



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2077 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Azienda ULSS n. 16 di Padova, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

contro

Lu.Na. Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Vincenzo Scolavino e Domenico Vitale, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia n. 50;

nei confronti di

Edilbasso s.p.a. in liquidazione, in proprio e quale capogruppo mandataria di a.t.i. con S.I.E.L.V. s.r.l. (ora s.p.a.);

S.I.E.L.V. s.p.a. (già s.r.l.) con socio unico, in proprio e quale mandante di a.t.i. con Edilbasso s.p.a., rappresentata e difesa dagli

avv. Alessandro Calegari, Nicola Creuso, Stefania Lago ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

per la riforma

del dispositivo n. 196/2011 e della sentenza n. 401/2011 del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I, resi tra le parti, concernenti AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE NUOVO REPARTO OSPEDALIERO

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Lu.Na. Costruzioni s.r.l.;

Visto l'appello incidentale di S.I.E.L.V. s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2011 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Bianchini, Pafundi, Vitale e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione 6 febbraio 2009 n. 70 il Direttore generale dell'A.ULSS n. 16 di Padova ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova psichiatria presso l'ospedale S. Antonio di Padova. Con provvedimento 14 luglio 2009 n. 571 la gara è stata aggiudicata in favore dell'a.t.i. Edilbasso s.p.a. e S.I.E.L.V. s.r.l. e la concorrente seconda graduata è stata la

Lu.Na. Costruzioni s.r.l..

Con ricorso straordinario al Capo dello Stato quest'ultima ha impugnato l'aggiudicazione. Trasposto il ricorso in sede giurisdizionale a seguito di opposizione dell'Azienda, Lu.Na. ha proposto motivi aggiunti e l'a.t.i. ha proposto ricorso incidentale.

In data 4 febbraio 2011 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 196 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, recante accoglimento del ricorso principale e condanna al risarcimento dei danni ed alla rifusione delle spese di lite, nonché dichiarazione di inammissibilità del ricorso incidentale.

Con atto inoltrato per la notifica il 4 marzo 2011 e depositato il 18 seguente l'A.ULSS n. 16 di Padova ha appellato detto dispositivo, non notificato, deducendo l'infondatezza dei tre motivi del ricorso principale, l'inammissibilità per tardività dei motivi aggiunti contenenti domande di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno, nonché, comunque, la loro infondatezza.

Lu.Na. Costruzioni si è costituita formalmente in giudizio.

Con memoria del 5 aprile 2011 l'Azienda ha insistito per l'accoglimento dell'appello.

Pubblicata in data 11 marzo 2011 la sentenza n. 401, con cui è stata ritenuta fondata l'assorbente censura concernente la mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria per l'omessa presentazione della dichiarazione dell'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, co. 1, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163 del 2006 in ordine ai signori Lidia Miolo e Paolo Sguotti, quali procuratori speciali della Edilbasso,

con atto inoltrato per la notifica lo stesso 5 aprile 2011 e depositato il 7 seguente l'Azienda medesima ha proposto i seguenti motivi aggiunti:

1.- Erroneità della sentenza per illogicità e contraddittorietà manifeste. Erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 nonché dell'art. 1362 cod. civ.. Erroneità della sentenza per travisamento dei fatti. Erroneità della sentenza per violazione dei principi in materia di concorrenza, parità di trattamento e massima partecipazione alle pubbliche gare.

2.- Erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 124 D.Lgs. n. 104/2010, per inammissibilità ed infondatezza delle domande di risarcimento del danno. Erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1226, 1227, 2043, 2056 e 2697 codice civile. Erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c..

Con atto inoltrato per la notifica l'11 maggio 2011 e depositato il 16 seguente S.I.E.L.V. s.p.a. ha a sua volta proposto appello incidentale improprio avverso i capi di sentenza di cui ai punti 3, 4 e 5 (esclusi, cioè, i capi di cui ai punti 1 e 2, relativi alla reiezione dell'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti ed alla declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale), col quale ha dedotto:

1.- Erroneità della sentenza per illogicità e contraddittorietà manifeste. Erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 1362

cod. civ.. Erroneità della sentenza per travisamento dei fatti.
Erroneità della sentenza per violazione dei principi in materia di concorrenza, parità di trattamento e massima partecipazione alle pubbliche gare.

2.- . Erroneità della sentenza in punto di c.d. falso innocuo.

3.- Sull'erronea quantificazione del danno.

Con memoria del 21 giugno 2011 Lu.Na. ha eccepito l'inammissibilità per tardività dell'appello incidentale "improprio" di S.I.E.L.V. e, in subordine, per carenza di interesse delle doglianze relative ai capi 4 e 5 della sentenza gravata, concernenti il risarcimento del danno a carico della Stazione appaltante. Ha poi esposto controdeduzioni all'appello principale.

Con memorie del 22 giugno 2011 l'ASL e S.I.E.L.V. hanno svolto considerazioni a sostegno delle rispettive tesi. Infine, con memoria del 27 seguente l'ASL, rilevato che Lu.Na. non ha riproposto le doglianze dichiarate assorbite dal TAR, ha insistito per l'accoglimento del proprio appello.

All'odierna udienza pubblica la causa è stata introitata in decisione.

DIRITTO

Si controverte della mancata esclusione da una gara per l'affidamento di lavori pubblici, indetta dall'A.ULSS n. 16 di Padova, dell'aggiudicataria a.t.i. Edilbasso-S.I.E.L.V. per essere state omesse le dichiarazioni di insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche previste dall'art. 38. co. 1, lett. b) e c), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 dei signori Lidia Miolo e Paolo

Sguotti, procuratori speciali della Edilbasso, nonché la prima consigliere, vice presidente e consigliere delegato della medesima società.

Circa le modalità di partecipazione alla procedura, il disciplinare di gara prevedeva che nella domanda di ammissione, da inserire nel plico n. 1 “documentazione amministrativa”, tra le prescritte dichiarazioni dovesse essere resa quella dei “soggetti di cui all’art. 38 comma 1 lett. b) e c) d.lgs. 163/2006 e s.m.i.”, i quali appunto “dovranno dichiarare, a pena di esclusione, ai sensi del DPR 445/2000 che non sussistono” le predette condizioni ostative alla partecipazione.

Da un lato, dunque, il disciplinare sanzionava edittalmente con l’esclusione l’omissione dell’adempimento, dall’altro lato rimandava al disposto di legge per l’individuazione dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni in parola.

Il ripetuto art. 38, co. 1, lett. b) e c), fa riferimento, per le società di tipo diverso da quelle in nome collettivo ed in accomandita semplice ed oltre al direttore tecnico, a “gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza”.

Si tratta perciò di stabilire se i procuratori speciali, i consiglieri, il vice presidente o il consigliere delegato della Edilbasso si sostanzino, tutte o anche una soltanto di tali figure, in quella di amministratore munito di poteri di rappresentanza.

La Sezione non dubita che quanto meno la figura di vice presidente debba essere ricondotta a tale concetto.

Alla stregua del certificato camerale in atti, la signora Miolo (nominata

vice presidente con atto del 28 febbraio 2008 e fino all'approvazione del bilancio al 31 dicembre 2010, quindi in carica all'epoca in cui si è svolta la gara e, in particolare, al momento della presentazione della domanda di partecipazione da parte dell'a.t.i.) in relazione a tale carica “potrà in assenza o impedimento del presidente del consiglio assumere gli stessi poteri e di fronte ai terzi la sua firma farà fede dell'assenza o dell'impedimento del presidente”.

Pertanto, la carica in questione comporta l'esercizio dei medesimi poteri spettanti al presidente del consiglio di amministrazione, ossia di amministrazione e di rappresentanza della Edilbasso, e come tale la persona fisica che la ricopre è in grado di impegnare la Società verso terzi.

Né assume rilievo che tali poteri possano essere esercitati soltanto in funzione vicaria, giacché, come questo Consiglio ha già ritenuto sulla scorta della formula di legge (“muniti”), ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, in particolar modo quando, come nella specie, il soggetto sia abilitato a sostituire il titolare principale della rappresentanza in qualsiasi momento della vita sociale e per qualsiasi atto, senza necessità di intermediazione di autorizzazione o investitura ulteriore, perciò senza controllo sull'effettività dell'impedimento o dell'assenza, di cui la firma dello stesso vice presidente fa fede nei confronti di qualunque terzo; con la conseguenza che opinare diversamente implicherebbe il superamento della volontà normativa (cfr., in fattispecie del tutto analoga alla presente, Cons. St., Sez. V, 15 gennaio 2008 n. 36).

Ne deriva che, ai sensi del ripetuto art. 38, lett. b) e c), e secondo quanto testualmente previsto dalla *lex specialis* della procedura, la signora Miolo era tenuta “a pena di esclusione” a rendere le dichiarazioni in questione, in assenza delle quali la commissione giudicatrice della gara avrebbe dovuto escludere dalla procedura l’a.ti. Edilbasso.

Per tali considerazioni vanno disattesi i motivi degli appelli principale ed incidentale riguardanti gli aspetti trattati, senza che sia necessario in questa sede prendere posizione in ordine ai contrapposti orientamenti presenti in giurisprudenza in ordine sia alla figura del procuratore speciale in relazione all’ampiezza dei poteri loro conferiti ovvero prescindendone, stante l’assorbente profilo di cui innanzi; sia in tema del c.d. falso innocuo, ossia al ricollegarsi della causa di esclusione al solo dato sostanziale del mancato possesso dei prescritti requisiti morali e professionali (la cui sussistenza in capo ai signori Miolo e Sguotti, nella specie, non era posta in discussione da Lu.Na.) ovvero al mero dato formale dell’omessa dichiarazione, stante il preciso disposto del disciplinare.

I restanti motivi concernono la pronuncia sulle domande risarcitorie.

Si contesta in primo luogo che non sia stato provato dalla ricorrente l’elemento oggettivo della spettanza del bene della vita a cui ella aspirava, essendo errato l’assunto secondo cui, in assenza della illegittima aggiudicazione in favore dell’a.ti. Edilbasso, Lu.Na. sarebbe restata a sua volta aggiudicataria poiché la sua offerta avrebbe superato la verifica di anomalia, deducendosi che invece, come

eccepito in primo grado, solo l'offerta della prima graduata è stata positivamente esaminata, mentre la busta contenente le giustificazioni preventive della seconda graduata è conservata ancora sigillata dall'Amministrazione.

Ricordato che l'a.t.i. aveva offerto il ribasso del 36,557%, Lu.Na. quello del 35,770 e l'offerta della prima è stata ritenuta congrua nella considerazione che "il 70% delle offerte offre un ribasso superiore al 30% e la reciproca vicinanza delle percentuali di ribassi che accumuna più offerte non fa ritenere il sussistere di elementi tali da ritenere l'offerta dell'Ati Edilbasso spa-SIELV srl incongrua", la Sezione osserva come sia ben difficilmente ipotizzabile che l'offerta di Lu.Na. non potesse essere ritenuta congrua, sicché l'esistenza del danno deve ritenersi sufficientemente comprovata; d'altra parte, la dimostrazione dell'eventuale incongruità dell'offerta era onere dell'Amministrazione, essendo nella sua disponibilità.

In ogni caso, per le stesse ragioni molto consistente è il grado delle perdute *chance* della medesima Lu.Na. di divenire aggiudicataria in luogo dell'a.t.i..

E' noto che il pregiudizio per perdita di chance di aggiudicazione consiste in un danno patrimoniale relativo alla perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo secondo una valutazione *ex ante* collegata al momento in cui il comportamento illegittimo ha inciso su tale possibilità; pertanto si configura come danno attuale e risarcibile, sempreché ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per

presunzioni; pertanto, come nella specie sostiene l'Azienda appellante, alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., infatti diretta a fronteggiare l'impossibilità di provare non l'esistenza del danno risarcibile, bensì del suo esatto ammontare. In altri termini, la perdita di *chance* di rilievo risarcitorio, in quanto entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e non mera aspettativa di fatto o generiche ed astratte aspirazioni di lucro, deve correlarsi a dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle concrete occasioni di conseguire un determinato bene.

Nel caso in esame, tuttavia, tali dati reali ed in equivoci risultano in atti e comprovano l'altissima probabilità dell'assegnazione a Lu.Na. dell'appalto.

In secondo luogo, si oppone l'insussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, non desumibile dalla mera illegittimità e tenuto conto dell'opinabilità dell'interpretazione del cit. art. 38 seguita dal primo giudice.

In proposito, basta osservare che, con riguardo alla figura del vice presidente, la richiamata giurisprudenza risale ad epoca anteriore alla gara in parola e non risulta ancor oggi contrastata. Pertanto, in presenza dell'espressa comminatoria contenuta nella relativa *lex specialis*, può senz'altro affermarsi che l'elemento soggettivo della colpa è chiaramente ravvisabile nell'inosservanza delle regole che la stessa stazione appaltante si era data; inosservanza che è stata

confermata con la nota AULSS 22 settembre 2009 n. 0091441, nonostante la richiesta in data 14 settembre anteriore dell'interessata di procedere in autotutela (anche in espressa considerazione dell'evidenziata carica della signora Miolo), e che, oltretutto, si è tradotta nella sostanziale violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

In terzo luogo, circa il risarcimento del danno per lucro cessante, stabilito dal T.A.R. nel 4% dell'importo dell'offerta e liquidato in via equitativa tenuto anche conto dell'omessa dimostrazione del mancato impiego di mezzi e maestranze, si lamenta che la medesima ricorrente non abbia fornito alcuna prova, sostenendosi che l'applicazione del criterio equitativo presupponga la rigorosa prova dell'esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile provare il preciso ammontare del danno, mentre nella specie sarebbe stato nella disponibilità dell'interessata provare il mancato utile, desumibile dalle giustificazioni preventive, rispetto al quale la percentuale liquidata apparrebbe sovradimensionata in relazione ai normali rendimenti.

Tuttavia l'esistenza del danno per lucro cessante deve ritenersi sussistente per quanto appena esposto in ordine alla concreta, ampia possibilità di Lu.Na. di divenire aggiudicataria in luogo dell'a.t.i. Edilbasso.

Quanto all'entità, essendo le giustificazioni preventive contenute nel plico in possesso dell'Amministrazione, erano a suo tempo uscite dalla disponibilità della ricorrente (che peraltro in questa sede assume

di aver previsto un utile del 5%, superiore al 4% liquidato) per rientrare in quella della stessa Azienda resistente la quale, come essa stessa afferma, non ha dato corso a tale verifica nei riguardi dell'offerta seconda graduata; ciò ancorché, con verbale 22 aprile 2009 n. 2, la commissione di gara avesse dichiarato sospesa la seduta in attesa della verifica di congruità delle 12 offerte risultate anormalmente basse, sulla base della quale procedere all'eventuale esclusione "delle offerte" riscontrate come inaffidabili. Quindi essa stessa ha dato luogo alla impossibilità per la ricorrente di fornire la prova in parola, onde si giustifica il criterio presuntivo seguito dal primo giudice.

Quanto alla mancata allegazione di prova circa l'inutilizzo altrimenti di mezzi e maestranze, si è già accennato che il medesimo primo giudice ne ha tenuto conto, dimidiando il dato di partenza dell'8%.

Né, alla stregua delle deduzioni dell'Azienda, al fine della riduzione di detto dato di partenza può valere in questa sede la percentuale di utile qui dichiarata dall'appellata, giacché la medesima Azienda assume non che il dato posto dal TAR a base del calcolo sia errato rispetto a quello riscontrabile dalle giustificazioni preventive, che come detto non ha aperto e di cui non chiede la preventiva verifica, ma che tale dato sarebbe incongruo perché non rispondente alle attuali condizioni di mercato, tali da produrre rendimenti finanziari piuttosto modesti, ossia si basa su elementi meramente presuntivi e generici, non puntualmente afferenti alla concreta fattispecie in esame, come invece sarebbe stato necessario.

Infine, quanto al danno curriculare, liquidato dal T.A.R., parimenti in via equitativa, nel 5% dell'importo a sua volta liquidato per lucro cessante, anche al riguardo si adduce che la domanda mancherebbe di un minimo di concretezza, limitandosi la ricorrente alla sua mera enunciazione. Ma la ricorrente lamentava il mancato incremento dell'avviamento professionale e della qualificazione aziendale che l'impresa avrebbe conseguito in caso di esecuzione dell'appalto, ossia forniva elementi validi e sufficienti a fondare la domanda.

Invero, è comune esperienza che nella vita dell'impresa il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico è fonte, oltre che del ricavo costituito dal corrispettivo, di un aggiuntivo vantaggio non patrimoniale, ma economicamente valutabile, derivante dall'accrescimento dell'immagine dell'azienda, dal suo radicamento nel mercato e, di qui, dalla maggior possibilità di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

E' chiaro che, come di recente precisato in giurisprudenza, un tale peculiare pregiudizio "fuoriesce dagli ambiti meramente probabilistici della valutazione delle *chances*" e, pertanto, è "intrinsecamente e necessariamente valutabile (...) in termini equitativi a' sensi dell'art. 1226 c.c." (cfr. Cons. St., 16 maggio 2011 n. 2955, richiamata dall'appellata).

Non sussisteva, dunque, alcun problema di prova dell'esistenza siffatto pregiudizio, trattandosi eventualmente di un problema di scelta da parte del T.A.R. della percentuale del ristoro, sul quale non v'è doglianza.

Pertanto, nei limiti in cui sono formulate, le censure proposte al

riguardo con l'appello principale, riprese pedissequamente nel terzo dell'appello incidentale. non possono che essere disattese.

Conclusivamente, entrambi gli appelli principale ed incidentale devono essere respinti, senza che occorra trattare le eccezioni d'inammissibilità per tardività di quest'ultimo, ovvero della parte riguardante il risarcimento per difetto di interesse, sollevate dall'appellata.

Come di regola le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge gli appelli principale ed incidentale.

Condanna le appellanti principale ed incidentale, in parti uguali ed in solido, al pagamento in favore dell'appellata Lu.Na delle spese del grado, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) 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 8 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/08/2011

IL SEGRETARIO

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