



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3394 del 2009, proposto da: Baldassini Tognazzi Pontello Costruzioni Generali S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Sonia Macchia, Stefano Vinti, Aldo Pezzana, con domicilio eletto presso Vinti & Associati in Roma, via Emilia N.88;

contro

Azienda Speciale Molise Acque, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Claudio Neri, con domicilio eletto presso Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

per l'ottemperanza

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO -Sezione VI- n. 04829/2008 resa tra le parti concernente GARA PROGETTAZIONE DEFINITIVA ED ESECUZIONE ACQUEDOTTO MOLISANO (DOMANDA DI RISARCIMENTO DEI DANNI).

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2010 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Pezzana e Neri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la decisione n. 4829/2008 questo Consiglio di Stato ha parzialmente accolto il ricorso in appello (n. 8469/2007) della odierna ricorrente in ottemperanza volto ad ottenere la riforma della decisione del Tar Molise n. 628/2007.

Il Tar Molise, infatti, aveva accolto il ricorso principale della odierna ricorrente in ottemperanza con conseguente annullamento degli atti gravati; aveva rilevato che non poteva procedersi alla rinnovazione della gara, per l'impedimento ex lege rappresentato dalla disposizione di cui all'art. 246, 4° comma del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, ed aveva in parte accolto la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'odierna appellata, limitatamente ai costi subiti per prendere parte alla gara, da maggiorarsi degli interessi legali, sino al soddisfo.

La sentenza era stata (soprattutto con riferimento ai profili concernenti la statuizione risarcitoria) appellata dall'originaria ricorrente vincitrice che ne aveva parzialmente contestato la fondatezza.

In particolare l'appellante ha rilevato che - avendo i primi giudici accolto alcune (esclusivamente quella relativa alla violazione del disposto di cui all'art. 38 del d.lvo n. 163/2006) delle censure che criticavano l'ammissione dell'Ati originariamente aggiudicataria della gara - appariva illogico che, quanto a tale profilo, avessero poi ritenuto insussistente il profilo della colpa in capo all'Amministrazione appaltante.

Sotto altro aspetto, e quanto al profilo di accoglimento del ricorso di primo grado in ordine al quale il Tar, valutando la condotta dell'Amministrazione appaltante, ha ritenuto sussistere gli elementi integrativi dell'illecito extracontrattuale (con riguardo alla assoluta assenza di motivazione dei giudizi espressi sulle offerte tecniche), ha evidenziato la contraddittorietà della mancata previsione della risarcibilità anche della voce del lucro cessante.

Invero era errata la statuizione che aveva limitato il disposto risarcimento alle spese e costi sopportati: la perdita di chance costituiva posizione attiva risarcibile, anche e soprattutto allorchè non si avesse avuto modo di dimostrare la certezza dell'aggiudicazione in ipotesi di rinnovazione della procedura di gara.

Ha all'uopo riproposto- al dichiarato fine di valutare la complessiva condotta dell'Amministrazione appellante- le censure relative alla erroneità della decisione del seggio di gara di ammettere l'Ati originariamente aggiudicataria (motivi I e II del ricorso in appello) e quella relativa alla composizione del seggio di gara.

Ha poi esaminato i capi della sentenza che avevano affrontato la questione della ammissibilità e della quantificazione della pretesa risarcitoria criticando gli approdi cui erano pervenuti i primi giudici e rilevando che anche a cagione della circostanza che l'Amministrazione appaltante aveva disatteso la norma di cui all'art. 11, 10° comma del citato D.Lgs. n. 163/2006, parte appellante si era vista privare della tutela reintegratoria in forma specifica.

La sentenza pertanto doveva essere in parte qua riformata: a tale invocata statuizione doveva conseguire la concessione della piena tutela risarcitoria in favore dell'appellante, comprensiva del risarcimento per la perdita di chance. Ha provveduto a quantificare l'importo risarcitorio graduandolo in relazione al possibile accoglimento delle singole censure contenute nel ricorso in appello.

Con la decisione n. 4829/2008 della quale si chiede l'ottemperanza, questo Consiglio di Stato ha parzialmente accolto il ricorso in appello.

‘È stato in particolare rilevato che, con riguardo alle statuzioni demolitorie rese in primo grado e regiudicate, e con riferimento a quelle contenute nel ricorso in appello, erano state accolte ben quattro doglianze di illegittimità riferentesi alla gara in oggetto.

Due di esse erano attinenti alla esclusione della controinteressata aggiudicataria (una di queste, come esposto nella premessa in fatto, era stata accolta già dal Tar ed è rimasta inimpugnata); altre due (una delle quali, concernente il deficit motivazionale dei giudizi espressi, già accolta in primo grado ed inimpugnata) riguardavano, in generale, la conduzione della gara e la composizione del seggio di gara.

Il Consiglio di Stato si è poi interrogato, nella medesima decisione, in ordine a due distinti ma collegati aspetti al fine di provvedere in ordine alla domanda risarcitoria.

Il primo di essi, riguardava la sussistenza, o meno, della colpa dell’Amministrazione (ed il grado di essa) nei termini richiesti mediante il ricorso in appello (ed esuberanti rispetto alla statuzione soltanto parzialmente ricognitiva di tale elemento resa dai primi giudici).

Il secondo, logicamente susseguente, concerneva l’entità della misura risarcitoria.

Quanto al primo, ha ritenuto che nel complessivo comportamento dell’Amministrazione potesse ben ravvisarsi l’elemento della colpa grave.

Quanto al secondo, ha affermato che i criteri quantificatori delle voci di danno esposti nel ricorso in appello, ed i presupposti da cui essi muovevano, non fossero condivisibili in toto.

In particolare, è stata disattesa la convinzione dell’appellante odierna ricorrente in ottemperanza, sottesa all’articolazione delle proprie richieste, secondo cui essa avrebbe conseguito la piena restaurazione del proprio interesse all’aggiudicazione della gara ove – accolte le doglianze che comportavano la immediata esclusione

della contro interessata aggiudicataria- l'Amministrazione non avesse stipulato il contratto, in violazione dell'art. 11 del d. lvo 163/2006.

Ciò perché la gara era stata attinta da due vizi di legittimità (omessa motivazione dei punteggi e, ancora preliminarmente, composizione della commissione) che si ponevano “a monte” dell’aggiudicazione; e che ad essa erano pregiudiziali.

Entrambi tali vizi erano stati devoluti alla cognizione del Tar dall'appellante; uno di essi era già stato rilevato dal Tar; un altro aveva trovato accoglimento mercè la decisione d'appello della quale si chiede l'ottemperanza.

La esistenza di tali vizi, pregiudiziali rispetto all’aggiudicazione, ed antecedenti al passaggio aggiudicatorio consentiva di ritenere destituita di fondamento la prospettazione, secondo cui laddove (come è avvenuto) si fosse riscontrata la fondatezza di uno dei primi tre motivi di censura contenuti nel ricorso in appello, ciò avrebbe comportato “l’aggiudicazione della gara in favore dell'appellante”.

L'annullamento degli atti di gara legato ad irregolarità formali delle operazioni svolte, comporta il travolgimento dell'intera procedura e, quindi, l'impossibilità di prevedere l'esito della gara e di accogliere la domanda di risarcimento danni proposta dalla ricorrente, poiché la stessa trova ristoro nella nuova opportunità che le viene offerta, derivante dalla ripetizione della procedura.

Nel caso di specie, tuttavia, l'avvenuta stipula del contratto rendeva impossibile tale conclusione.

L'inattendibilità dei punteggi attribuiti, poi, rendeva impossibile la esatta definizione della chance violata in capo all'appellante, del pari non quantificabile secondo i consueti criteri a cagione del riscontrato vizio di illegittimità della composizione della commissione.

Tenuto conto della descritta situazione si è affermato conclusivamente, nella decisione di cui si chiede l'ottemperanza, che detta situazione di incertezza non poteva ridondare in danno della parte danneggiata.

Men che mai laddove essa fosse dipesa da una grave negligenza posta in essere dall'Amministrazione (rilevandosi che in simili ipotesi la concorde giurisprudenza amministrativa consentiva il ricorso al criterio liquidatorio equitativo).

Si è pertanto disposto che l'Amministrazione dovesse risarcire il danno arrecato all'odierna appellante e che la somma offerta dall'Amministrazione determinata ex art. 1226 cc, si sarebbe dovuta conformare ai criteri di seguito enunciati (si riporta per esteso il passaggio motivazionale in questione):

“1) ricoprendere le spese sostenute dall'appellante per la partecipazione alla gara, nei termini individuati dal Tar Molise (punto n. 28.1 della appellata decisione, che merita integrale e piena conferma, difformemente da quanto sostenutosi nel ricorso in appello, anche con riferimento alla posizione dei dipendenti a tempo indeterminato della società predetta);

2) considerare inoltre, nella quantificazione del complessivo importo risarcitorio, che il danno arrecato è stato cagionato da una condotta gravemente negligente;

3) tenere conto che, comunque -anche in relazione ad operazioni attributive di punteggi inattendibili, e ad opera di una commissione la cui composizione era attinta dal vizio di illegittimità rilevato dal Consiglio di Stato- l'appellante ebbe a classificarsi al secondo posto –e che l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara- e provvedere a calcolare, ex art. 1226 cc, tenendo conto della molteplicità (17, una volta esclusasi l'aggiudicataria) dei partecipanti alla gara medesima, la percentuale risarcibile dell'utile derivante dalla probabilità di aggiudicarsi la gara in capo all'appellante, e quella relativa al conseguente mancato incremento del requisito tecnico ed economico.” Si è pertanto ritenuto che la concorrenza delle voci determinative come sopra individuate conducesse ad individuare, quale somma dei danni arrecata all'appellante, una cifra pari ad una percentuale dell'offerta oscillante tra il 4% ed il 5 % della medesima, da determinarsi in contraddittorio tra le parti.

Con l'odierno ricorso in ottemperanza si è chiesto di dare completa ed esatta esecuzione alle statuzioni contenute nella sentenza suindicata.

Parte ricorrente ha evidenziato che la predetta statuzione è passata definitivamente in giudicato; ha, quindi, aggiunto che era rimasto privo di effetti l'atto di diffida e messa in mora, pure ritualmente notificato.

In particolare si è rilevato che l'Amministrazione non aveva provveduto a formulare una proposta che tenesse conto delle superiori determinazioni regiudicate.

Ha quindi richiesto la liquidazione del danno e degli accessori del credito, determinando la cifra-base nella percentuale del 5% dell'offerta da essa presentata (quest'ultima, pari a € 48.201.861,60) in misura pari a € 2.410.093,05, oltre alle spese determinate nella misura di € 482.660,34 (analiticamente determinando le singole voci che concorrevano a comporre tale quantificazione).

La complessiva somma richiesta, quindi, -come peraltro ribadito dall'appellante nella memoria di replica in ultimo depositata- era pari ad € 2.892.753,39.

L'Amministrazione Azienda Speciale "Molise Acque" ha depositato una nota con la quale, nel rappresentare le problematiche discendenti dalla avvenuta cessazione dell'incarico del precedente direttore generale (il che aveva determinato una dilatazione dei tempi di verifica dello stato del presente contenzioso, discendente dal subentro del nuovo direttore) ha evidenziato talune valutazioni in ordine alla proposta della società ricorrente in ottemperanza, e le proprie considerazioni in ordine a talune voci di danno, ritenute esagerate nel loro ammontare.

Alla camera di consiglio del 31.7.2009 il Consiglio di Stato, con la decisione interlocutoria n. 6930/2009, ha ritenuto in via preliminare doversi affermare che il ricorso per l'ottemperanza al giudicato formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 4829/2008 fosse ammissibile e risultasse esattamente proposto, tenuto

conto che la decisione predetta aveva riformato significativamente l'appellata decisione di primo grado del Tar Molise.

Preso atto poi della circostanza che non risultava essere stata prodotta agli atti del giudizio – ed anzi, la parte ricorrente in ottemperanza sostiene che non sia stata neppure formulata- la proposta di liquidazione dell'Amministrazione, esplicativa dei criteri seguiti, in relazione alla richiesta formulata dalla odierna ricorrente in ottemperanza, per cui non era dato conoscere l'importo che l'Amministrazione si era detta disponibile a corrispondere alla ricorrente in ottemperanza in relazione alle statuzioni contenute nella sopracitata decisione, ed evidenziato che la ricorrente in ottemperanza aveva richiesto la liquidazione del danno articolando deduzioni distoniche rispetto al decisum (le spese sostenute, concorrevano a formare la individuanda percentuale -oscillante tra il 4% ed il 5% dell'offerta - e non si aggiungevano alla medesima come ipotizzato dalla ricorrente) il Collegio ha disposto che la appellata Amministrazione Molise Acque depositasse una complessiva relazione che desse atto delle seguenti circostanze e contenesse la seguente documentazione:

- a) nota, analiticamente motivata, contenente la individuazione della somma complessiva che essa intende corrispondere alla ricorrente in ottemperanza – determinata complessivamente in misura ricompresa tra il 4% ed il 5% della offerta presentata dalla medesima- con indicazione delle motivazioni sotese alla determinazione concreta di detta somma;
- b) eventuali deduzioni alle contrarie argomentazioni proposte dalla ricorrente in ottemperanza in ordine alle medesime circostanze;
- c)ogni altro atto, chiarimento o documento ritenuto utile ai fini della pronuncia sull'appello in esame.

L'Amministrazione onerata del superiore incombente vi ha ottemperato soltanto in parte, depositando memorie difensive mercè le quali ha contestato l'inclusione

delle spese nella percentuale liquidanda, ed ha parimenti contestato l'importo di alcuni dati contenuti nella offerta della odierna ricorrente in ottemperanza ma non ha definitivamente chiarito i criteri cui sarebbe stata improntata la propria proposta, né la complessiva quantificazione della medesima, alla luce dei principi affermati nella decisione regiudicata.

Al contempo, la ricorrente in ottemperanza ha depositato una complessiva memoria confutando le deduzioni dell'Amministrazione di cui alle "relazioni" dalla medesima depositate.

Le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, ed alla camera di consiglio del 2 marzo 2010 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso per l'ottemperanza al giudicato in epigrafe indicato, ammissibile e tempestivo per le ragioni già chiarite con la decisione interlocutoria dianzi menzionata è in parte fondato e deve essere parzialmente accolto nei termini di cui alle considerazioni che seguono.

Come è agevolmente evincibile dal tenore della decisione regiudicata del Consiglio di Stato n. 4829/2008 di cui si è chiesta l'ottemperanza, è stato individuato il ricorso al criterio equitativo di cui all'art. 1226 cc quale metodo da seguire per la liquidazione del risarcimento per equivalente disposto, ed è stato fatto riferimento al disposto di cui all'art. 35 comma II del D.lvo n. 80/1998 dettando i criteri cui si sarebbero dovute conformare le parti al fine di pervenire alla quantificazione dell'importo da corrispondersi a titolo risarcitorio.

Il tentativo di favorire questa soluzione concordata (la giurisprudenza è concorde nell'attribuire all'eventuale accordo raggiunto "natura transattiva - che sussiste pur sempre anche quando i criteri di liquidazione siano analiticamente individuati dal giudice -", si veda Consiglio Stato , sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6063), non è tuttavia andato a buon fine, e pertanto questo Collegio deve quantificare l'importo

risarcitorio da erogarsi dalla Azienda Speciale Molise Acque alla parte ricorrente in ottemperanza.

Non è ultroneo rilevare che il permanere di divergenze che hanno reso impossibile il raggiungimento dell'accordo suddetto sia ascrivibile alla condotta di entrambe le parti che, in frontale contrasto con il dictum giurisdizionale regiudicato hanno avanzato prospettazioni palesemente inaccoglibili.

Da un canto, invero, la ricorrente in ottemperanza avrebbe preteso che (si vedano le pagg. 4, 5, e 6 del ricorso proposto) le spese sostenute si aggiungessero alla somma determinata in sentenza in una percentuale dell'offerta tra il 4 ed il 5 % della medesima.

Il Collegio, con la decisione interlocutoria n. 6930/2009, ha in proposito “chiarito” la non accoglibilità del petitum, posto che “le spese sostenute, concorrono a formare la individuanda percentuale -oscillante tra il 4% ed il 5% dell'offerta - e non si aggiungono alla medesima”.

Al contempo, l'Amministrazione chiamata ad ottemperare alla decisione più volte citata, in ultimo nella memoria di replica datata 27.1.2010 e depositata il 28.1.2010 ha insistito nel ritenere che la determinazione concreta dovesse riferirsi (non già alla percentuale da determinarsi) ma alla “offerta, o tutt'al più anche alla offerta.

Da ciò facendo discendere la necessità di riesaminare in chiave critica e riduttiva le singole voci dell'offerta proposta dalla ricorrente in ottemperanza nella gara per cui è causa.

E ciò infondatamente, posto sia alla luce della decisione regiudicata n. 4829/2008, che di quanto riaffermato e ribadito dal Collegio con la decisione interlocutoria n. 6930/2009, laddove si era chiesto all'Amministrazione predetta di depositare una “nota, analiticamente motivata, contenente la individuazione della somma complessiva che essa intende corrispondere alla ricorrente in ottemperanza – determinata complessivamente in misura ricompresa tra il 4% ed il 5% della offerta

presentata dalla medesima- con indicazione delle motivazioni sottese alla determinazione concreta di detta somma”.

Con ciò rendendo chiaro e palese, ove mai ve ne fosse stato bisogno, che la determinazione doveva riferirsi unicamente alla percentuale da erogarsi, e non già alla “offerta” come inammissibilmente preteso.

Con ciò l’Amministrazione ponendosi in contrasto con quanto stabilito nella decisione n. 4829/2008 che ha tenuto conto, nella determinazione in parola, enunciando i criteri-guida tra i quali rientrava tra l’altro la valutazione di consistente negligenza imputabile all’Amministrazione, della consolidata interpretazione giurisprudenziale, ancora di recente ribadita, secondo cui “la misura del risarcimento dovuto per perdita di chance dalla stazione appaltante al partecipante a una gara pubblica ed illegittimamente pretermesso va determinata nella percentuale del 10% dell’ammontare a base d’asta con un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione alla possibilità che, in concreto, ci sarebbe stata aggiudicazione all’impresa e considerando non solo i dati economici e contabili dell’offerta presentata dal danneggiato ma anche altri elementi, quali il danno all’immagine aziendale o all’avviamento, la perdita della possibilità di utilizzare l’aggiudicazione quale titolo ulteriore e referenza specifica, considerati nel loro insieme.” (Consiglio Stato , sez. V, 12 giugno 2009, n. 3785). D’altro canto la determinazione in parola resa nella decisione n. 4829/2008 aveva tenuto conto di una pluralità di voci ed indicazioni concorrenti in linea con le indicazioni della giurisprudenza secondo cui deve tenersi conto della gravità delle violazioni riscontrate nell’operato dell’Amministrazione (Consiglio Stato , sez. V, 27 febbraio 2007, n. 995), del “momento” procedimentale in cui interviene la violazione, delle ragioni che hanno impedito la restaurazione in forma specifica (Consiglio Stato , sez. V, 17 luglio 2004, n. 5162) etc.

E costituiva elemento di fatto, già accertato dal Tar Molise e non oggetto di contestazione alcuna in sede di appello da parte della Amministrazione odierna resistente quello per cui (si riportano alcuni stralci della decisione di primo grado) “con separato atto, depositato l’8.3.2007, sono state richieste misure cautelari provvisorie, motivate con la circostanza che, entro 30 giorni dall’aggiudicazione, la stazione appaltante avrebbe sottoscritto il contratto con il raggruppamento aggiudicatario, il che avrebbe precluso la reintegrazione in forma specifica, in base a quanto statuito dall’art. 246, 4° comma del menzionato D.Lgs. n. 163/2006.

Con decreto presidenziale 9.3.2007, n. 8, detta ultima istanza è stata respinta, sulla considerazione che, alla data del 21.3.2007, fissata per la trattazione della domanda cautelare in sede collegiale in camera di consiglio, non sarebbe ancora scaduto il predetto termine di 30 giorni, per cui non sussisteva l’urgenza, ritenuta necessaria per la concessione delle misure provvisorie.

Tuttavia in data 19.3.2007 la “Molise Acque” e l’A.T.I. odierna controinteressata hanno stipulato il contratto d’appalto.”.

Da tale dipanarsi della vicenda, sotto il profilo cronologico, il Tar ha fatto conseguire che “l’esame dei vizi dedotti, con conseguente annullamento in toto o parziale degli atti impugnati, ove gli stessi ritenuti fondati, in tutto o in parte, si rende necessario ed è conforme al principio di corrispondenza tra il chiesto ed il giudicato, ancorché non possa condurre comunque ad alcuna reintegrazione in forma specifica, sotto forma di aggiudicazione dell’appalto alla ricorrente o di rinnovazione della gara.

Osterebbe a tale soluzione il disposto di cui all’art. 246, 4° comma del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, assolutamente vincolante per questo organo giudicante.

In base a detta disposizione, con riguardo alle infrastrutture di interesse strategico, qual è pacificamente quella cui si riferiscono la progettazione esecutiva ed i lavori oggetto dell’appalto de quo, “l’annullamento dell’affidamento non comporta la

caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente”. Ciò corrisponde alla ratio di non bloccare l'esecuzione dei lavori, cui viene attribuito valore preponderante, che non ammette alcuna deroga.

Il Collegio non può fare proprio il rilievo mosso dalla Società ricorrente, secondo cui nel caso in esame non sarebbe possibile applicare la menzionata disposizione, avendo la “Molise Acque” disatteso la norma di cui all'art. 11, 10° comma del citato D.Lgs. n. 163/2006, secondo la quale “il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione ” – termine inderogabile per le infrastrutture strategiche, qual è quella di specie.

Detta norma, avente natura sostanziale, è indirizzata alle stazioni appaltanti e non già al giudice, vincolato, nell'applicazione, a quella – di carattere processuale – contenuta nel citato art. 246, 4° comma del Codice dei contratti pubblici, rispetto alla quale essa deve necessariamente recedere, di fronte all'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere di che trattasi, senz'altro prevalente su quello particolare delle società controinteressate.

Eventualmente la violazione del richiamato art. 11 potrà assumere rilievo in altra sede, ove se ne dovessero ravvisare i presupposti ed, in particolare, l'elemento soggettivo, quanto meno, della colpa grave, per l'individuazione del danno erariale, che comunque potrà, se mai, emergere solo nel caso che qui si disponga il risarcimento del danno per equivalente.

Nella specie la stazione appaltante e l'A.T.I. aggiudicataria hanno stipulato in data 19.3.2007 il contratto d'appalto rep n. 35557, per cui deve ribadirsi che si potrà eventualmente procedere unicamente a disporre il risarcimento del danno in favore della ricorrente, qualora, in esito alla presente disamina, dovessero riscontrarsi tutti gli elementi della fattispecie dell'illecito aquiliano.”

Ciò premesso sotto il profilo “storico-cronologico” (al precipuo fine di chiarire le ragioni sottese alla odierna determinazione giudiziale) e tenuto conto di tutti gli elementi di giudizio rappresentati dalle parti in sede di ottemperanza e di quelli già sottesi alla determinazione regiudicata n. 4829/2008, nella incontestata premessa che l’offerta della ricorrente in ottemperanza era stata pari ad Euro 48.201.861,60 appare equo determinare la somma da corrispondersi da parte dell’Amministrazione a titolo di risarcimento alla ricorrente in ottemperanza, entro 60 giorni dalla pubblicazione o notificazione della presente decisione, nella misura complessiva e finale del 4% della offerta medesima, e pertanto pari ad € 1.928.074,02 da liquidarsi con criterio di attualità, con interessi legali da corrispondersi a far data dalla pubblicazione della decisione n. 4829/2008.

In conclusione, il ricorso per l’ottemperanza al giudicato deve essere parzialmente accolto nei termini di cui alla motivazione che precede e, per l’effetto, l’Amministrazione deve essere condannata a corrispondere alla ricorrente in ottemperanza entro 60 giorni dalla pubblicazione o notificazione della presente decisione, a titolo risarcitorio, la somma determinata nella misura complessiva e finale del 4% della offerta presentata nella gara per cui è causa, e pertanto pari ad €1.928.074,02 da liquidarsi con criterio di attualità, con interessi legali da corrispondersi a far data dalla pubblicazione della decisione n. 4829/2008.

Sussistono le condizioni di legge per la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti a cagione della complessità e difficoltà delle questioni giuridiche affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso per l’ottemperanza al giudicato in epigrafe lo accoglie parzialmente, nei termini di cui alla motivazione che precede e, per l’effetto, dispone che l’Amministrazione corrisponda alla ricorrente in ottemperanza entro

60 giorni dalla pubblicazione o notificazione della presente decisione, a titolo risarcitorio, la somma determinata nella misura complessiva e finale del 4% della offerta presentata nella gara per cui è causa, e pertanto pari ad €1.928.074,02 da liquidarsi con criterio di attualità, con interessi legali da corrispondersi a far data dalla pubblicazione della decisione n. 4829/2008.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2010/4 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Roberto Garofoli, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione