

Pubblicato il 04/07/2022

N. 05554/2022REG.PROV.COLL.
N. 05923/2019 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 5923 del 2019, proposto da Sise Sistemi Segnaletici S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Nappi e Ettore Notti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Anas S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Flavia De Pellegrin e Clemente Giglio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Stefania Masini in Roma, via Monzambano, n. 10;

nei confronti

Consorzio Stabile A.R.E.M. Lavori S.c.a r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sezione Prima, n. 1040/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 21 giugno 2022, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, il Cons. Elena Quadri e udito per le parti l'avvocato Masini, in collegamento da remoto; preso atto altresì, ai sensi dell'art. 87, comma 4-*bis* c.p.a. e dell'art. 13-quater disp. att. c.p.a. (articolo aggiunto dall'art. 17, comma 7, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.), del deposito delle note di passaggio in decisione dei difensori dell'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con lettera di invito del 18 maggio 2017, CDG-257335-I, ANAS S.p.a. indicava una procedura di gara negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei "Lavori di Manutenzione Ordinaria occorrenti per la Segnaletica Orizzontale dal km 0+000 al km 148+442 dell'Autostrada del Mediterraneo", da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso.

Si.Se Sistemi Segnaletici S.p.a veniva invitata a partecipare alla gara insieme ad altre 7 imprese.

La Commissione giudicatrice, accertata la regolarità amministrativa della documentazione prodotta da tutte le imprese concorrenti, provvedeva a individuare la soglia di anomalia procedendo al sorteggio del metodo di calcolo della soglia di anomalia delle offerte (nel primo sorteggio lettera E e nel secondo sorteggio il coefficiente 0,8).

Con nota del 9 giugno 2017, CDG-299141-P, la stazione appaltante riconosceva quale migliore offerta quella della Impresa Consorzio Stabile

A.R.E.M. Lavori S.c.a r.l., pubblicando l'esito sul portale accessibile a tutte le imprese.

Con provvedimento del 2 agosto 2017, CDG-404046-I, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva ed efficace in favore del Consorzio Stabile A.R.E.M. Lavori S.c.a r.l., a seguito del positivo riscontro delle attività di verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara, di cui all'art. 32, comma 7, del d.lgs n. 50/2016.

Sise S.p.a., con ricorso del 20 ottobre 2017, adiva il Tribunale amministrativo regionale della Calabria chiedendo il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione a fronte della sua illegittima esclusione automatica dalla gara, disposta dalla stazione appaltante in violazione dell'art.97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016. La ricorrente quantificava il danno in euro 17.473,80, corrispondente al 10% del valore dell'appalto, oltre ai costi di partecipazione alla gara e al danno curriculare subito.

Il Tribunale amministrativo regionale adito rigettava la richiesta risarcitoria, esimendosi dalla verifica della prospettata illegittimità dell'esclusione e dei danni asseritamente subiti, stante il comportamento colposo dell'impresa ricorrente, che non si era attivata per evitare il danno con l'esperimento di un'azione di annullamento.

In particolare, il giudice di prime cure escludeva la fondatezza della richiesta di risarcimento del "danno da contratto perso" in ragione della mancata impugnazione degli atti ritenuti illegittimi, atteso che l'impresa si era limitata a dedurre che l'aggiudicazione alla controinteressata era divenuta efficace il 2 agosto 2017, scegliendo di coltivare la sola azione risarcitoria col ricorso notificato solo ad ottobre; secondo il tribunale colposamente l'impresa si era determinata a non attivarsi per l'impugnazione degli atti di gara, preferendo un risarcimento senza gli oneri di eseguire i lavori rispetto al corrispettivo in esito ad una esecuzione: sennonché in difetto di impugnazione degli atti di gara ai sensi dell'art. 30, comma 3, e 124 c.p.a. doveva escludersi la risarcibilità dei prospettati danni.

Avverso la sentenza propone appello Si.Se Sistemi Segnaletici S.p.a. dolendosi dell'*error in iudicando* in cui è incorsa la sentenza di primo grado in ordine al mancato accoglimento della richiesta risarcitoria.

Resiste al gravame Anas S.p.a., chiedendone la reiezione.

All'udienza del 21 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

Con le proprie censure l'appellante ha dedotto, essenzialmente, la violazione e falsa applicazione dell'art.30, comma 3, c.p.a. sull'autonoma azione di condanna al risarcimento del danno ad opera del giudice di primo grado, atteso che le conclusioni raggiunte dal tribunale di fatto avrebbero reinserito la cosiddetta pregiudiziale di annullamento. Secondo l'appellante invero, stante il chiaro rilievo dato all'autonomia dell'azione risarcitoria e la facoltà riconosciuta alle parti di scegliere lo strumento di tutela ritenuto più adeguato avverso un provvedimento illegittimo, il mancato esperimento dell'azione di annullamento non potrebbe giammai precludere il rimedio risarcitorio, a meno che tale omissione non sia la causa più prossima, e quindi assorbente, del danno, interrompendo il nesso eziologico.

Nel caso di specie, sempre secondo l'appellante, la mancata azione di annullamento potrebbe al più rilevare nella determinazione del *quantum* risarcibile, ai sensi dell'art.1227 c.c., in quanto il danno sarebbe derivato dalla sua illegittima esclusione automatica dell'offerta senza un previo contraddittorio, così come imposto dall'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 per procedure con meno di dieci offerte e dalla stessa *lex specialis*, che prevedono l'esclusione automatica solo se il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 10.

L'appello è infondato.

L'art. 30, comma 3, c.p.a. disciplina l'azione di risarcimento, attribuendo alla stessa natura autonoma, non essendo più necessario agire in via pregiudiziale con l'azione di annullamento. L'appellante, tuttavia, erra nel rintracciare nel caso di specie un'ipotesi di pregiudiziale larvata o celata, in quanto ciò che viene in rilievo non è la necessità del previo annullamento dell'atto illegittimo,

quanto piuttosto il rapporto tra il mancato utilizzo dell'azione di annullamento e l'evitabilità del danno. Non deve infatti confondersi la facoltà dell'agire in via autonoma, così come esercitata, con il presupposto fondante della medesima azione.

Lo stesso art. 30, comma 3, c.p.a. attribuisce al giudice il compito di valutare il comportamento del danneggiato e verificare la possibile evitabilità del danno, anche ricorrendo a strumenti di tutela.

L'azione di annullamento rileva pertanto quale strumento con cui la parte avrebbe potuto evitare il danno e conseguire il bene della vita, ossia l'aggiudicazione, e non come presupposto processuale dell'azione, come avveniva al tempo della pregiudiziale.

Invero è stato così definito il rapporto tra l'azione risarcitoria e quella di annullamento, in ragione dell'eliminazione della pregiudiziale: *«in materia di pregiudiziale amministrativa, dagli art. 30 e ss. cod. proc. amm. emerge che il legislatore delegato non ha condiviso né la tesi della pregiudizialità amministrativa, né peraltro, al contrario, quella della totale autonomia dei due rimedi, impugnatorio e risarcitorio, bensì ha optato per una soluzione intermedia, che valuta l'omessa tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento del provvedimento lesivo non come fatto preclusivo dell'istanza risarcitoria, ma solo come condotta che, nell'ambito di una valutazione complessiva del comportamento delle parti in causa, può autorizzare il giudice ad escludere il risarcimento, o a ridurre l'importo, ove accerti che la tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento dell'atto lesivo avrebbe evitato o limitato i danni da quest'ultimo derivanti»* (Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837; sez. IV, 7 settembre 2020, n. 5378).

Correttamente il giudice di prime cure ha ritenuto evitabile il danno da mancata aggiudicazione con l'utilizzo dell'azione di annullamento, a seguito di una valutazione complessiva del comportamento delle parti in causa.

Nel caso di specie il fatto illecito denunziato riguarda in realtà l'illegittimità dell'esclusione automatica dalla gara dell'offerta anomala della società appellante per violazione dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, che vieta espressamente l'esclusione automatica in presenza di meno di dieci offerte.

Si tratta di una situazione pacifica, neppure contestata dalla stazione appellante.

Alcuna indagine deve essere compiuta sull'elemento psicologico, dolo o colpa, vertendosi in una fattispecie di appalto pubblico.

Ciò posto, stante la violazione della norma e dell'illegittimità dell'esclusione automatica, integrante il cosiddetto danno evento, deve essere valutata l'esistenza di un danno conseguenza e l'effettivo contributo del danneggiato allo stesso.

Al riguardo le conclusioni del giudice di primo grado, secondo cui la tempestiva proposizione dell'azione di annullamento avverso l'aggiudicazione avrebbe evitato il danno e la possibilità di conseguire l'aggiudicazione della gara (di cui è chiesto il risarcimento) sarebbe stata impedita proprio dal comportamento del danneggiato (che non avrebbe tutelato tempestivamente la propria posizione giuridica, perdendo per sua colpa la *chance* di stipulare il contratto) sono ragionevoli e non meritano censure.

Sono infondate anche le doglianze dell'appellante in ordine alla mancata comunicazione dell'esclusione che avrebbe impedito l'azione in forma specifica: invero il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 9 giugno 2017 è stato regolarmente comunicato all'interessata mediante nota Compartimentale del 9 giugno 2017 attraverso il portale acquisti di Anas a tutte le imprese partecipanti e l'appellante ha scientemente omesso di impugnarlo tempestivamente.

L'appellante, inoltre, ha disatteso il generale onere probatorio che sussiste in capo al danneggiato ai sensi dell'art.2043 c.c.

La natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione per provvedimento illegittimo segue le regole della responsabilità extracontrattuale, ponendo in capo al danneggiato l'onere probatorio sulla colpa, nesso di causalità e danno (Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021 n. 7).

«L'azione risarcitoria va quindi ricondotta alle disposizioni dell'art. 30, comma 2, Cod. proc. amm. e dell'art. 2043 cod. civ.: il fatto costitutivo è l'illegittimità del provvedimento;

*l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, in materia di pubblici appalti, non è rilevante, né richiesto a presupposto della responsabilità della pubblica amministrazione; l'evento di danno (ingiusto) è appunto l'adozione del provvedimento illegittimo per avere la pubblica amministrazione esercitato l'attività amministrativa con incompetenza o in violazione di legge o eccesso di potere; le conseguenze pregiudizievoli risarcibili perché prodotte da tale evento di danno sono quelle direttamente e immediatamente causate dall'atto illegittimo» (Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2021, n. 7960; Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2). Il danneggiato è, dunque, tenuto a provare il nesso eziologico tra il danno ingiusto, costituito dal provvedimento illegittimo, e le dirette e immediate conseguenze pregiudiziali risarcibili (danno conseguenza). Nella materia dei pubblici appalti tali conseguenze consistono sostanzialmente nella perdita dell'aggiudicazione o nella perdita delle *chances* di aggiudicazione, come nel caso di specie.*

L'appellante, allora, avrebbe dovuto provare, nonché allegare, gli elementi che la stessa avrebbe potuto offrire nel contraddittorio anteriore all'esclusione e che, secondo un giudizio prognostico secondo il criterio del più probabile che non, avrebbero determinato l'ammissione della stessa alla procedura e la successiva aggiudicazione.

«La risarcibilità della "chance" di aggiudicazione è ammissibile solo allorché il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la "chance" di ottenere l'utilità perduta resti nel novero della mera possibilità (ex multis Cons. St., Sez. IV, 23 giugno 15 n. 3147); pertanto "per ottenere il risarcimento del danno anche per perdita di una "chance" è, comunque, necessario che il danneggiato dimostri, seppur presuntivamente ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6465, 11 luglio

2018, n. 4225, sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, secondo cui, in particolare, la lesione della possibilità concreta di ottenere un risultato favorevole presuppone che sussista una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento).

In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2022, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE
Elena Quadri

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

