovrà:

- attenersi all'offerta economica presentata dall'appellante in sede di gara;
- valorizzare sul punto l'elaborato contenente le giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo esibito;
- determinare il margine di guadagno che residua dopo l'applicazione

del ribasso indicato in sede di gara;

- tenere conto del danno curriculari, da liquidare in via equitativa in un importo non superiore ad un terzo di quanto riconosciuto a titolo di lucro cessante.

Il suddetto parametro dovrà inoltre tenere conto del fatto che, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, come nella specie, il mancato utile spetta nella misura integrale solo se si dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione.

In difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di *aliunde perceptumvel percipiendum*, considerato anche che, ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno.

Pertanto, è pienamente ragionevole stabilire una detrazione dal risarcimento del mancato utile nella misura del 30%, laddove l'appellante non fornisca la dimostrazione anzidetta.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto, con conseguente risarcimento del danno nei sensi sopra precisati, maggiorato di interessi e di rivalutazione.

19. Per le ragioni esposte, l'appello incidentale va respinto; quello principale va accolto e, per l'effetto, va riformata la sentenza gravata

nei sensi di cui in motivazione.

20. Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge l'appello incidentale proposta dalla Deodato;
- accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla Barbieri ed annulla gli atti tramite questo impugnati, con conseguente condanna del Comune di Gioia Tauro al risarcimento del danno in favore dell'appellante da liquidarsi come motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1° aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2014

IL SEGRETARIO

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