

N. 04431/2015REG.PROV.COLL.
N. 06314/2012 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 6314 del 2012, proposto dalla Società Igiene Ambientale Consorzio Bacino FG/4 a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Ordine, con domicilio eletto presso l'avvocato Anna Gennaro, studio legale Ferreri & Partners in Roma, Via A. Gramsci n. 54;

contro

Lovallo Vito s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rocco Mariano Romaniello, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

Progetto Geoambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia. Bari, Sezione I, n. 01192/2012, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Lovallo Vito s.a.s.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 25 settembre 2012 n. 3840;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Gianfranco Ordine e Rocco Mariano Romaniello;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Società Igiene Ambientale - Consorzio Bacino Fg/4 a r.l ha indetto una gara per l'aggiudicazione dei lavori di ampliamento della discarica consortile di rifiuti non pericolosi, per il complessivo importo di € 5.199.934,23 e con il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso percentuale sull'importo complessivo a base di gara, alla quale la Lovallo Vito s.a.s. e la Progetto Geoambiente s.r.l., capogruppo della costituenda A.T.I. con Franco s.r.l., hanno partecipato.

Con nota prot. 3438 del 21 dicembre 2009 il presidente della commissione di gara ha comunicato alla Progetto Geoambiente s.r.l. l'esclusione dalla gara perché la polizza fideiussoria presentata era priva dell'autenticazione notarile attestante l'identità e l'idoneità del rappresentante dell'istituto assicurativo o bancario che prestava la garanzia, in violazione di quanto prescritto dal bando.

2.- L'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. - Franco s.r.l. ha impugnato detto provvedimento di esclusione con ricorso al T.A.R. Sicilia – Catania, che, con ordinanza n. 207 del 2010, ha accolto la istanza cautelare ad esso allegata ed ha ammesso l'A.T.I. con riserva alla gara.

3.- Il ricorso, a seguito di regolamento di competenza, è stato traslato alla cognizione del T.A.R. Puglia Bari, ove il giudizio ha assunto il n. di r.g. 601 del 2010, nel quale è intervenuta ad opponendum la Lovallo Vito s.a.s.

A seguito della adozione di detta ordinanza n. 207 del 2010, non appellata, la stazione appaltante, in dichiarata esecuzione della stessa, ha riammesso - unitamente all'A.T.I. capeggiata da Cocerest s.c.a.r.l. (che era stata esclusa per lo stesso motivo, ma che non aveva presentato ricorso) - l'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. - Franco s.r.l. alla gara, dichiarandola poi aggiudicataria in via definitiva con determinazione 7596 del 16 novembre 2010; in data 3 febbraio 2011 la stazione appaltante ha altresì provveduto alla stipulazione del contratto di appalto.

La Lovallo Vito s.a.s. ha impugnato il provvedimento di riammissione alla gara di detta A.T.I., unitamente alla determinazione di aggiudicazione definitiva e agli ulteriori atti del procedimento, presso il T.A.R. Puglia, Bari, ove il giudizio ha assunto il n. di r.g. 1410 del 2011, chiedendo anche la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto dei lavori per cui è causa stipulato tra la Società Igiene Ambientale Consorzio Bacino FG/4 a r.l. e detta A.T.I., nonché la presa d'atto della richiesta di subentro della ricorrente nel contratto *de quo* e la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, ovvero, in subordine, per equivalente.

L'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. - Franco s.r.l. ha a sua volta proposto ricorso incidentale, impugnando il provvedimento di ammissione della ricorrente alla gara, al fine di ottenere una pronuncia di inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse e/o legittimazione, lamentandone la mancata esclusione - in sintesi - per dichiarazioni non veritiere sui precedenti penali e sulla regolarità fiscale, nonché per omissione da parte della stazione appaltante della valutazione di incidenza dei reati ascritti sulla moralità professionale ed infine perché la garanzia allegata all'offerta della Lovallo s.a.s. sarebbe risultata priva della prescritta autenticazione.

4.- Il T.A.R., con la sentenza in epigrafe indicata, ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, ha accolto il ricorso principale ed ha annullato gli atti impugnati; ha accolto in parte la domanda risarcitoria di

cui al ricorso principale e, per l'effetto, ha condannato la Società Igiene Ambientale Consorzio Bacino FG/4 a r.l. al risarcimento del danno in favore della ricorrente, nella misura di € 66.150,00, oltre a rivalutazione e ad interessi legali.

5.- Con il ricorso in appello in esame la Società Igiene Ambientale Consorzio Bacino FG/4 a r.l. ha chiesto l'annullamento, o la riforma, di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Violazione degli artt. 70 e ss. del c.p.a. e dei principi stabiliti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 4 del 2011; ultrapetizione; violazione degli artt. 97 e 111 della Costituzione.

Il T.A.R. erroneamente non avrebbe disposto la riunione dei due giudizi di cui trattasi (che avrebbe consentito una diversa valutazione della responsabilità della stazione appaltante per la conduzione del procedimento di gara), con nullità dell'impugnata sentenza e conseguente rimessione della causa al primo giudice ex art. 105 del c.p.a..

b) Violazione dell'art. 70 del c.p.a.; omessa pronuncia sul ricorso incidentale.

Il ricorso principale della Lovallo s.a.s avverso l'aggiudicazione della gara alla A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. e gli atti prodromici avrebbe dovuto essere esaminato solo dopo quello incidentale formulato da quest'ultima, che sarebbe stato idoneo a determinare l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse.

c) Violazione dell'art. 70 del c.p.a.; difetto di motivazione della sentenza impugnata in merito alla responsabilità della stazione appaltante; violazione delle norme sul contenzioso in materia di appalti (*ratione temporis*) che prescrivono il rito abbreviato. Difetto del nesso di causalità e violazione dell'art. 111 della Costituzione.

La mancata riunione dei due giudizi di cui trattasi avrebbe anche inciso sulla valutazione della responsabilità della stazione appaltante effettuata dal primo giudice ed inspiegabilmente il T.A.R. Puglia, all'atto della

adozione della sentenza impugnata, avrebbe cambiato giudizio rispetto a quanto in precedenza asserito con l'ordinanza n. 712 del 2011.

Non sarebbe sussistita colpa o dolo della s.a., né nesso di causalità tra l'illecito ed il danno subito dalla Lovallo Vito s.a.s., essendo l'operato della Società Igiene Ambientale scusabile.

d) Difetto di motivazione in merito all'elemento oggettivo della responsabilità risarcitoria; infondatezza del diritto al risarcimento del danno correlato al giudizio prognostico sulle probabilità di aggiudicazione della gara; inammissibilità ed infondatezza della richiesta di risarcimento del danno curriculare; difetto di motivazione circa il *quantum* del risarcimento accordato.

6.- Con atto depositato il 20 agosto 2012 si è costituita in giudizio la Lovallo Vito s.a.s., che ha formulato le seguenti eccezioni e deduzioni:

a) Nullità del ricorso in appello, genericità dello stesso, violazione dell'art. 101 del c.p.a., anche in relazione all'art. 342 del c.p.c., richiamato dall'art. 39 del c.p.a.; eccezione di giudicato interno e/o implicito e/o di acquiescenza parziale ex art. 329 del c.p.c., richiamato dall'art. 39 del c.p.a..

Con il ricorso di primo grado n. 1410 del 2011 la Lovallo Vito s.a.s. ha censurato i provvedimenti impugnati con il primo motivo di gravame, che è stato accolto con l'impugnata sentenza al paragrafo n. 6 (pagg. 10-13), ma tale capo non sarebbe stato oggetto di specifiche censure, con formazione del giudicato interno al riguardo ed inammissibilità del terzo motivo d'appello, che sarebbe basato su detta statuizione ed ad essa inscindibilmente collegato.

b) Inammissibilità ed infondatezza del primo motivo d'appello per genericità e carenza di interesse.

La decisione del primo giudice di non procedere alla riunione dei giudizi di cui trattasi non sarebbe sindacabile in sede di giudizio d'appello o di legittimità, atteso che l'art. 70 del c.p.a. indicherebbe che al riguardo il

giudice ha la facoltà e non il dovere di disporre la riunione, con potere latamente discrezionale, dal momento che sussiste solo l'obbligo di riunire più appelli contro la medesima sentenza.

Comunque i due giudizi di primo grado non sarebbero stati in rapporto di pregiudizialità o dipendenza e, al più, tale rapporto avrebbe comportato la sospensione del giudizio; inoltre non sussisterebbe il vizio di ultrapetizione (perché il primo giudice non avrebbe pronunciato su domande non formulate o su domande diverse da quelle allegate dalle parti) e l'omessa impugnazione della sentenza n. 1529 del 2012, resa sul ricorso n. 601 del 2010, renderebbe l'appello comunque inammissibile.

Detta società ha quindi dedotto l'infondatezza delle censure poste a base dell'appello, in particolare eccependo l'inammissibilità di quella attinente alla mancata decisione sul ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. Progetto Geoambiente, in quanto la appellante non sarebbe legittimata a dolersi della omessa pronuncia su una domanda da essa non formulata; ha poi riproposto il primo motivo di ricorso principale accolto dal T.A.R..

c) Inammissibilità ed infondatezza del secondo motivo d'appello.

Il motivo sarebbe inammissibile per carenza di legittimazione della appellante, che sarebbe legittimata a dolersi solo del mancato accoglimento delle proprie eccezioni e non di quelle proposte dalla Progetto Geoambiente s.r.l., che non ha riproposto ricorso incidentale in appello al riguardo; il motivo sarebbe inoltre infondato, avendo la Lovallo Vito s.a.s. proposto anche una domanda risarcitoria che comunque presupponeva la disamina della legittimità degli atti impugnati, nonché potendo essere comunque esaminato con priorità il ricorso risultante decisivo per la definizione della lite. Il ricorso incidentale sarebbe comunque stato inammissibile per omessa impugnazione dei provvedimenti di approvazione degli atti di gara e per tardività, oltre che infondato.

d) Inammissibilità ed infondatezza del terzo motivo d'appello.

e) Inammissibilità ed infondatezza del quarto motivo d'appello.

In base alla clausola n. 9 contenuta nelle premesse del contratto d'appalto la Progetto Geoambiente s.r.l. avrebbe escluso la Società Igiene Ambientale da ogni responsabilità, sicché il danno riconosciuto alla Lovallo Vito s.a.s. resterebbe comunque a carico di detta società, con carenza di interesse della Società Igiene Ambientale a coltivare il motivo di cui trattasi; la censura sarebbe anche inammissibile per non avere in primo grado la Società Igiene Ambientale contestato la domanda risarcitoria proposta da detta società. Comunque il motivo sarebbe infondato nel merito.

f) Sono stati poi reiterati il secondo ed il terzo motivo di ricorso di primo grado assorbiti dal T.A.R. con l'impugnata sentenza:

f.1) Ulteriore violazione degli artt. 74 e 75 del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 19 del bando di gara e dell'art. 57 del r.d. n. 827 del 1924, nel testo come sostituito dall'articolo unico del d.P.R. n. 1309 del 1948.

f.2) Violazione ed omessa applicazione dell'art. 79, comma 5, del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del giusto procedimento di legge; eccesso di potere.

7.- Con ordinanza 26 settembre 2012 n. 3840 la Sezione ha respinto l'istanza di sospensione della sentenza impugnata.

8.- Con memoria depositata il 7 maggio 2015 la appellante ha contestato la fondatezza delle eccezioni formulate da controparte ed ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

9.- Con memoria depositata l'8 maggio 2015 la Lovallo Vito s.a.s. ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

10.- Con memoria depositata il 15 maggio 2015 detta società ha replicato alle avverse deduzioni.

11.- Alla pubblica udienza del 26 maggio 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

12.- Con il primo motivo d'appello è stato dedotto che il T.A.R., richiamando l'art. 70 del c.p.a., non ha accolto le richieste di riunione del giudizio n. 1410 del 2011, deciso con l'impugnata sentenza, con il giudizio recante il n. di r.g. 601 del 2010, con la conseguenza che è stato deciso prima il ricorso n. 1410 del 2011, instaurato successivamente a quest'ultimo, per di più affrontando i temi che formavano oggetto di questo e sancendo l'illegittimità della aggiudicazione definitiva all'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. solo sulla base della ritenuta legittimità della esclusione dalla gara di quest'ultima disposta dall'Amministrazione.

La mancata riunione avrebbe comportato la decisione prima del giudizio attinente alla aggiudicazione della gara e poi di quello attinente il provvedimento di esclusione di detta A.T.I., con conseguente declaratoria del difetto di interesse della ricorrente.

Con la sentenza impugnata, pur essendo stata riconosciuta la legittimità della disposta esclusione della citata A.T.I., non sarebbe stata sancita la legittimità dell'operato della stazione appaltante proprio perché tale tema sarebbe stato oggetto del pregresso giudizio n. 601 del 2010, nonché è stato ritenuto inammissibile il ricorso incidentale proposto nel giudizio di cui trattasi dall'A.T.I. stessa per il ritenuto difetto di legittimazione di quest'ultima, mentre esso avrebbe dovuto essere esaminato, secondo i principi affermati con l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, prioritariamente (anche nel caso di allegazione di interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura); ciò considerato che il dichiarato difetto di legittimazione non sarebbe qualificabile quale esame del ricorso incidentale, ma come decisione della causa sulla base di uno dei motivi di ricorso incidentale.

La tesi del T.A.R., che nonostante la sussistenza dei presupposti per la riunione dei procedimenti in questione non sussistesse alcun obbligo al riguardo stante la affermata autonomia degli stessi, non sarebbe idonea ad escludere l'applicabilità dell'art. 274 del c.p.c., che non prevede la

facoltatività della riunione e la garanzia della pienezza del contraddittorio e della difesa, quando, come nel caso che occupa, tra i giudizi esista un rapporto di pregiudizialità.

Non sarebbe stata quindi posta in essere una mera irregolarità non censurabile, ma sarebbe stata effettuata la violazione di una norma volta a garantire il regolare corso del processo e lo svolgimento delle difese delle parti in causa.

La riunione dei due giudizi avrebbe consentito una diversa valutazione della responsabilità della stazione appaltante per la conduzione del procedimento di gara ed avrebbe permesso di rilevare che la riammissione dell'A.T.I. suddetta era derivata dall'esecuzione di un'ordinanza cautelare emessa da un T.A.R. incompetente e dalla mancata tempestiva fissazione da parte del T.A.R. Puglia dell'udienza di discussione del ricorso n. 601 del 2010.

La violazione da parte del primo giudice delle norme sul procedimento, che avrebbero determinato la violazione del diritto di difesa e del contraddittorio, comporterebbe la nullità dell'impugnata sentenza e la rimessione della causa al primo giudice ex art. 105 del c.p.a..

12.1.- Osserva in proposito il collegio che deve ritenersi fondata l'eccezione, formulata dalla Lovallo Vito s.a.s. nel costituirsi in giudizio, di inammissibilità dell'esposto motivo per omessa impugnazione della sentenza n. 1529 del 2012, resa sul ricorso n. 601 del 2010.

Non risulta invero impugnata tale sentenza (non essendo stato peraltro contestato l'assunto di detta s.a.s. dalla controparte con le successive difese) con la quale il T.A.R. ha dichiarato la cessazione della materia del contendere sul ricorso con il quale, dapprima presso il T.A.R. Sicilia, Catania, e poi presso il T.A.R. Puglia, erano stati impugnati:

a) il verbale del 16 dicembre 2009 con il quale la Commissione di gara aveva escluso l'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. dalla gara *de qua*;

- b) la nota prot. n. 3438 in data 21 dicembre 2009 di comunicazione della esclusione;
- c) il bando di gara *in parte qua*;
- d) la determinazione in esecuzione della quale è stata indetta la gara *in parte qua*,

Tale decisione è stata assunta dal T.A.R. nel rilievo che la sopravvenuta ammissione alla gara della A.T.I., il conseguimento dell'aggiudicazione (con determinazione del 16 novembre 2010) e la stipulazione del contratto di appalto costituiva piena e puntuale soddisfazione della pretesa sostanziale azionata, presupposto per la dichiarazione della cessazione della materia del contendere, ex art. 34, ultimo comma, del c.p.a..

Il passaggio in giudicato di detta sentenza di cessazione della materia del contendere sul ricorso n. 601 del 2010 impedisce ed esclude radicalmente che possano essere favorevolmente apprezzate le censure di mancata riunione di detto giudizio a quello n. 1410 del 2011 (con il quale erano stati poi impugnati presso detto T.A.R. i successivi provvedimenti sfociati nell'aggiudicazione definitiva della gara di cui trattasi all'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l.- Franco s.r.l. e nella stipula del contratto di appalto dei lavori per cui è causa), nonché circa le conseguenze della mancata riunione sulla fondatezza della sentenza qui impugnata.

Non sarebbe infatti assolutamente possibile, anche nell'ipotesi di accoglimento del motivo in esame, disporre la riunione di un giudizio ancora in corso con un altro deciso con sentenza passata in giudicato, sicché esso motivo è da dichiarare inammissibile per carenza di interesse, non potendo la parte appellante ottenere dal suo eventuale accoglimento alcun concreto vantaggio.

12.2.- Aggiungasi che il motivo è comunque inammissibile perché il provvedimento di riunione ovvero quello, anche implicito, di reiezione dell'istanza di riunione di procedimenti relativi a cause connesse ex art. 70 c. proc. amm. costituisce un provvedimento ordinatorio rimesso alla

discrezionalità del giudice e quindi nient'altro che una misura organizzatoria del lavoro giudiziario che involge valutazioni di opportunità non sindacabili in sede di appello (Consiglio di Stato, sez. III, 14 agosto 2014, n. 4261; 3 giugno 2013 n. 3034).

13.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che il ricorso principale della Lovallo s.a.s. avverso l'aggiudicazione della gara alla A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. e gli atti prodromici avrebbe dovuto essere esaminato solo dopo quello incidentale formulato da quest'ultima, perché sarebbe stato idoneo a determinare l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse.

Il richiamo effettuato dal T.A.R., nel dichiarare l'inammissibilità del ricorso incidentale sulla base della legittimità dell'esclusione dalla gara dell'A.T.I. suddetta, alla circostanza che ciò impediva l'assegnazione a quest'ultima di una situazione sostanziale abilitante all'impugnazione degli esiti della procedura selettiva, sarebbe inconferente e contraddittorio, atteso che detta circostanza avrebbe costituito oggetto del precedente giudizio.

L'accoglimento del ricorso incidentale avrebbe escluso il diritto della Lovallo Vito s.a.s. all'aggiudicazione dell'appalto.

13.1.- Va osservato in proposito in primo luogo che con il ricorso incidentale di primo grado l'A.T.I. Progetto Geambiente s.r.l. aveva proposto censure che colpivano la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale e della sua offerta. Con esso era infatti stato censurato il provvedimento di ammissione della Lovallo Vito s.a.s. ricorrente alla gara lamentandone la mancata esclusione per dichiarazioni inveritiere circa i precedenti penali e la regolarità fiscale, nonché per omessa valutazione dell'incidenza dei reati ascritti sulla sua moralità professionale; inoltre per aver allegato una offerta priva della prescritta autenticazione.

Ciò posto, va rilevato che la pubblica amministrazione, in quanto titolare del potere di autotutela, non è legittimata a proporre ricorso incidentale

(Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693); a tanto consegue che, ai sensi dell'art. 102, comma 1, del c.p.a., la stazione appaltante è legittimata a proporre appello, ma non può formulare, ex art. 104, comma 1, del c.p.a., nuove domande, tra le quali devono ritenersi incluse censure volte a far valere in secondo grado sia motivi di ricorso incidentale di primo grado formulati non da essa ma dalla parte controinteressata, che erronee statuizioni del primo giudice circa determinazioni assunte con riguardo al ricorso incidentale.

Tanto è idoneo a comportare l'inammissibilità del motivo d'appello in esame con il quale è stata censurata la mancata disamina del ricorso incidentale prima di quello principale.

14.- Con il terzo motivo d'appello è stato dedotto che la mancata riunione dei due giudizi di cui trattasi avrebbe inciso anche sulla valutazione della responsabilità della stazione appaltante effettuata dal primo giudice, con riguardo alla gestione della procedura di gara e in particolare alla riammissione dell'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l., che sarebbe stata disposta in esecuzione dei provvedimenti cautelari emessi dal T.A.R. Catania.

Il primo giudice da un lato avrebbe sostanzialmente ritenuto legittima la disposta esclusione di detta A.T.I. e dall'altro avrebbe censurato *“la mancata esclusione dell'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. per omessa applicazione delle disposizioni della lex specialis”*.

L'impugnata sentenza non avrebbe richiamato la pregressa vicenda contenziosa svoltasi presso un T.A.R. incompetente e proseguita presso il T.A.R. Puglia in violazione delle disposizioni che prevedono la sollecita fissazione dell'udienza pubblica in materia di appalti, nonostante che ciò avesse condizionato in maniera significativa l'operato della stazione appaltante che è vincolata primariamente all'interesse pubblico, salvaguardabile attraverso la tempestività della procedura.

Se è vero che l'appalto è stato aggiudicato dopo oltre un anno dall'indizione della gara, non andrebbe dimenticato che la situazione di urgenza si sarebbe verificata a causa delle lungaggini processuali e della mancata definizione del ricorso da parte del T.A.R., il che avrebbe reso l'esecuzione del giudicato cautelare formatosi necessaria ed improcrastinabile, con esclusione di qualsiasi responsabilità risarcitoria e del nesso causale tra il comportamento della s.a. e la mancata aggiudicazione della gara alla Lovallo Vito s.a.s..

Pur avendo il T.A.R. Puglia, in sede cautelare, con ordinanza n. 712 del 2011, asserito che il gravato provvedimento di aggiudicazione alla A.T.I. suddetta appariva consequenziale alla doverosa esecuzione della ordinanza del T.A.R. Sicilia, Catania, con la sentenza impugnata avrebbe poi inspiegabilmente cambiato giudizio, in assenza di nuove circostanze, con conseguente difetto di motivazione e contraddittorietà.

Dopo la riammissione in gara dell'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l la stazione appaltante non avrebbe avuto autorità per escluderla nuovamente sulla base degli stessi presupposti che aveva posto a base della esclusione della stessa a suo tempo adottata con provvedimento sospeso dal T.A.R. Sicilia, Catania ed avrebbe adottato il provvedimento di aggiudicazione a detta A.T.I. della gara solo dopo l'emanazione da parte del T.A.R. Puglia di detta ordinanza ed a causa della circostanza che la discarica consortile era divenuta insufficiente a soddisfare il bisogno di smaltimento dei rifiuti.

Non sarebbero sussistiti quindi colpa o dolo della s.a., né nesso di causalità tra l'illecito ed il danno subito dalla Lovallo Vito s.a.s., essendo il suo operato scusabile a fronte di diretta responsabilità di detta società.

14.1.- Osserva al riguardo la Sezione che il T.A.R. con l'impugnata sentenza ha affermato che la Progetto Geoambiente s.r.l. era stata legittimamente esclusa dalla gara e che l'attività provvedimentale successiva all'ordinanza cautelare del T.A.R. Sicilia - Catania, culminata nella determinazione di aggiudicazione definitiva e nella stipulazione del

contratto, non poteva considerarsi quale mera esecuzione della disposta cautela, perché la stazione appaltante, non solo aveva ammesso anche un'altra concorrente esclusa estranea al giudizio cautelare, ma aveva anche addotto l'urgenza nella realizzazione dei lavori come motivo decisivo per procedere all'affidamento in pendenza del giudizio di merito, senza che a ciò fosse vincolata dalla pronuncia giudiziale.

Ciò in quanto, secondo il T.A.R., l'ordinanza del T.A.R. Sicilia – Catania aveva esaurito i suoi effetti con la riammissione alla gara con riserva della controinteressata nelle more della decisione di merito; terminato tale segmento procedimentale, tutte le fasi successive, non vincolate dalla pronuncia cautelare, risultavano caratterizzate come scelte compiute in piena autonomia, con assunzione dei rischi di un'eventuale soccombenza nel giudizio pendente di merito, sicché l'attività dell'Amministrazione successiva alla riammissione era stata occasionata dal *decisum* cautelare, ma non “necessitata”.

A tanto il Tribunale ha fatto conseguire l'illegittimità dell'impugnata aggiudicazione, in base alle censure dedotte con il primo motivo di ricorso, di rilievo assorbente, oltre che per la piena legittimità e doverosità del provvedimento di esclusione della controinteressata, impugnato con il ricorso n. di r.g. 601 del 2010.

Quanto all'elemento soggettivo (pur riconosciuto tendenzialmente irrilevante ai fini della valutazione della responsabilità dell'Amministrazione in materia di appalti), il T.A.R. ha ritenuto sussistente la colpa della stazione appaltante perché la mancata esclusione dell'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l.- Franco s.r.l. era dipesa dalla omessa applicazione di norme chiare ed univoche cui la stessa stazione appaltante si era autovincolata in sede di *lex specialis*, circostanza ampiamente sufficiente a comprovare la negligenza nella conduzione del procedimento di gara. Ciò in assenza di produzione in giudizio, da parte dell'Amministrazione resistente, di elementi da cui desumere la scusabilità

dell'errore e la legittimità del procedimento di gara, avendo essa dedotto solo la necessità di esecuzione dell'ordinanza cautelare del T.A.R. Sicilia (non appellata dall'Amministrazione) nonché l'urgenza di realizzare i lavori per l'emergenza rifiuti (circostanze comunque ritenute non esimenti, stante la portata conformativa della decisione cautelare limitata alla temporanea riammissione alla gara nelle more della decisione di merito, con conseguente piena autonomia dell'attività successiva, culminata nell'aggiudicazione illegittima, in assenza di una effettiva situazione di urgenza non imputabile, essendo stati aggiudicati i lavori soltanto il 16 novembre 2010, oltre un anno dopo l'indizione della gara). Al riguardo, secondo il T.A.R., nonostante le diffide della ricorrente (in data 24 maggio 2010) la stazione appaltante dapprima non ha appellato la decisione cautelare e poi ha affidato il contratto alla controinteressata, privilegiando la presunta urgenza nella realizzazione dei lavori rispetto alla legalità del suo operato, in danno della ricorrente.

14.2.- La Sezione ritiene che tali conclusioni del primo giudice siano condivisibili.

Innanzitutto va rilevato che la spontanea esecuzione di una pronuncia di primo grado non esclude l'ammissibilità della relativa impugnazione (Consiglio di Stato, sezione III, 21 giugno 2012, n. 3679) perché l'eventuale accoglimento di essa sarebbe idoneo a travolgere i nuovi atti adottati dall'Amministrazione in esecuzione della stessa, che verrebbero comunque meno con effetto retroattivo perdendo *ab initio* il loro fondamento giuridico ex art. 336 c.p.c. (Consiglio di Stato, sezione III, 18 giugno 2012, n. 3550; 1 agosto 2014, n. 4103).

Tanto, considerato che il principio è pienamente applicabile alla spontanea esecuzione della ordinanza cautelare, conforta la tesi che la attuale appellante avrebbe ben potuto impugnare la ordinanza cautelare del T.A.R. Sicilia, Catania, anche se aveva deciso di dare ad essa esecuzione, o riammettere semplicemente in gara la A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l.,

senza che sussistesse alcuna doverosità di aggiudicazione dell'appalto dapprima provvisoria e poi definitiva, con stipula anche del relativo contratto.

Non sussiste, ad avviso del collegio, neppure la dedotta contraddittorietà tra la ordinanza cautelare del T.A.R. Puglia n. 712 del 2011, di reiezione della richiesta di sospensione dei provvedimenti impugnati con il ricorso n. 1410 del 2011, e la decisione di accoglimento del ricorso di cui all'impugnata sentenza, stante il pacifico principio che l'ordinanza cautelare, caratterizzata dalla delibazione sommaria del gravame e dalla provvisorietà, non può pregiudicare l'esito finale del giudizio, in sede di pronuncia della sentenza, che ben può nelle conclusioni divergere da quanto stabilito nella fase cautelare.

Quanto alla tesi dell'appellante che la stazione appaltante non avrebbe avuto l'autorità per escludere nuovamente l'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. - Franco s.r.l. sulla base degli stessi presupposti che aveva posto a base della esclusione della stessa a suo tempo adottata con provvedimento sospeso dal T.A.R. Sicilia, Catania ed ha adottato il provvedimento di aggiudicazione ad essa della gara solo dopo l'emanazione da parte del T.A.R. Puglia di detta ordinanza cautelare, rileva la Sezione che il T.A.R. con l'impugnata sentenza ha valutato negativamente il comportamento della s.a. che ha conclusivamente aggiudicato, in base ad una sua libera scelta, la gara alla citata A.T.I., senza sostenere che dovesse essere nuovamente esclusa dalla stazione appaltante, alla quale è stata invece imputata solo l'avvenuta spontanea aggiudicazione definitiva della gara ad essa A.T.I. nelle more della definizione nel merito del giudizio.

Quanto alla circostanza che sarebbe stata disposta l'aggiudicazione per sopravvenuta insufficienza della discarica in uso, rileva il collegio, a prescindere dalla circostanza che tale evento era stato solo affermato dalla stazione appaltante, ma non adeguatamente dimostrato, che tale provvedimento non era l'unico adottabile per sopperire alla esigenza in

questione, ben potendo essere trovate altre soluzioni temporanee al problema in attesa della sentenza di merito.

15.- Con il quarto motivo di gravame è stato sostenuto che il T.A.R., nel respingere la richiesta di risarcimento per equivalente della Lovallo Vito s.a.s., ha dapprima ritenuto irrilevante la circostanza che la società avesse presentato una offerta con ribasso percentuale inferiore a quello della controinteressata ai fini del conseguimento dell'aggiudicazione, tenuto conto dell'ampia discrezionalità tecnica che assiste il giudizio di anomalia delle offerte, affermando anche che le giustificazioni addotte da detta società nell'ambito del procedimento di controllo delle anomalie non risultavano esaustive; ha poi riconosciuto il diritto della società ad ottenere il risarcimento da perdita di *chance*, ma contraddittoriamente, perché esso dovrebbe essere assistito da valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole e concreta possibilità del conseguimento di altri appalti, in quanto l'occasione dovrebbe essere assistita da concreta possibilità di successo.

Non solo non sarebbe stata infatti provata, neppure in via presuntiva, dall'A.T.I. Progetto Geoambiente s.r.l. - Franco s.r.l. la consistente e verosimile possibilità di aggiudicazione dell'appalto, ma il primo giudice avrebbe ritenuto insufficienti le giustificazioni fornite da detta società in sede di attribuzione del risarcimento per equivalente e poi, contraddittoriamente, le stesse oggettive e dettagliate quando ha valutato la probabilità di affidamento dell'appalto.

Non sarebbe stata quindi raggiunta nemmeno in via presuntiva la prova della realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato, impedito dalla condotta illecita della s.a., considerato anche che nelle gare d'appalto con il sistema del massimo ribasso, sussisterebbe sempre una discrezionalità della s.a. incidente anche sulla probabilità di aggiudicazione della gara e che la società avrebbe anche potuto essere non provvista dei requisiti soggettivi ed oggettivi necessari

per la partecipazione (come dedotto con il ricorso incidentale non esaminato nel merito dal T.A.R.).

Il primo giudice avrebbe inoltre utilizzato un metodo di liquidazione del risarcimento privo di concreti punti di riferimento, a prescindere dagli effettuati calcoli in percentuale, quantificandolo in base a criteri presuntivi, qualificando il danno da perdita di *chance* come danno da lucro cessante, invece che come danno emergente, e senza rispettare i criteri probatori previsti per la liquidazione del danno da perdita di *chance*.

Quanto al danno curriculare non avrebbe valutato il primo giudice se esso potesse essere riconosciuto anche nel caso di aggiudicazione non certa.

15.1.- Dette censure sono, ad avviso del collegio, fondate.

15.2.- Innanzi tutto va respinta l'eccezione, formulata dalla difesa della Lovallo Vito s.a.s., di carenza di interesse alla formulazione del motivo in esame perché nella clausola n. 9 delle premesse del contratto d'appalto stipulato con l'A.T.I. dichiarata aggiudicataria, questa, stante la pendenza del ricorso giurisdizionale avverso il relativo provvedimento, avrebbe escluso la Società Igiene Ambientale *"da ogni e qualsiasi responsabilità in merito, assumendo le stesse a proprio carico esclusivo"*, con possibilità che essa stazione appaltante chieda alla citata A.T.I. il versamento della somma risarcitoria o di anticiparla, chiedendone poi la ripetizione.

La appellante Società Igiene Ambientale ha infatti comunque concreto ed immediato interesse, secondo il collegio, ad ottenere l'annullamento del capo di sentenza contenente la condanna della stessa al risarcimento del danno di € 66.150,00, oltre a rivalutazione dalla data di stipula del contratto con detta A.T.I. ed interessi, che deve ritenersi direttamente lesiva a prescindere dalla generica clausola di esonero da responsabilità contenuta in detto contratto d'appalto, da far valere con future azioni ed iniziative che, per la genericità della clausola, non possono considerarsi di esito assolutamente certo e scontato.

15.3.- Va anche respinta l'ulteriore eccezione, formulata dalla difesa della Lovallo Vito s.a.s., che il motivo sarebbe stato proposto per la prima volta in appello perché in primo grado la Società Igiene Ambientale non avrebbe contestato la domanda risarcitoria formulata dalla società stessa.

Infatti nel processo amministrativo il divieto di proporre motivi nuovi in appello è riferibile solo al ricorrente originario e non anche ai resistenti, che possono addurre qualunque motivo (salve le preclusioni previste dalla legge) per dimostrare al giudice di secondo grado l'infondatezza della domanda del ricorrente (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 aprile 2015, n. 1768).

15.4.- Nel merito osserva il collegio che il danno da perdita di *chance* (che è da intendersi quale lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, che non è mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione) può essere in concreto ravvisato e risarcito solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta (Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249), con conseguente necessità di distinguere, fra probabilità di riuscita, che va considerata quale "*chance* risarcibile" e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi "*chance* irrisarcibile" (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3147). Il risarcimento del danno da perdita di *chance* richiede infatti l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita (Consiglio di Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131).

Comunque è da rilevare che, in caso di domanda di risarcimento danni per perdita di *chance*, incombe sulla parte ricorrente l'onere di provare, anche facendo ricorso a presunzioni ed al calcolo delle probabilità, l'esistenza

della richiamata probabilità di conseguimento del risultato sperato (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3147).

In conclusione, nel caso di esclusione dalla gara, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, occorre fornire prova certa in ordine alla circostanza che l'offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al concorrente medesimo (Consiglio di Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131).

Nel caso che occupa il primo giudice ha dapprima ritenuto ostativa all'accoglimento della domanda di subentro la mancata prova della certezza della spettanza dell'aggiudicazione, non essendo condivisibile la tesi della ricorrente *“che ove la stazione appaltante non avesse riammesso alla gara l'a.t.i. Progetto Geo Ambiente s.r.l. - Franco s.r.l., ne sarebbe conseguita l'aggiudicazione in proprio favore, avendo presentato l'offerta con il maggior ribasso percentuale oltre la soglia di anomalia”*, nonché per *“aver prontamente trasmesso all'Amministrazione le proprie giustificazioni sull'anomalia, senza mai aver ricevuto alcun riscontro”* e per *“essere stati aggiudicati i lavori con un ribasso percentuale maggiore (56,606 %) rispetto a quello da essa offerto (55,162 %)”*. Ciò in quanto l'offerta di *“un ribasso percentuale inferiore a quello della controinteressata di per sé non può costituire prova del conseguimento dell'aggiudicazione; infatti, il giudizio di anomalia è calibrato su di ogni singola offerta ed è espressione di ampia discrezionalità tecnica, che si sostanzia in un giudizio “globale e sintetico” sulla serietà o meno dell'offerta del singolo concorrente nel suo insieme, comprensivo delle varie voci che la compongono”*. Pertanto il T.A.R., poiché può *“la stazione appaltante, in linea di principio, in relazione alle giustificazioni fornite, ritenere anomala l'offerta che presenti ribasso percentuale inferiore rispetto ad offerta di altro operatore, le cui giustificazioni si rivelino invece oggettive e attendibili”*, ha ritenuto di dover *“verificare in chiave necessariamente prognostica e “virtuale” le*

giustificazioni fornite dalla ricorrente, mai esaminate dalla stazione appaltante in seguito all'ordinanza cautelare, al limitato fine della verifica, quale elemento indefettibile del giudizio risarcitorio, della spettanza dell'aggiudicazione o quantomeno di una probabilità seria ed effettiva di conseguimento", concludendo che il giudizio prognostico "in assenza di elementi certi, non possa condurre alla prova certa dell'esito positivo del giudizio di anomalia e della conseguente spettanza dell'aggiudicazione, ostandovi il disposto di cui all'art. 34 c. 2 cod. proc. amm." e che non era stato "provato che in assenza dell'illegittimo operato dell'Amministrazione, la ricorrente avrebbe con certezza ottenuto l'aggiudicazione definitiva".

In contrasto con le indicate affermazioni, il primo giudice ha poi, come evidenziato dalla parte appellante, riconosciuto il risarcimento all'A.T.I. suddetta della perdita di *chance* nell'assunto che la presenza "*di giustificazioni oggettive e dettagliate secondo le indicazioni della lex specialis unitamente all'offerta di un ribasso percentuale comunque inferiore rispetto a quello praticato dall'a.t.i. Progetto Geoambiente s.r.l.- Franco s.r.l. illegittimamente aggiudicataria*", faceva "*ritenere probabile, secondo un criterio di probabilità statistica, il raggiungimento del risultato sperato, id est l'aggiudicazione dell'appalto. Il risarcimento spettante sotto il profilo del mancato utile deve altresì essere ridotto, come si dirà in prosieguo, in termini percentuali rispetto all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara ed esecuzione del contratto*".

Invero, secondo i condivisibili principi affermati dalla giurisprudenza sopra richiamata, deve escludersi risarcimento della perdita di *chance* nel caso in cui l'atto abbia determinato solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita, come nel caso di specie, in cui la probabilità di conseguire l'aggiudicazione non poteva derivare, secondo il collegio, solo dalle circostanze che la Lovallo Vito s.a.s. avesse presentato l'offerta con il maggior ribasso percentuale oltre la soglia di anomalia,

avesse fornito le proprie giustificazioni sull'anomalia, ma senza ricevere riscontro, nonché che i lavori fossero stati aggiudicati con un ribasso percentuale maggiore rispetto a quello da essa offerto.

Non aveva invero la ricorrente di primo grado fornito idonea prova certa della probabilità dell'aggiudicazione, stante la ampia discrezionalità tecnica della commissione sul giudizio di anomalia, che, se è sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, quindi senza poter procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186), non può essere neppure apprezzato, in assenza di prove concrete al riguardo, in termini di probabilità di conclusione positiva in sede giurisdizionale, stante l'impossibilità per il giudice di sostituire il proprio giudizio a quello dell'Amministrazione.

In merito al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte il giudice amministrativo non può infatti effettuare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria dell'Amministrazione in esercizio di discrezionalità tecnica (Consiglio di Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

15.5.- Quanto alle censure formulate in ordine al disposto riconoscimento del danno curriculare va osservato che, in assenza di prova certa in ordine alla circostanza che l'offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al medesimo, deve ritenersi non provata anche la mancata acquisizione di un elemento curriculare positivo, da far valere in ulteriori e successive procedure di gara.

È infatti onere dell'impresa partecipante a gara pubblica, che chiede il risarcimento del danno curriculare sofferto per effetto della illegittima mancata assegnazione dell'appalto, fornire in sede giurisdizionale una prova adeguata di quanto affermato (Consiglio di Stato, sez. V, 25 giugno

2014, n. 3220), sicché nulla spetta in relazione ai danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto sotto forma di danno curriculare, ove sia mancata una adeguata prova della sua sussistenza ed entità (Consiglio di Stato, sez. IV, 1 aprile 2015, n. 1708).

In mancanza di adeguata prova nel caso che occupa, da parte della ricorrente di primo grado, in ordine alla sussistenza di un ragionevole grado di probabilità, vicino alla certezza, di aggiudicazione della gara in favore della stessa, va esclusa anche la possibilità di riconoscere ad essa il risarcimento del danno curriculare, quale pregiudizio subito a causa del mancato arricchimento del *curriculum* professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo della s.a..

16.- L'appello deve essere conclusivamente in parte respinto con riguardo ai primi tre motivi di gravame (con inutilità della disamina delle eccezioni formulate al riguardo dalla società resistente) ed in parte accolto, con riguardo al quarto motivo, nei sensi e nei termini di cui in motivazione; per l'effetto, in riforma della prima decisione -nella parte in cui ha parzialmente accolto la domanda risarcitoria di cui al ricorso principale ed ha condannato la Società Igiene Ambientale Consorzio Bacino FG/4 a r.l. al risarcimento del danno in favore della ricorrente, nella misura di 66.150,00 (sessantaseimilacentocinquanta) euro oltre rivalutazione ed interessi legali- va respinta la richiesta di risarcimento del danno per equivalente formulata in primo grado.

17.- Quanto alla reiterazione da parte della Lovallo Vito s.a.s. del secondo e del terzo motivo di ricorso di primo grado, assorbiti dal T.A.R. con l'impugnata sentenza, ritiene il collegio di poter prescindere dalla loro disamina stante la reiezione dell'appello nella parte impugnatoria e la conferma dell'accoglimento disposto dal T.A.R. delle censure dedotte con il primo motivo di ricorso, di rilievo assorbente.

18.- Nella complessità e parziale reciproca soccombenza delle parti in causa, nonché nella complessità e parziale novità delle questioni trattate, il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, in parte respinge ed in parte accoglie l'appello in esame, nei sensi e nei termini di cui in motivazione, e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. nella parte in cui era stata formulata la richiesta di risarcimento del danno per equivalente.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/09/2015

IL SEGRETARIO

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