

Pubblicato il 20/09/2016

N. 03911/2016REG.PROV.COLL.

N. 03068/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3068 del 2016, proposto dalla Milano Technology di Ing. Salvatore Conti S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Gianni' C.F. GNNGPP60P06F258J e Gennaro Terracciano C.F. TRRGNR60E08F839R, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, piazza S. Bernardo, 101

**contro**

MM S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lamberti C.F. LMBLNZ66E31F205Y e Maurizio Corain C.F. CRNMRZ66R07H501X, con domicilio eletto presso Lorenzo Lamberti in Roma, via Emilia, 86/90

**nei confronti di**

New Ghibli S.r.l., Helios Soc. Coop., Meranese Servizi S.p.a., Nsi Nigra Servizi Italia S.c. non costituiti in giudizio  
per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Lombardia, Sezione IV, n. 598/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio della MM S.p.a.;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Abbinente Annunziata su delega dell'avvocato Terracciano e l'avvocato Lorenzo Lamberti;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

**FATTO**

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Lombardia e recante il n. 622/2016 l'odierna appellante Milano Technology s.a.s. esponeva di aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamenti in appalto del servizio di pulizia degli immobili ERP di proprietà del Comune di Milano dati in gestione alla MM s.p.a. e di essere stata esclusa dalla procedura all'esito dell'esame dell'offerta tecnica per non aver conseguito in nessuno dei quattro lotti di suo interesse il punteggio minimo di 31 pt. prescritto dall'articolo 10 del Bando di gara.

Il provvedimento di esclusione veniva quindi impugnato in sede giurisdizionale dalla Milano Technology la quale proponeva altresì motivi aggiunti avverso i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria disposti in favore di altre (quattro) concorrenti (una per ciascuno dei lotti di suo interesse).

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. della Lombardia ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Milano Technology la quale ne ha chiesto la riforma articolando quattro motivi (meglio descritti in parte motiva).

Si è costituita in giudizio la MM s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 2973/2016 (resa all'esito della camera di consiglio del 7 giugno 2016) il Collegio ha dato atto della rinuncia all'istanza cautelare espressa dall'appellante.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi di pulizia (la quale aveva partecipato alla gara di appalto per servizi di pulizia indetta da una società che gestisce alcuni immobili ERP del Comune di Milano) avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la stessa era stata esclusa dai quattro lotti per i quali aveva presentato domanda di partecipazione,

2. Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'eccezione di inammissibilità del primo ricorso sollevata dalla MM s.p.a in quanto il ricorso in appello (così come il ricorso di primo grado) deve essere dichiarato infondato.

3. Con il primo motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il secondo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata l'insufficienza del voto numerico espresso in relazione all'offerta tecnica dell'appellante (offerta tecnica cui era stato attribuito, per tutti e quattro i lotti di interesse, un punteggio inferiore a quello minimo di 31 previsto dalla lex specialis di gara per l'ammissione al prosieguo della procedura).

L'appellante non nega che il bando di gara prevedesse specifici elementi di valutazione (in numero di otto, suddivisi in quattro categorie) a propria volta articolati in specifici sub-criteri.

Tuttavia l'appellante lamenta che l'articolazione in tal modo effettuata risultasse eccessivamente generica, sì da non consentire l'adeguata contestualizzazione del punteggio numerico espresso dalla Commissione in relazione a ciascun elemento di valutazione.

Oltretutto, i primi Giudice avrebbero omesso di considerare che nel caso in esame era mancata del tutto la fissazione dei parametri cui ancorare la valutazione dei progetti, ragione per cui la valutazione stessa restava ancorata a parametri di giudizio ignoti e quindi arbitrati.

Vero è – aggiunge sul punto l'appellante – che la Commissione sembrerebbe aver predisposto in sede di seduta riservata taluni specifici 'indici' (presumibilmente volti a consentire una più ponderata attribuzione dei punteggi nell'ambito del range fra il minimo e il

massimo), ma il punto è che tale ulteriore articolazione non è stata mai esplicitata nei confronti dei concorrenti, non consentendo loro di effettuare alcun controllo sulle ragioni poste a fondamento dell'espressione dei punteggi numerici.

3.1. Il motivo è nel suo complesso infondato.

3.1.1. Ai sensi dell'articolo 83 del previgente 'Codice dei contratti' (che nel caso in esame trova applicazione) la lex specialis di gara deve indicare i criteri di valutazione cui si atterrà la Commissione, nonché – per ciascun criterio di valutazione prescelto e laddove necessario – gli specifici sub-criteri e sub-punteggi.

Si osserva al riguardo che l'amministrazione aggiudicatrice sembra avere nel caso in esame puntualmente adempiuto alla richiamata prescrizione primaria in quanto

- il bando di gara aveva indicato otto elementi di valutazione, a loro volta accorpati nell'ambito di quattro categorie, rispettivamente denominate 'Sistema organizzativo di fornitura del servizio', 'Metodologia tecnico-operativa', 'Qualità, sicurezza e ambiente' e 'Migliorie';

- a ciascuna delle quattro categorie era associato un punteggio massimo;

- all'interno delle richiamate categorie, i singoli elementi di valutazione (otto) erano stati a propria volta associati a un punteggio massimo conseguibile all'esito della valutazione;

- l'amministrazione aveva altresì proceduto ad articolare ciascun elemento di valutazione in articolati sub-criteri di valutazione che orientavano, in maniera adeguatamente diffusa e circostanziata, l'espressione della discrezionalità valutativa da parte della Commissione. Non si ritiene quindi che, nell'articolare i richiamati criteri (rectius: elementi) e sub-criteri di valutazione, l'amministrazione avesse violato i generali principi che presiedono alla predeterminazione delle modalità valutative cui la Commissione resta vincolata nell'espressione dei propri giudizi.

Al contrario, l'amministrazione aveva predeterminato in modo adeguatamente dettagliato (e secondo modalità che non palesano evidenti profili di abnormità o irragionevolezza) i criteri orientativi dell'attività della Commissione, aveva attribuito ai medesimi criteri un preciso valore ponderale e aveva in tal modo fissato in modo adeguato il sostrato operativo nel cui ambito si sarebbe svolta l'attività valutativa della Commissione.

Pertanto, deve qui trovare puntuale applicazione il consolidato orientamento secondo cui nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte in sede di gara, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una

motivazione dei punteggi numerici (in tal senso –ex multis -: Cons Stato, IV, 20 aprile 2016, n. 1556; id., III, 7 marzo 2016, n. 921; id., V, 18 gennaio 2016, n. 120).

3.1.2. Né può essere condivisa la doglianza relativa alla mancata fissazione, da parte della Commissione, di ulteriori e più dettagliati elementi e criteri di valutazione.

Al riguardo ci si limita qui a sottolineare che l'articolo 83 comma 4 del previgente 'Codice dei contratti', nel disporre che il bando di gara per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi, limita la discrezionalità della Commissione aggiudicatrice nella specificazione degli stessi, escludendo ogni facoltà per la stessa d'integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (in tal senso –ex multis -: Cons. Stato, V, 13 maggio 2014, n. 2430).

Alla Commissione restava quindi in radice preclusa la possibilità di introdurre gli ulteriori e più dettagliati criteri invocati dall'appellante, potendo al più la stessa predisporre meri 'criteri motivazionali' inidonei ad integrare i parametri valutativi fissati dalla *lex specialis* della gara.

3.1.3. Sulla base di quanto esposto, neppure può essere condiviso l'argomento fondato sull'inadeguatezza del voto numerico ad esprimere in modo compiuto il giudizio della Commissione e l'iter logico-motivazionale sotteso alla sua espressione.

Al riguardo il Collegio ritiene qui di richiamare il condiviso orientamento secondo cui l'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l'iter logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi. Ne consegue che, tanto più è dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica (sul punto –ex multis -: Cons. Stato, V, 3 dicembre 2010, n. 8410).

Ma il punto è che ne caso in esame – e per le ragioni già in precedenza evidenziate – l'articolazione operata in sede di *lex specialis* degli elementi e dei sub-criteri di valutazione risultava sufficientemente specifica, ragione per cui anche l'espressione del (solo) voto numerico era idonea a supportare in modo adeguato l'esercizio della discrezionalità valutativa della Commissione.

3.1.4. Anche per tale ragione il primo motivo di appello deve essere respinto.

4. Con il secondo motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il terzo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata l'illegittimità del punteggio insufficiente attribuito all'offerta tecnica.

In particolare, i primi Giudici avrebbero commesso un duplice errore:

- nel ritenere che il motivo in parola fosse stato articolato solo in relazione all'elemento valutativo A2-2;
- nel ritenere che gravasse sull'appellante l'onere di operare una sorta di comparazione con i punteggi ottenuti dagli altri concorrenti in gara.

4.1. Il motivo è nel suo complesso infondato.

Va in primo luogo confermato che l'odierna appellante aveva, nell'ambito del primo ricorso, articolato il motivo qui divisato in relazione al solo

elemento valutativo A2-2, in relazione al quale aveva riportato un punteggio pari a 6 (su un massimo di 10).

Oltretutto, come già osservato dai primi Giudici, il motivo in questione risulta di dubbia ammissibilità in quanto l'odierna appellante non ha allegato elementi idonei a supportare il superamento del c.d. 'giudizio di resistenza' (i.e.: a dimostrare che, in caso di diversa e più favorevole valutazione relativa all'elemento A2-2, avrebbe verosimilmente conseguito l'aggiudicazione).

Allo stesso modo non può trovare accoglimento l'argomento secondo cui i primi Giudici avrebbero postulato una comparazione fra i punteggi ottenuti dall'appellante e quelli attribuiti agli altri concorrenti.

Il motivo in questione è in primo luogo infondato in punto di fatto in quanto dall'esame della sentenza appellata emerge che il T.A.R. abbia rilevato la limitazione del motivo a uno solo degli elementi di valutazione rilevanti e non anche che abbia imposto una sorta di 'confronto singolare' con il contenuto specifico delle offerte tecniche delle altre concorrenti.

4.2. Il motivo non può quindi trovare accoglimento.

5. Con il terzo motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il primo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice, i cui componenti non garantirebbero professionalità dotate dei necessari requisiti di esperienza per espletare al meglio il delicato ruolo di Commissario.

L'appellante ritiene di poter condividere l'orientamento richiamato dal T.A.R., secondo cui il requisito dell'esperienza enunciato dall'articolo 84, comma 2 del previgente 'Codice' dei contratti non vada inteso in senso – per così dire – 'atomistico', ma vada riferito alla Commissione nel suo complesso.

Tuttavia, la stessa appellante sottolinea che risulti quanto mai rilevante ai fini del decidere la pressoché totale mancanza di esperienza che caratterizzava almeno due dei tre membri della Commissione.

5.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Si tratta qui di chiarire, in relazione alle peculiarità del caso in esame, la portata applicativa del comma 2 dell'articolo 84 del previgente 'Codice dei contratti', secondo cui "la commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".

Ancora più in particolare si tratta di chiarire se la previsione secondo cui i Commissari devono essere 'esperti' del settore stia ad individuare in modo necessario un dato di tipo cronologico (nel senso che l'esperienza necessaria potrà dirsi sussistente solo se maturata nell'ambito di un arco temporale minimo), ovvero un dato di carattere qualitativo e sostanziale nel senso che un'esperienza particolarmente qualificata, pur se concentrata in un ambito temporale limitato, possa comunque soddisfare il richiamato requisito).

Ad avviso del Collegio la questione deve essere risolta nel senso della seconda delle richiamate opzioni.

La ratio della disposizione dinanzi richiamata è certamente quella di garantire che i membri assicurino una competenza tecnica specifica e

ragguagliata alla tipologia delle prestazioni che si intendono affidare. Ciò, al fine di assicurare che il giudizio espresso dai membri della Commissione risulti il più possibile pertinente in relazione al contenuto specifico delle offerte presentate.

Ora, non può dubitarsi della piena pertinenza della posizione professionale e dei percorsi formativi dei membri della commissione in relazione al contenuto della gara per cui è causa, laddove si consideri

- che il Presidente, Ing. Corrado Bina, è il Direttore della Divisione casa della MM s.p.a. e che, in tal veste, coordina le attività di gestione di un patrimonio abitativo composto da oltre 38mila unità. L'Ing. Bina risulta altresì in possesso di rilevanti certificazioni nel settore del Project management e riveste il ruolo di responsabile unico del procedimento nell'ambito di contratti di appalto nel settore delle pulizie;

- che l'arch. Daniele Cassanmagnago è responsabile della sede territoriale Nord-Est della Divisione Casa di MM s.p.a. (e in tale veste ha il compito di controllare l'attività prestata dai fornitori per l'area territoriale di competenza, anche nel campo delle pulizie) e vanta specifica esperienza nella qualità di Commissario di gara;

- che il terzo membro, arch. Verbena Piazzì è responsabile dei servizi generali delle sedi della MM s.p.a., ha curato gli atti di gara di decine di procedure e vanta un curriculum formativo del tutto compatibile con l'oggetto della gara per cui è causa (la stessa ha infatti conseguito un Master in 'Economia e finanza delle costruzioni e del mercato immobiliare' e un Master per la formazione di 'Tecnici del controllo della qualità e della gestione della sicurezza del cantiere').

Ad avviso del Collegio, quindi, la qualifica di 'esperto nello specifico settore' cui inerisce l'appalto può essere riconosciuta – ed auspicabilmente – nel caso di prolungata esperienza nel settore in parola, ma può essere parimenti riconosciuta nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – risulti una particolare significatività e qualità delle esperienze formative e professionali vantate da ciascun Commissario.

5.2. Il terzo motivo deve quindi essere respinto.

6. Con il quarto motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il quarto motivo di ricorso, con il quale si era lamentata la violazione delle regole di pubblicità delle sedute previste dallo stesso articolo 8 del Bando di gara.

Inoltre, il T.A.R. avrebbe erroneamente omissso di considerare:

- che le comunicazioni relative alla procedura per cui è causa erano state inserite in una sezione del sito Internet diversa da quella indicata in sede di Bando;

- che all'appellante non era stata data la comunicazione delle date previste per lo svolgimento delle sedute pubbliche (e tanto, in violazione dell'articolo 79 del 'Codice dei contratti'), in tal modo palesando la violazione dei principi di pubblicità e di trasparenza che dovrebbe presidiare lo svolgimento delle pubbliche gare.

6.1. Il motivo è infondato.

Non viene qui in discussione il consolidato principio secondo cui la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte, implica necessariamente l'obbligo della stazione appaltante di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo

della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (in tal senso: Cons. Stato, V sentenza 28 maggio 2004, n. 3471).

Si tratta invece di chiarire se le modalità in concreto approntate dall'amministrazione appellata fossero in concreto violative di tale obbligo.

Ad avviso del Collegio al quesito deve essere fornita risposta negativa laddove si consideri

- che l'articolo 8 del Bando stabiliva che le comunicazioni relative alla gara (ivi comprese, quindi, quelle relative alle date delle sedute della Commissione) sarebbero state rese pubbliche sul sito Internet della MM s.p.a. – Sezione Bandi di gara;
- che, secondo quanto risulta in atti, le informazioni in parola sono state effettivamente pubblicate sul sito Internet e sulla Sezione dinanzi indicati, risultando reperibili in una sottosezione del medesimo sito (peraltro, agevolmente individuabile dagli utenti);
- che la richiamata modalità di pubblicazione non ha impedito ai rappresentanti di ben sei imprese di partecipare alla seduta di apertura dei plichi;
- che (contrariamente a quanto affermato dall'appellante) l'articolo 79 del previgente 'Codice dei contratti' non obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a fornire una comunicazione individuale circa le date delle singole sedute, gravando piuttosto sulla stessa il solo obbligo (che qui risulta soddisfatto) di rendere adeguatamente conoscibili e reperibili da parte di tutti i concorrenti (anche) le informazioni relative alle date delle sedute della Commissione.

6.2. Pertanto, non risulta che la M.M. s.p.a. abbia violato gli invocati principi di pubblicità e di trasparenza, ragione per cui anche il quarto motivo di appello deve essere respinto.

7. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

### **P.Q.M.**

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila) oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE  
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE  
Francesco Caringella

Pubblicato il 13/09/2016

N. 03859/2016REG.PROV.COLL.

N. 05756/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 5756 del 2016, proposto da:  
Comune di Recco, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e  
difeso dall'avvocato Alessandro Ghibellini, con domicilio eletto presso  
l'avvocato Silvia Villani, in Roma, via Asiago 8;

**contro**

Fortunam Experiri s.r.l., in persona del legale rappresentante pro  
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Piera Sommovigo,  
Cristian Saffioti e Luca Gabrielli, con domicilio eletto presso Luca  
Gabrielli, in Roma, via Filippo Nicolai 70;

**nei confronti di**

C.S.P. Società Cooperativa Sociale a resp. lim., in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati  
Filippo Andrea Zorzi e Giovanni Attilio De Martin, con domicilio  
eletto presso l'avvocato Antonino Bosco, in Roma, via Sestio Calvino  
33;

**per la riforma**

della sentenza del T.A.R. LIGURIA, SEZIONE II, n. 611/2016, resa  
tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio di  
assistenza sugli scuolabus e pre-scuola

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fortunam Experiri s.r.l. e  
della C.S.P. Società Cooperativa Sociale a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 il  
consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati  
Alessandro Ghibellini, Piera Sommovigo, Luca Gabrielli, Cristian  
Saffioti e Gianluca Contaldi, su delega dell'avvocato Giovanni Attilio  
De Martin;



Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO**

1. Con ricorso proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale della Liguria la Fortunam Experiri s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di assistenza sugli scuolabus e pre-scuola per il periodo dal 1° giugno 2016 al 30 giugno 2020 per il Comune di Recco, indetta con bando pubblicato il 20 dicembre 2015, ed aggiudicata alla C.S.P. Società Cooperativa Sociale a r.l. (determinazione in data 27 novembre 2015 n. 91).
2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso, giudicando fondato il motivo con cui la Fortunam Experiri aveva dedotto che in sede di verifica ex art. 48 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) l'aggiudicataria non aveva comprovato i requisiti di capacità tecnica ed economica, essendosi limitata a produrre alla stazione appaltante le fatture dei servizi precedentemente svolti anziché le certificazioni degli stessi, come invece richiesto dal bando di gara (in particolare dagli artt. 12 e 13).
3. Il Comune di Recco contesta questa statuizione con il presente appello.
4. Si sono costituite la Fortunam Experiri e la C.S.P., rispettivamente in resistenza e in adesione all'appello dell'amministrazione.

### **DIRITTO**

1. Il Comune di Recco ritiene errata la pronuncia di primo grado sotto plurimi profili.

L'amministrazione appellante sostiene innanzitutto che l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché attenutasi alla propria richiesta (formalizzata con nota in data 11 settembre 2015) di produrre in alternativa alla certificazione le fatture relative ai servizi precedentemente svolti, sul presupposto, ritenuto dalla medesima amministrazione sulla base degli indirizzi espressi in materia dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che tali elementi di prova siano equipollenti alle certificazioni attinenti ai medesimi servizi.

Il Comune di Recco si duole inoltre che il giudice di primo grado abbia ritenuto applicabili – e decisivi ai fini dell'esclusione dalla gara della C.S.P. – gli artt. 41 e 42 del citato codice, dedicati ai mezzi con cui può essere dimostrata la capacità tecnica ed economica nelle procedure di affidamento. Secondo l'amministrazione appellante il Tribunale amministrativo non avrebbe tratto le corrette conseguenze dalla circostanza che il servizio oggetto della gara in contestazione è compreso tra quelli previsti dall'allegato II B del medesimo codice, per cui ad esso si applicano solo le specifiche disposizioni richiamate nell'art. 20 d.lgs. n. 163 del 2006, tra cui non sono compresi i citati artt. 41 e 42.

In ogni caso – soggiunge il Comune appellante – anche laddove si volessero ritenere violate le medesime disposizioni, l'esclusione della C.S.P. non avrebbe comunque potuto essere disposta, in ragione del

potere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, comma 1-ter, del medesimo codice dei contratti pubblici. Allo stesso riguardo, l'amministrazione evidenzia che dagli artt. 12 e 13 del bando di gara non è ricavabile alcuna causa di esclusione in caso di documentazione diversa da quelle previste dalla lex specialis, ma solo per la diversa ipotesi in cui la dimostrazione della capacità tecnica ed economica non fosse stata data. A conclusione di questo percorso argomentativo, il Comune di Recco sottolinea che la C.S.P. possiede la capacità prevista dal bando di gara per lo svolgimento del servizio, come risulta dalla certificazione relativa ai servizi precedentemente svolti da essa prodotta successivamente all'aggiudicazione e quindi nel giudizio davanti al Tribunale amministrativo, sebbene quest'ultimo non abbia tenuto conto di questo decisivo elemento.

2. Nessuno di questi motivi è fondato e l'appello deve essere respinto.

3. Deve innanzitutto premettersi che per pacifica giurisprudenza il bando di gara costituisce un vincolo dal quale anche la stazione appaltante non può sottrarsi, nel senso che al pari dei concorrenti anche l'amministrazione è inderogabilmente tenuta ad applicare le disposizioni che essa stessa si è data per la procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 25 aprile 2014, n. 9, § 6.2.1).

Venendo quindi al caso di specie, come correttamente evidenziato dal Tribunale amministrativo, i sopra richiamati artt. 12 e 13 del bando di gara prevedono che la commissione giudicatrice procede tra l'altro ad «effettuare il sorteggio pubblico di cui all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006», e che i concorrenti sorteggiati devono a tal fine «presentare la certificazione rilasciata dai committenti con indicazione di periodi ed importi di svolgimento dei servizi»; l'art. 12 prevede inoltre che nel caso in cui «tale prova non sia fornita (...) si procederà all'esclusione del concorrente dalla gara».

E' quindi pacifico, perché non contestato nemmeno dal Comune di Recco o dall'aggiudicataria C.S.P., che a fronte della richiesta di comprova dei requisiti quest'ultima si è limitata a produrre le fatture relative ai servizi precedentemente svolti, mediante inserimento nella banca dati nazionale dei contratti pubblici ex 6-bis, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 (sistema informatico "AVCpass", gestito dall'Autorità nazionale anticorruzione), in luogo della certificazione prevista dall'art. 13 del bando sopra richiamata.

4. Ciò precisato, al fine di confutare le censure contenute nel presente appello deve innanzitutto essere ritenuta irrilevante la circostanza che la richiesta di comprova non indicasse come mezzi di prova la sola certificazione, ma anche le fatture relative ai servizi, perché come poc' anzi chiarito, non è consentito all'amministrazione disapplicare le norme del bando di gara. Del pari, per la medesima ragione nemmeno la concorrente può sottrarsi alle norme di lex specialis, quando anche richiesta in tal senso dalla stazione appaltante, perché l'effetto disapplicativo di norme regolanti la procedura di gara si realizzerebbe comunque.

5. Tanto meno in contrario possono essere richiamati gli "indirizzi" dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ora appunto Autorità

nazionale anticorruzione) formulati nella determinazione n. 111 del 20 dicembre 2012.

In realtà, la facoltà prevista da questo provvedimento di inserire nella banca dati ex art. 6-bis del codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 è riconosciuta in via transitoria agli operatori economici nella fase di avvio del sistema informatico applicativo AVCpass (art. 6, comma 2, della determinazione). Per contro, nel caso di specie, il Comune di Recco aveva dettato nel bando di gara una prescrizione puntuale, che imponeva ai concorrenti sorteggiati ai sensi del più volte citato art. 48 del previgente codice di comprovare i requisiti di capacità tecnica ed economica mediante «certificazione rilasciata dai committenti con indicazione di periodi ed importi di svolgimento dei servizi», senza consentire alternative.

6. Inoltre, poiché in modo altrettanto puntuale l'art. 48 è richiamato dal bando (art. 12), perde di rilievo ogni assunto fondato sull'inapplicabilità alla procedura di affidamento in contestazione delle disposizioni contenute nel codice, al di là di quelle richiamate dall'art. 20, in quanto avente ad oggetto un servizio previsto dall'allegato II B. Sul punto deve precisarsi che le censure del Comune di Recco traggono origine dal fatto che il giudice di primo grado ha ritenuto che l'esclusione della C.S.P. si fonda sulla violazione degli artt. 41 e 42 d.lgs. n. 163 del 2006.

Tali critiche sono fondate, ma esse colgono un errore motivazionale che non incide sulla conformità a diritto della decisione finale e che è dunque suscettibile di correzione in appello. Infatti, l'esclusione di quest'ultima concorrente avrebbe dovuto essere disposta non già in applicazione di tali disposizioni, ma dell'art. 48 e degli artt. 12 e 13 del bando di gara, dal cui combinato era consentita modalità alternativa che quella di comprovare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione mediante l'esibizione dei certificati rilasciati dal committente.

7. L'esclusione dalla gara è poi l'unica conseguenza applicabile all'ipotesi, poi concretamente verificatasi, in cui la prova dei requisiti non sia stata data con l'unico mezzo per essi previsto, senza possibilità di regolarizzazione mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

Infatti, in forza del richiamo all'art. 48 operato dal bando, è applicabile il termine di 10 giorni previsto da tale disposizione ed il carattere perentorio che la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha ad esso attribuito (da ultimo: Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032), con conseguente impossibilità di sanare le conseguenze derivanti dal suo infruttuoso decorso integrale.

Pertanto - come sopra rilevato - lo stesso bando di gara, ed in particolare l'art. 12, prevede in modo espresso l'esclusione nel caso in cui non sia fornita del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica mediante attraverso certificazioni dei servizi di cui al successivo art. 13. Pertanto, la sanzione espulsiva non discende solo da una disposizione di legge che il Comune odierno appellante ha ritenuto di richiamare in via di autovincolo, ma anche attraverso un'ulteriore ed autonoma previsione inserita nella normativa di gara.

8. Alla luce di tutto quanto sinora rilevato, le conseguenze derivanti dallo spirare del termine assegnato per la comprova dei requisiti non possono nemmeno essere sanate in considerazione del fatto che l'aggiudicataria ha poi prodotto le certificazioni attestanti lo svolgimento dei servizi dichiarati ai fini della propria qualificazione nella procedura di gara in contestazione. Se infatti fosse consentita la prova tardiva ne risulterebbe violato il canone generale della par condicio tra i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, alla cui realizzazione è preordinato il carattere perentorio del termine previsto dal comma 1 del più volte citato art. 48 (sul punto si vedano i principi affermati, con riguardo al comma 2 di tale disposizione, in estensione rispetto a quelli già invalsi con riguardo al comma 1, dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nella sentenza 25 febbraio 2014, n. 10).

9. In conseguenza del rigetto dell'appello il Comune di Recco è tenuto a rifondere all'originaria ricorrente Fortunam Experiri le spese del presente grado di giudizio. Le stesse possono invece essere compensate nei rapporti tra la medesima amministrazione e la controinteressata C.S.P. società cooperativa sociale, che ha aderito alla presente impugnazione.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto lo respinge; condanna l'appellante Comune di Recco a rifondere alla Fortunam Experiri s.r.l. le spese del presente appello, liquidate in € 3.000,00, oltre agli accessori di legge; le compensa tra la medesima appellante e la Csp società cooperativa sociale a responsabilità limitata. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

Pubblicato il 31/08/2016

N. 03755/2016REG.PROV.COLL.

N. 02365/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
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 2365 del 2016, proposto dalla s.p.a. Ospedale di Sassuolo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Della Fontana (C.F. DLLLRT59M31F257F), con domicilio eletto presso il signor Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

#### **contro**

La s.p.a. Banca Carige - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Mozzati (C.F. MZZNDR70L15D969H) e Francesco Paoletti (C.F. PLTFNC68T23H501R), con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Paoletti in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, n. 118;

#### **per la riforma**

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, Sez. I, n. 1158/2015, resa tra le parti, concernente una domanda di risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.p.a. Banca Carige - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2016 il pres. Luigi Maruotti e uditi per le parti l'avvocato Marco Petitto, su delega dell'avvocato Alberto Della Fontana, e l'avvocato Francesco Paoletti;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con bando del 10 ottobre 2006, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha indetto una gara per individuare l'istituto di credito con cui stipulare un contratto di mutuo di otto milioni di euro, ammortizzabile in dieci anni, allo scopo di «acquisire le risorse economiche occorrenti a fronteggiare un complesso di spese per investimenti di prossima scadenza, necessarie per il funzionamento del nuovo Ospedale».

Con verbale del 28 novembre 2006, la società ha approvato la graduatoria ed ha redatto la proposta di stipulare il mutuo con la s.p.a. Banca Carige (la cui offerta ha previsto uno spread di 0,475%, più favorevole rispetto allo spread di 0,75%, offerto dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna).

Con una nota di data 29 novembre 2006, la s.p.a. Carige ha comunicato che non avrebbe stipulato il contratto di mutuo.

La s.p.a. Ospedale di Sassuolo, con determinazione del 30 novembre 2006, ha disposto lo scorrimento della graduatoria ed ha individuato il proprio contraente nella Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

2. Con il ricorso di primo grado n. 617 del 2007 (proposto al TAR per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna), la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha

chiesto la condanna della s.p.a. Banca Carige al risarcimento del danno, conseguente al suo rifiuto di stipulare il contratto di mutuo e quantificato in euro 113.877 (e nella memoria conclusiva in euro 122.729,24), tenuto conto della differenza del meno favorevole spread offerto dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

3. Con la sentenza n. 1158 del 2015, il TAR:

a) ha rilevato la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva, trattandosi di una fattispecie di responsabilità precontrattuale disciplinata dall'art. 133, comma 1, lettera e), del codice del processo amministrativo (applicabile anche quando la stazione appaltante deduce la responsabilità precontrattuale del privato partecipante alla gara, rilevando anche il principio di «concentrazione delle tutele», per il caso in cui siano proposte «domande attinenti alla responsabilità contrattuale aventi carattere reciproco o riconvenzionale»);

b) ha qualificato la s.p.a. Ospedale di Sassuolo come «organismo di diritto pubblico», tenuto ad applicare l'art. 37 del codice dei contratti n. 163 del 2006 ed a rispettare i relativi principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza (poiché – come risulta dalla stessa lettera di invito - è una s.p.a. a capitale misto, partecipata al 51% dall'Azienda Usl di Modena ed al 49% dalla s.p.a. To Life di Sassuolo, ha tra i propri scopi l'attuazione del programma di sperimentazione gestionale triennale approvato dalla Regione ed ha per oggetto sociale la gestione di attività ospedaliere ed ambulatoriali nell'ambito del servizio sanitario nazionale e nel rispetto delle indicazioni dell'Azienda Usl);

c) ha ritenuto che indebitamente la s.p.a. Banca Carige ha rifiutato di stipulare il contratto (poiché la frase contenuta in una dichiarazione di pari data dell'offerta - «allega l'offerta richiesta nelle more dell'approvazione della relativa pratica di affidamento da parte dei competenti organi deliberativi» - non ha comportato l'apposizione di una condizione o di una riserva o di un diritto di recesso, ma va intesa come richiamo all'esigenza che occorreva la determinazione dell'organo deliberante, per concludere la 'procedura interna' alla banca);

d) ha respinto la domanda risarcitoria, rilevando che con essa è stato chiesto «unicamente il ristoro del danno commisurato al più favorevole spread offerto da Banca Carige s.p.a., ovvero l'importo corrispondente al maggior costo sopportato per le diverse condizioni contrattuali garantite dal concorrente classificatosi alla seconda posizione», «ma facendo in tal modo valere un interesse all'adempimento che presuppone l'insorgenza del vincolo contrattuale rimasto disatteso», mentre si sarebbe dovuto provare «che il fallimento della trattativa aveva precluso la conclusione con terzi di un accordo più favorevole di quello poi stipulato con l'altra concorrente o aveva comunque prodotto superflui costi legati allo svolgimento stesso della trattativa poi rivelatasi inutile», prova che non vi è stata, ad avviso del TAR.

4. Con l'appello in esame, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha impugnato la sentenza del TAR nella parte in cui ha qualificato come «precontrattuale» la responsabilità nella quale è incorsa a suo avviso la s.p.a. Banca Carige.

L'appellante ha dedotto che si è invece in presenza di una «responsabilità contrattuale» o «da contatto sociale», con la



conseguenza che non è risarcibile solo il cd interesse negativo (ed ha richiamato la sentenza della Sez. IV di questo Consiglio n. 6302 del 2014, per la quale la stazione appaltante può chiedere il risarcimento del danno effettivo, eccedente l'importo della cauzione provvisoria, se l'aggiudicatario non intende stipulare il contratto, nonché la sentenza delle Sez. Un., n. 2634 del 2009, secondo cui la stazione appaltante, nel caso di rifiuto del concorrente di stipulare il contratto, può chiedere il risarcimento del danno, nella misura corrispondente al 'maggior prezzo di aggiudicazione', risultante dall'affidamento ad altra impresa).

Non si tratterebbe peraltro di un 'mancato profitto', ma di una 'perdita' in termini di danno emergente, sopportato in concreto dall'Ospedale.

5. La s.p.a. Banca Carige ha proposto un appello incidentale, con cui ha chiesto che sia dichiarato il difetto della giurisdizione amministrativa, per due articolate considerazioni.

In base alla prima, ai sensi dell'art. 103 della Costituzione e degli articoli 7 e 133 del codice del processo amministrativo, la giurisdizione amministrativa esclusiva non sarebbe ravvisabile quando è proposta una domanda nei confronti di un soggetto privato, ma solo quando sia chiesta al giudice amministrativo «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» (art. 103 Cost.) e la controversia riguardi «l'esercizio, anche mediato di una potestà amministrativa» (artt. 3 e 133 del c.p.a.).

In base alla seconda, rileverebbe anche l'art. 19, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 163 del 2006, perché la controversia in esame riguarda un contratto di mutuo, e dunque 'servizi finanziari' non disciplinati dal medesimo codice, né rileverebbe il fatto che sia stata esperita una procedura ad evidenza pubblica, per il principio per il quale - quando l'Amministrazione utilizza un procedimento pubblicistico per la scelta del contraente, senza esservi tenuta - la giurisdizione spetta comunque al giudice ordinario.

Inoltre, l'appellante incidentale ha lamentato che il TAR non si sarebbe pronunciato sulla sua eccezione «circa l'inconfigurabilità della responsabilità risarcitoria dell'Istituto in una fase anteriore rispetto all'aggiudicazione in suo favore (che, nella fattispecie, non è pacificamente mai stata disposta)».

In subordine, la s.p.a. Banca Carige ha contestato la sussistenza di una propria responsabilità, poiché essa - contestualmente alla presentazione dell'offerta - avrebbe rappresentato che la propria proposta era condizionata all'acquisizione del necessario assenso degli uffici competenti, sicché «la possibilità di un esito negativo nel procedimento (interno alla Banca) di autorizzazione del mutuo non è stata affatto un evento imprevisto per l'Ospedale».

D'altra parte, essa ha dedotto che l'appellante principale, non avendo disposto l'esclusione per la presentazione di una offerta condizionata, avrebbe «accettato» la condizione così apposta all'offerta.

6. Le parti hanno depositato distinte memorie di replica, con cui hanno illustrato le questioni controverse ed hanno insistito nelle già formulate conclusioni.

7. All'udienza del 21 luglio 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

8. Per il suo carattere preliminare, va esaminato l'appello incidentale, con cui è stato dedotto che dovrebbe essere dichiarato il difetto della giurisdizione amministrativa esclusiva sul ricorso di primo grado.

9. Ritiene la Sezione che le censure dell'appellante incidentale vadano respinte, poiché - come ha correttamente evidenziato la sentenza impugnata - nella specie è applicabile l'art. 133, lettera e), n. 1, del codice del processo amministrativo, per il quale sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva per le controversie riguardanti «procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie».

9.1. La s.p.a. Ospedale di Sassuolo va senz'altro considerata in questa sede un «organismo di diritto pubblico»: sul punto vi è stata una specifica statuizione del TAR (v. pp. 6-7 della sentenza impugnata), non contestata con l'appello incidentale (v. p. 11).

9.2. Ciò posto, risulta infondato il primo profilo delle censure con cui l'appellante incidentale ha ritenuto insussistente la giurisdizione amministrativa esclusiva.

Va premesso che per la consolidata giurisprudenza amministrativa in sede di giurisdizione amministrativa esclusiva l'Amministrazione pubblica ben può agire con un ricorso, a tutela di un proprio diritto soggettivo (per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28; Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4107, sulla proponibilità dell'azione ex art. 2932 c.c.).

Sul punto, si è poi pronunciata la Corte Costituzionale, che ha affermato principi aventi un rilievo generale sui casi nei quali il ricorso al giudice amministrativo può essere proposto nei confronti di un soggetto privato.

Con la sentenza n. 179 del 2016 (§ 3.1.), la Corte Costituzionale ha evidenziato che, «sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge»: ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla giurisdizione esclusiva, rileva il fatto «che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse».

Risulta dunque infondata la tesi dell'appellante incidentale, secondo la quale non potrebbe sussistere la giurisdizione esclusiva, quando il ricorso sia proposto al TAR da una Amministrazione pubblica (o da un soggetto ad essa equiparato, come l'organismo di diritto pubblico, nel settore dei contratti pubblici).

Risulta altresì infondata l'altra tesi dell'appellante incidentale, secondo cui il TAR avrebbe incongruamente richiamato il principio di



concentrazione delle tutele: la medesima sentenza n. 179 del 2016 della Corte Costituzionale, al § 3.2., ha evidenziato che «l'ordinamento non conosce materie 'a giurisdizione frazionata', in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo».

9.3. Per un duplice ordine di considerazioni, risulta altresì infondato il secondo profilo in base al quale l'appellante incidentale ha dedotto che non sussisterebbe la giurisdizione amministrativa esclusiva, in ragione della tipologia del contratto rispetto al quale è stata bandita la gara.

9.3.1. Come ha evidenziato l'appellante principale, sotto il profilo sostanziale l'allegato II A del codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo n. 163 del 2006, ha previsto che il contratto di mutuo rientra tra gli appalti di servizi ivi elencati, sicché si applica l'art. 20, comma 2, del medesimo codice.

Infatti, la voce 6 del citato allegato II A include tra gli appalti di servizi i «servizi bancari e finanziari», con l'eccezione «dei contratti dei servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli e di altri strumenti finanziari, nonché dei servizi forniti da banche centrali».

9.3.2. Inoltre, per la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, rilevano le disposizioni dell'art. 27 del medesimo codice dei contratti pubblici (applicabile *ratione temporis*), il quale – estendendo in materia i relativi doveri delle Amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad essi equiparati, come gli organismi di diritto pubblico, ha disposto l'applicazione dei principi del Trattato anche ai contratti esclusi (per ragioni di soglia o di oggetto), imponendo il rispetto delle 'regole minimali' della evidenza pubblica (Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4902; Sez. V, 24 aprile 2013, n. 2282; Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 775; Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16).

Ciò comporta che, contrariamente a quanto ha dedotto l'appellante incidentale, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha doverosamente indetto la procedura ad evidenza pubblica, che ha condotto alla controversia in esame.

10. Così riaffermata la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva, si deve esaminare la censura della s.p.a. Banca Carige, la quale ha lamentato che il TAR non avrebbe esaminato la sua eccezione, formulata in primo grado, secondo cui sarebbe inconfigurabile una propria responsabilità, poiché la domanda risarcitoria ha riguardato «una fase anteriore rispetto all'aggiudicazione in suo favore (che, nella fattispecie, non è pacificamente mai stata disposta)».

11. Ritiene la Sezione che tale censura sia infondata e vada respinta. Il richiamo al fatto che non vi è stata la stipula del contratto, più che fondare una eccezione in senso tecnico, ha riguardato una 'linea difensiva' della s.p.a. Banca Carige, volta a rappresentare l'insussistenza di profili di una propria responsabilità.

Dall'esame della complessiva ratio decidendi della sentenza impugnata, si evince che il TAR ha ricostruito compiutamente i fatti accaduti, ha evidenziato che tra le parti non vi è mai stata la stipula del contratto (prendendo così in considerazione la 'linea difensiva' della s.p.a. Banca Carige) ed ha qualificato in linea di principio la domanda della s.p.a. Ospedale di Sassuolo come riconducibile ad una pretesa risarcitoria per responsabilità precontrattuale (pur se ha poi respinto la domanda, per l'assenza di danni giuridicamente risarcibili).

12. A questo punto, si deve passare all'esame del merito delle questioni controverse tra le parti.

13. Per ragioni di ordine logico, va innanzitutto esaminata la questione se la s.p.a. Banca Carige abbia commesso un fatto illecito, nel rifiutare la stipula del contratto, dopo aver saputo che la sua offerta era stata collocata al primo posto nella graduatoria, nel verbale del 28 novembre 2006.

Infatti, ove si dovesse escludere la sussistenza di un illecito, diventerebbe del tutto irrilevante verificare se sia stato cagionato un danno risarcibile.

14. Ritiene la Sezione che vadano condivise le deduzioni della s.p.a. Ospedale di Sassuolo, già ritenute fondate dal TAR, sulla sussistenza di un fatto illecito della s.p.a. Banca Carige (sicché risultano infondate le deduzioni dell'appello incidentale).

E' decisivo considerare che l'offerta economica della Banca (trasmessa il 16 novembre 2006: v. il doc. 9, depositato in allegato al ricorso di primo grado) non ha operato alcun richiamo alla necessità o alla eventualità della approvazione di suoi organi deliberanti ed ha indicato la sua incondizionata disponibilità a stipulare il mutuo (nel caso di esito favorevole della procedura di evidenza pubblica), precisando che «l'offerta resterà valida 60 giorni decorrenti da quello di scadenza per la presentazione dei documenti di gara».

Il testo di tale dichiarazione è univoco nell'evidenziare l'impegnatività di tale offerta: non solo esso non ha fatto riferimento ad una condizione sospensiva o risolutiva, ma ha inoltre fatto riferimento ai «60 giorni decorrenti da quello di scadenza per la presentazione dei documenti di gara», così evidenziando che - decorso tale termine - non sarebbe stata rilevante una eventuale determinazione della s.p.a. Ospedale di Sassuolo di concludere il contratto con la medesima Banca offerente. Contrariamente a quanto ha dedotto la s.p.a. Banca Carige, tale dichiarazione è univoca, anche se nella stessa data 16 novembre 2006 vi era stata la trasmissione di un'altra dichiarazione, che precisava come l'approvazione fosse stata presentata «nelle more dell'approvazione della relativa pratica di affidamento da parte dei competenti organi deliberanti».

Poiché l'offerta è stata presentata senza l'apposizione di alcuna condizione e a firma del legale rappresentante della Banca, questa ulteriore dichiarazione sul piano obiettivo non può essere che intesa come l'impegno di attivare e di far concludere positivamente la «pratica» da parte degli «organi deliberanti».

Va pertanto confermata la statuizione del TAR, che ha considerato ingiustificato il «rifiuto di stipulazione del contratto, a seguito della presentazione della migliore offerta da parte di Banca Carige s.p.a.».

15. Si deve ora passare all'esame della censura proposta con l'appello principale, secondo cui sarebbe in concreto risarcibile il danno cagionato dalla s.p.a. Banca Carige, consistente nel maggiore importo da corrispondere complessivamente per la stipula del mutuo con la Banca Popolare dell'Emilia Romagna (e quantificato nella memoria conclusiva di primo grado in euro 122.729,24, tenuto conto della differenza del meno favorevole spread offerto da tale Banca).

16. Osserva al riguardo la Sezione che l'ordinamento ha tradizionalmente disciplinato il caso in cui l'aggiudicatario di una gara d'appalto poi si rifiuti di stipulare il contratto con l'Amministrazione che abbia emanato il bando.

16.1. Nel sistema della legge sulla contabilità di Stato (v. il regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e successive modificazioni), era previsto il sistema del versamento di una «cauzione provvisoria», per la partecipazione alla gara.

Come era evidenziato dalla pacifica giurisprudenza, la «cauzione provvisoria» aveva «natura di garanzia» e non poteva essere considerata una «caparra penitenziale» (la quale presuppone che le parti si siano riservate il diritto di recesso dal contratto): nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, l'Amministrazione poteva incamerare la cauzione provvisoria, salva la sua possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno effettivo (per tutte, Cass., 5 aprile 1976, n. 1220; Cass., Sez. Un., 16 maggio 1977, n. 1962).

Pertanto, già nel vigore della legge sulla contabilità di Stato si è consolidato nella giurisprudenza un principio generale, per il quale – quando l'aggiudicatario di una gara pubblica senza giustificazione non stipula il contratto – non rilevano le discussioni concernenti la natura della sua responsabilità: il danno risarcibile è quello conseguente alle spese di indizione di una nuova gara (se non vi sono stati altri partecipanti), ovvero quello conseguente ai maggiori esborsi di denaro, conseguenti alla aggiudicazione disposta in base allo 'scorrimento'.

16.2. In attuazione del Trattato di Roma del 1957 e delle direttive comunitarie (ed all'esigenza di evitare la perdita di liquidità delle imprese), dapprima la legge n. 348 del 1982 (poi trasfusa nella legge n. 109 del 94) aveva consentito ai partecipanti alle gare di non depositare somme a titolo di cauzione, ma di produrre «polizze fideiussorie». Successivamente, per la partecipazione alle gare l'art. 75 del codice n. 163 del 2006 e l'art. 93 del codice n. 50 del 2016 hanno disposto la presentazione di «garanzie a prima richiesta» (commisurate in percentuale fissa al prezzo di gara e aventi anch'esse una funzione di garanzia), che attribuiscono alla stazione appaltante una 'tutela rafforzata', cioè il potere di disporre l'escussione dell'importo previsto, per il caso in cui l'aggiudicatario non intenda stipulare il contratto.

Ab antiquo, le leggi hanno dunque previsto che l'impresa per partecipare alla gara debba previamente consentire alla stazione appaltante la più rapida soddisfazione nel caso di mancata stipula del contratto, mediante:

- l'incameramento della cauzione, nel sistema della legge di contabilità di Stato;

- la richiesta di pagamento «a prima richiesta» al garante, nel sistema a base dei codici del 2006 e del 2016.

Tuttavia, anche se il bando non prevede tali forme di tutela ‘rafforzata’ della stazione appaltante, essa ben può chiedere al giudice di disporre la condanna dell’autore del fatto illecito.

16.3. Le leggi sopra indicate – sull’onere per i partecipanti di versare la cauzione provvisoria, ovvero di presentare la «polizza fideiussoria» - si sono basate sul principio indiscusso – basato anche sul buon senso - della risarcibilità del danno prodotto dal partecipante che rifiuti senza motivo di stipulare il contratto.

Mentre nel diritto privato il codice civile del 1942 ha previsto regole per i casi di responsabilità precontrattuale, nel diritto pubblico la normativa sulla contabilità di Stato ed i codici sui contratti pubblici hanno posto regole specifiche sullo specifico caso in cui l’aggiudicatario violi i principi di buona fede e di correttezza.

Il principio sopra rilevato – sulla risarcibilità del danno cagionato – rende irrilevante in questa sede la questione della natura della responsabilità dell’aggiudicatario (che si porrebbe, ad es., in tema di prescrizione dell’azione risarcitoria).

16.4. Anche in considerazione di tale normativa di settore, in giurisprudenza si è infatti consolidato il principio per il quale la stazione appaltante può ottenere il risarcimento del danno effettivo per il caso di mancata stipula dell’aggiudicatario, pur se esso ecceda l’importo della cauzione provvisoria (v. anche Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2634; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; citate dall’appellante principale).

17. Nel caso di specie, il bando indetto dalla s.p.a. Banca di Sassuolo non ha previsto – ai fini della partecipazione alla gara - né il versamento di una cauzione provvisoria, né la presentazione di una «garanzia a prima richiesta».

Tuttavia, malgrado tale mancata previsione del bando, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha ben potuto chiedere il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata stipula del contratto da parte dell’aggiudicatario: il principio generale sulla risarcibilità del danno si applica pur se il bando non abbia richiesto il versamento della cauzione provvisoria o la presentazione della polizza fideiussoria.

Se una tale previsione vi fosse stata, non ci sarebbe stato bisogno verosimilmente della domanda di liquidazione in sede giurisdizionale, se non per la quantificazione del danno effettivo, ma anche in sua assenza la stazione appaltante può agire per ottenere dal giudice l’accertamento della responsabilità e la liquidazione del danno risarcibile.

18. Contrariamente a quanto ha ritenuto la sentenza appellata, risulta dunque fondata la pretesa della s.p.a. Ospedale di Sassuolo ad ottenere il risarcimento del danno, conseguente ai maggiori oneri da essa sopportati a seguito della stipula del contratto di mutuo con la Banca Popolare dell’Emilia Romagna.

Tali maggiori oneri risultano anche qualificabili come ‘perdita’ in termini di danno emergente, come è stato dedotto dall’appellante principale.

19. Circa la quantificazione dei danni, ritiene la Sezione che sia fondata la domanda della s.p.a. Ospedale di Sassuolo, basata sul criterio di computo basato sulla differenza del meno favorevole spread, offerto dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

La s.p.a. Banca Carige – pur avendo articolato le proprie difese su tutte le questioni sopra trattate – in ordine a tale criterio non ha nulla rilevato. Del resto, esso risulta ragionevole e giustificato, poiché basato sul 'criterio della differenza', tra l'onere sopportato dall'Ospedale nel caso di stipula con la s.p.a. Banca Carige e quello sopportato a seguito della stipula con la Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

20. Quanto alla concreta liquidazione dell'importo dovuto a titolo di risarcimento, in primo ed in secondo grado l'appellante principale ha indicato l'importo complessivo di euro 122.729,24, oltre rivalutazione ed interessi

Poiché non vi è stata alcuna contestazione sul punto nel corso dei due gradi del giudizio, ritiene la Sezione che la condanna debba essere conseguentemente disposta per tale importo.

21. Per le ragioni che precedono, pronunciando sull'appello n. 2365 del 2016, la Sezione:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie l'appello principale, sicché – in riforma parziale della sentenza impugnata – condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento – in favore della s.p.a. Ospedale di Sassuolo – di euro 122.729,24, oltre interessi e rivalutazione, da calcolare tenendo conto della data di pubblicazione della riformata sentenza del TAR;
- condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento delle spese e degli onorari dei due gradi del giudizio, nella misura indicata nel dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), pronunciando sull'appello n. 2365 del 2016:

- respinge l'appello incidentale;
  - accoglie l'appello principale, sicché – in riforma parziale della sentenza impugnata – condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento – in favore della s.p.a. Ospedale di Sassuolo – di euro 122.729,24, oltre interessi e rivalutazione, da calcolare tenendo conto della data di pubblicazione della riformata sentenza del TAR;
  - condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento di euro 15.000 (quindicimila) per spese ed onorari dei due gradi del giudizio, di cui euro 5.000 per il primo grado ed euro 10.000 per il secondo grado.
- Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti,	Presidente, Estensore
Carlo Deodato,	Consigliere
Manfredo Atzeni,	Consigliere
Stefania Santoleri,	Consigliere
Raffaello Sestini,	Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE